

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# La vente documentaire internationale : la problématique de l'application de la common law au Québec\*

Guy LEFEBVRE\*\*

## Résumé

*Cet article est consacré à la problématique de l'application de la common law au Québec dans le cadre de la vente documentaire internationale. L'auteur examine cette question en traitant des principaux contrats qui interviennent dans ce type de transactions : 1. le transport maritime des marchandises et l'assurance maritime ; 2. le contrat de vente et les termes de commerce ; 3. le financement des marchandises.*

## Abstract

*This article is dedicated to the problem of the application of the common law in Quebec within the framework of the international documentary sale. The author examines this question by treating the main contracts which intervene in this type of transactions: 1. The sea transport of the goods and the marine insurance; 2. The sale contract and the commercial terms; 3. The financing of the goods.*

---

\* Ce texte a initialement été publié sous la référence suivante : Guy LEFEBVRE, « La vente documentaire internationale : la problématique de l'application de la common law au Québec », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, coll. « CDACI », Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 532. La recherche nécessaire pour ce texte a été rendue possible grâce à un financement accordé par le Conseil de recherche en sciences sociales et humaines du Canada.

\*\* Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et au Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) de cette Faculté ; professeur-chercheur à l'unité de recherche Droit public et privé des affaires de l'Université Lumière Lyon 2 ; correspondant de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et correspondant de l'Institut du droit international des transports (IDIT-France) ; membre de la délégation canadienne au sein du groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI-UNCITRAL) depuis 2000.



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	211
<b>I. Le transport maritime des marchandises et l'assurance maritime</b> .....	217
A. Le transport maritime des marchandises .....	217
1. Les décisions des tribunaux au sujet de la common law fédérale .....	220
2. Le droit civil comme source du droit maritime canadien .....	236
B. L'assurance maritime .....	239
<b>II. Les termes de commerce</b> .....	240
A. Les termes de commerce et le droit maritime canadien.....	241
B. Les difficultés à définir avec précision le contenu du droit applicable aux termes de commerce .....	256
<b>III. Le financement des marchandises</b> .....	261
A. Le crédit documentaire .....	261
B. La traite ou lettre de change .....	267
C. Le <i>trust receipt</i> .....	269
<b>Conclusion</b> .....	273



La vente internationale de marchandises présente des caractéristiques qui sont généralement fort différentes d'une vente se déroulant sur le plan interne. Dans leur volume portant sur les transactions commerciales internationales, les professeurs Folsom, Gordon et Spagnole<sup>1</sup> énumèrent un certain nombre de facteurs à prendre en considération dans un tel type de contrat. Ils indiquent, tout d'abord, que les parties n'ont pas forcément établi de relations commerciales dans le passé ni obtenu d'informations concernant leur cocontractant<sup>2</sup>. Ils ajoutent que ces parties ne sont pas nécessairement bien informées sur le contenu du système juridique de leur cocontractant<sup>3</sup>.

Ils classent, par la suite, selon une catégorisation séparant le vendeur de l'acheteur, les autres éléments qui ne peuvent être ignorés par ceux-ci lors d'une vente internationale de marchandises. Du point de vue du vendeur, ces auteurs énumèrent ainsi les éléments suivants<sup>4</sup> :

- 1° la solvabilité, la capacité financière et la fiabilité de l'acheteur<sup>5</sup> ;
- 2° la fiabilité de l'information reçue de l'acheteur concernant l'objet de la transaction ;
- 3° la possibilité qu'une réglementation sur les changes puisse faire obstacle à la libre circulation des marchandises (surtout si le paiement doit être fait en devises fortes) ;
- 4° l'importance du risque encouru relativement au taux de change si le paiement doit être effectué dans une autre devise que la sienne ;
- 5° les délais de réception des fonds provenant de l'acheteur.

---

<sup>1</sup> Ralph H. FOLSOM, Michael Wallace GORDON et John A. SPAGNOLE Jr., *International Business Transactions*, St. Paul, West Group (2001).

<sup>2</sup> *Id.*, p. 184.

<sup>3</sup> *Id.*

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> À cet égard, le vendeur pourra notamment obtenir de l'information auprès d'une société commerciale telle que Dunn and Bradstreet International qui, après une recherche approfondie du dossier financier de l'acheteur, fournira un rapport de crédit. Il est également possible d'obtenir de l'information auprès des grandes banques et des services des délégués commerciaux du Canada à l'étranger.

Si l'on se place du point de vue de l'acheteur, Folsom, Gordon et Spagnole identifient les éléments suivants<sup>6</sup> :

- 1° si le vendeur va effectuer l'envoi des marchandises dans l'hypothèse où le paiement serait effectué d'avance ;
- 2° si la qualité et la quantité des marchandises sont conformes au contrat de vente ;
- 3° si les marchandises sont expédiées par un intermédiaire de commerce agréé et correctement assurées ;
- 4° si les marchandises sont endommagées ou détruites en cours de transport ;
- 5° si le vendeur fournit à l'acheteur tous les titres de propriété nécessaires afin d'obtenir la livraison des autorités douanières ;
- 6° si le vendeur fournit toute la documentation nécessaire exigée par la réglementation douanière, et ce, tant dans le pays du vendeur que dans celui de l'acheteur (par exemple, les certificats du pays d'origine des marchandises, les certificats d'inspection sanitaire et autres) ;
- 7° quels sont les délais de livraison des marchandises et de leur remise à l'acheteur ou à son mandataire.

Il conviendra d'ajouter à ces éléments quelques exemples supplémentaires :

- 1° la méconnaissance du marché et de ses us et coutumes (langue, particularités culturelles, etc.)<sup>7</sup> ;
- 2° la possibilité que des modifications doivent être apportées aux marchandises ou à son emballage afin de répondre aux besoins de l'acheteur (goût des consommateurs ou normes réglementaires) ;
- 3° les exigences en matière d'étiquetage et de langue de rédaction ;

---

<sup>6</sup> R.H. FOLSOM, M.W. GORDON et J.A. SPAGNOLE, Jr., *op. cit.*, note 1, p. 185.

<sup>7</sup> Par exemple, au Japon, il est préférable de ne pas négocier au cours du repas, etc.

- 4° la stabilité politique<sup>8</sup>;
- 5° la qualité des infrastructures portuaires, ferroviaires et routières<sup>9</sup>;
- 6° l'indépendance du système judiciaire d'un pays, la corruption qui y sévit, etc. ;
- 7° la rapidité des tribunaux à entendre un litige, etc.

Si certains de ces éléments impliquent une simple vérification ou une nécessité d'effectuer des recherches pour en connaître les tenants et aboutissants, il n'en demeure pas moins que, pour la majeure partie d'entre eux, c'est au moyen de documents que l'on s'assurera de l'exécution de la transaction et du respect des normes gouvernementales. Ainsi, les documents que nous rencontrons régulièrement dans une vente internationale de marchandises sont les suivants :

- une facture commerciale qui décrit les principaux éléments de la transaction (nom et adresse de l'acheteur et du vendeur ; quantité, qualité, poids et prix des marchandises ; conditions de livraison et de paiement ; frais de transport ; etc.) et qui servira notamment à calculer les droits de douane et à gérer les contingents ;
- un connaissement maritime négociable (pour lequel incombe une obligation implicite au transporteur de ne livrer les marchandises qu'au détenteur de ce document). Ce document mentionne le port d'embarquement, le port de destination, le nom du transporteur, la description des marchandises, etc. Il doit normalement être net, c'est-à-dire, qu'il ne porte pas de clause constatant l'état défectueux de la marchandise ou de son emballage et généralement indiquer que la marchandise a été mise à bord ainsi que si le fret a déjà été payé<sup>10</sup>. Son caractère négociable permettra la revente des biens en cours de transport ou

---

<sup>8</sup> Renversement d'un régime politique, état de guerre, etc.

<sup>9</sup> Par exemple, dans l'hypothèse où ces infrastructures sont déficientes dans le pays de l'acheteur, le vendeur devra faire en sorte que les risques de perte soient transférés à l'acheteur avant l'arrivée des biens dans ce pays.

<sup>10</sup> Voir : Guy LEFEBVRE, « L'expression "fret payé d'avance" rend-elle le destinataire responsable du paiement du fret ? », (1997) 57 *R. du B.* 169-172.



l'obtention d'une sûreté par la banque finançant l'achat des marchandises ;

- une police d'assurance maritime négociable garantira à la personne qui assume les risques au moment du dommage d'être indemnisée par un assureur. Le caractère négociable de la police permettra également la revente des biens en cours de transport ou leur mise en garantie ;
- une lettre de crédit qui, réduite à sa plus simple expression, constitue un engagement de payer contre la remise de documents par le bénéficiaire de celle-ci (le vendeur). Elle est consentie par une banque, la banque émettrice, à la demande d'un client, le donneur d'ordre (l'acheteur), en faveur d'un tiers désigné, le bénéficiaire ;
- une lettre de change ou une traite qui sera ajoutée aux documents présentés par le vendeur à la banque chargée de payer la lettre de crédit et qui sera souvent tirée sur celle-ci. Si ce document est valablement négocié, il donnera alors au détenteur le droit d'être payé malgré la non-exécution du contrat de vente par le vendeur (concept de détenteur régulier)<sup>11</sup> ;
- un *trust receipt* qui permet à une banque détenant une sûreté sur les marchandises au moyen d'un connaissance négociable, de remettre ce dernier à l'acheteur afin qu'il puisse revendre celles-ci à un tiers, et ce, tout en faisant en sorte que la banque conserve sa sûreté ;
- un certificat d'inspection (émis généralement par une société commerciale) qui certifie que la marchandise expédiée est conforme à celle commandée ;
- une licence d'exportation ou d'importation (émise par les autorités douanières) qui est demandée pour des marchandises dites « sensibles » (haute technologie, matériel de guerre, énergie atomique, etc.) ;
- un certificat d'origine (répondant aux normes établies par les autorités douanières du pays d'importation) qui permet de connaître la provenance précise des marchandises afin de bénéficier d'une réduction ou d'une exemption de droit de douanes en

---

<sup>11</sup> Voir : *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4, art. 55.

raison d'accords commerciaux internationaux (accords de libre-échange, accords de traitements préférentiels, etc.) ou afin d'éviter de transiger avec un pays ennemi, etc.

Cette liste, qui est loin d'être exhaustive<sup>12</sup>, nous renseigne néanmoins sur le rôle vital joué par les documents dans une vente internationale de marchandises. Ainsi, on peut dire qu'ils servent principalement à compléter les formalités douanières, à régler les conflits de paiement, à permettre la revente des marchandises et à obtenir une sûreté pour la banque qui finance la transaction auprès de l'acheteur.

Bien que la question du rôle des documents dans la vente internationale de marchandises soit primordiale et qu'elle nécessite un approfondissement, nous laissons à d'autres auteurs le soin d'en traiter<sup>13</sup>. Cet article sera consacré à une question que nous estimons plus utile compte tenu du contexte constitutionnel canadien : la problématique de l'application de la common law au Québec dans le cadre de la vente documentaire internationale.

Avant de procéder à notre étude, il importe toutefois de définir de façon élémentaire le partage des compétences en matière de vente internationale de marchandises. Mentionnons, comme point de départ, qu'aux termes de l'article 92 de la Constitution de 1867<sup>14</sup>,

---

<sup>12</sup> Ainsi, dans certaines transactions, on a pu dénombrer une centaine de documents différents. Par ailleurs, certains des documents mentionnés ici sont souvent remplacés par d'autres. On songe, notamment, à l'ordre de livraison (*delivery order*), document non négociable, qui constitue un substitut du connaissement et qui est fréquemment utilisé dans les transactions concernant des biens chargés en vrac (grain, charbon, etc.) ou lors de regroupements de marchandises par des intermédiaires de commerce ; au certificat d'assurance qui remplace la police dans ce même type de transactions, etc. Par ailleurs, il va sans dire que si le transport maritime n'est pas utilisé, une lettre de transport aérien non négociable pourra remplacer le connaissement, etc.

<sup>13</sup> Voir par exemple : Jason C.T. CHUAH, *Law of International Trade*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet and Maxwell, 2001, p. 1-43 ; Roy M. GOODE, *Commercial Law*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Penguin Books, 2004, p. 863-912 ; Didier-Pierre MONOD, *L'administration des ventes*, coll. « Commerce international », Paris, Éditions Eska, 1996 ; P. PERDICAS, « Fonction des documents dans la pratique maritime internationale », Dor 36, 1 et Dor 37, 1.

<sup>14</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.U.), dans L.R.C. (1985), App. 2, n° 5, art. 91 et 92 (ci-après citée : « Constitution » ou « Loi constitutionnelle de 1867 »).

les provinces ont une juridiction de principe en matière de droit commercial, sauf les exceptions énumérées à l'article 91 qui relèvent du Parlement fédéral dans des domaines où l'uniformité de la législation au Canada s'avère importante. Concernant les provinces, bien que l'article 92 n'indique pas expressément les contrats commerciaux, il est admis qu'ils sont implicitement compris dans le paragraphe 92(13) leur accordant juridiction à l'égard de la « propriété et des droits civils dans la province ». Ainsi, le contrat de vente, les termes de commerce et le crédit documentaire<sup>15</sup> seront de compétence des provinces. Parmi les exceptions énumérées à l'article 91, et donc de compétence du Parlement fédéral, citons, en particulier, les douanes et la réglementation du commerce international et interprovincial (par. 91(2)), le transport interprovincial et international (navigation et expéditions par eau et chemins de fer<sup>16</sup> (par. 91(10)); camions<sup>17</sup>; avions<sup>18</sup>) et les effets de commerce (par. 91(18)). L'assurance maritime relève également de la compétence du Parlement fédéral (par. 91(10) et (13))<sup>19</sup>.

Si la question du partage des compétences et du contenu du droit applicable à la vente documentaire internationale peut apparaître, au premier abord, comme étant assez facile à cerner, il s'agit, selon nous, d'une question difficile, mais ayant des effets pratiques fort importants, qui tient à trois facteurs principaux. Un premier facteur résulte du partage des compétences institué par la Constitution du Canada. En effet, notre système fédératif soulève de nombreux problèmes qui n'existent pas dans les pays à parlement unique (France, Angleterre, Italie, etc.). Selon la Constitution, nous venons de le

---

<sup>15</sup> Voir: *Angelica Whitewear c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1987] 1 R.C.S. 59.

<sup>16</sup> Voir: Colin H. McNAIRN, « Transportation, Communication and the Constitution, The Scope of Federal Jurisdiction », (1969) 47 *R. du B. can.* 355 et, notamment, *Kootenay and Elk Railway Company et Burlington Northern Inc. c. La Compagnie de Chemin de fer Canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955.

<sup>17</sup> Voir: *A.G. for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541. Notons, toutefois, que le Parlement fédéral a délégué sa compétence en matière de transport par camions aux provinces. Concernant le Québec, voir le *Règlement sur les exigences applicables aux connaissements*, (1999) 131 G.O. II, 5172.

<sup>18</sup> L'avion n'existait évidemment pas lors de l'entrée en vigueur de la Constitution canadienne en 1867. La jurisprudence a rattaché la compétence du transport aérien interprovincial et international au Parlement fédéral. Voir: *Reference Re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; voir également: François CHEVRETTE, « La responsabilité du transporteur aérien et la Constitution », (1986) 26 *R.D. McGill* 607.

<sup>19</sup> Voir: *Triuglav c. Terrasses Jewellers*, [1983] 1 R.C.S. 283.

voir, une partie du droit applicable aux transactions commerciales internationales relève de la compétence du Parlement fédéral tandis qu'une autre partie relève de la compétence des législatures provinciales et la ligne de démarcation entre les deux est rarement une question simple à résoudre<sup>20</sup>. Un deuxième facteur tient au fait que l'activité législative du Parlement fédéral dans le domaine du droit des affaires a traditionnellement été fortement influencée par les législations d'Angleterre et des États-Unis pour des motifs d'ordre historique ou économique. Enfin, un troisième facteur, qui est lié au deuxième, découle de la situation géographique du Québec. En effet, convient-il de le rappeler, le Québec est entouré par les États-Unis et d'autres provinces canadiennes qui sont régies par la common law. Or, le commerce extérieur québécois est largement dominé par des échanges avec des acteurs provenant de ces endroits. On ne sera donc pas surpris de constater que les pratiques commerciales développées dans ces endroits et soumises à la common law pourront venir influencer le contenu du droit applicable à la vente internationale de marchandises au Québec. Il importe donc d'en arriver au vif du sujet qui est la problématique de l'application de la common law au Québec dans le cadre de la vente documentaire internationale. Notre étude sera divisée en trois parties. Dans un premier temps, nous nous attarderons à la question du transport des marchandises et de l'assurance (I). Par la suite, nous nous pencherons sur les termes de commerce (II). Finalement, nous discuterons du financement des marchandises (III).

## **I. Le transport maritime des marchandises et l'assurance maritime**

### **A. Le transport maritime des marchandises**

La question du contenu du droit applicable au transport des marchandises s'est, jusqu'à présent, essentiellement présentée dans le domaine maritime<sup>21</sup>. On sait que l'article 91(10) de la Constitu-

---

<sup>20</sup> Voir : Nabil ANTAKEI et Charline BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 3-23 ; Antonio PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 1, Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1936, p. 160-182.

<sup>21</sup> Cette section est inspirée d'un article que nous avons déjà publié et dont la référence est la suivante : Guy LEFEBVRE, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec », (1997) 31 *R.J.T.* 577.

tion donne compétence exclusive au Parlement fédéral pour tout ce qui concerne la navigation et les expéditions par eaux (*navigation and shipping*).

Quand on s'est interrogé sur le sens qu'il fallait donner à cette expression, les tribunaux se sont entendus pour affirmer qu'elle devait être interprétée le plus largement possible. Il est clair qu'elle vise tant le transport international qu'interprovincial<sup>22</sup>. De plus, il faut savoir que lorsqu'un litige relève de la compétence du Parlement fédéral, tant les tribunaux fédéraux que provinciaux ont juridiction pour en être saisis<sup>23</sup>.

Au cours des dernières années, cette question du droit applicable au domaine maritime a fait couler beaucoup d'encre. Les praticiens spécialisés dans ce secteur d'activités connaissent les décisions de la Cour suprême du Canada selon lesquelles, en l'absence de législation fédérale applicable à certaines situations juridiques, ou lorsqu'il existe une loi qui ne prévoit pas nécessairement tout le droit, on incorpore alors par référence le droit maritime anglais au droit fédéral en tant « qu'ensemble uniforme de règles de droit fédérales ». En fait, la Cour suprême a élaboré le concept de common law fédérale qui a pour conséquence d'écarter le droit civil lorsqu'un litige émane du Québec. Ce résultat a été critiqué à plusieurs reprises par certains observateurs « civilistes » s'intéressant au droit maritime<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Le transport intraprovincial est de compétence provinciale en vertu des articles 92(10a) et (10b) de la Constitution.

<sup>23</sup> *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 22. Dans l'affaire *Ontario (P.G.) c. Pembina Exploration Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, on reconnaît que les tribunaux provinciaux ont une compétence concurrente en matière maritime. On indique que ces tribunaux doivent aussi appliquer la common law dans ce secteur.

<sup>24</sup> Voir : André BRAËN, *Le droit maritime au Québec*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 67 et suiv. ; André BRAËN, « L'arrêt *ITO – International Terminal Operators c. Miida Electronics Inc.* ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec », (1987) 32 *R.D. McGill* 386 ; Guy LEFEBVRE et Normand TAMARO, « La Cour suprême et le droit maritime : la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable? », (1991) 70 *R. du B. can.* 121 ; Guy LEFEBVRE, « Droit maritime – Compétence de la Cour fédérale – Contenu de l'expression "Droit maritime canadien" : *The Monk Corporation v. Island Fertilizers Limited* », (1992) 71 *R. du B. can.* 166 ; Jean PINEAU, « La spécificité du droit civil québécois dans l'espace juridique canadien », dans *Souveraineté et intégration Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 107, à la page 121.

Le sujet de l'application supplétive de la common law en droit maritime devrait non seulement intéresser les spécialistes de cette matière, mais aussi les juristes oeuvrant en droit des affaires. En effet, où tracer la frontière entre le droit maritime et le droit des affaires ? L'achat ou la réparation d'une embarcation à moteur sont-ils régis par la common law ou par le droit civil<sup>25</sup> ? L'exploitation d'un restaurant-théâtre à bord d'un navire accosté à un quai est-elle une affaire maritime<sup>26</sup> ? Qu'en est-il de l'activité qui consiste à acheter du poisson d'un navire-usine situé en haute mer<sup>27</sup> ? Qu'arrive-t-il lorsqu'un vendeur réclame le paiement de marchandises que l'acheteur aurait déchargées en trop d'un navire<sup>28</sup> ? Le contrat conclu entre les parties en est-il un de marchandises auquel les aspects maritimes ne sont qu'accessoires ? L'entreposage de biens dans les limites portuaires en attendant la livraison finale au propriétaire constitue-t-il du droit maritime ou du droit civil<sup>29</sup> ? Est-ce que la réponse à cette dernière question varie en fonction du temps d'entreposage ? Quels principes gouvernent le problème de savoir si une entreprise chargée de négocier des services est tenue de dévoiler l'identité de son mandant afin que sa responsabilité personnelle soit engagée envers une compagnie d'acconage<sup>30</sup> ? Les relations contractuelles entre un capitaine et les membres de son équipage dans le cadre d'activités maritimes s'exerçant uniquement dans les limites de la province de Québec sont-elles de nature purement civile<sup>31</sup> ?

La réponse à ces interrogations découle des décisions récentes rendues par la Cour suprême du Canada relativement à la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté. Dans la première partie de cette section, nous tenterons de résumer la pensée des tribunaux au sujet de la common law fédérale (A). Par la suite, nous

<sup>25</sup> Voir : *Mark Fishing Co. Ltd. c. Northern Princess Seafood Ltd.*, (1991) 38 F.T.R. 299.

<sup>26</sup> Voir : *Procureur général du Canada c. Services d'Hôtellerie Maritime Ltée*, [1968] C.S. 431.

<sup>27</sup> *Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers Inc.*, (1989) 63 D.L.R. (4th) 549 (C.A. Féd.).

<sup>28</sup> *The Monk Corporation c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779 (ci-après citée « Monk »).

<sup>29</sup> *ITO – International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 (ci-après citée « ITO »).

<sup>30</sup> *Q.N.S. Paper Company Ltd. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, (ci-après citée « Q.N.S. Paper »).

<sup>31</sup> *R. c. Investissements Navimex inc.*, J.E. 95-1972 (C.S.).

discuterons des règles de droit que nous estimons applicables lorsque le droit fédéral est silencieux relativement à une question donnée (B).

### **1. Les décisions des tribunaux au sujet de la common law fédérale**

La décision fondamentale relativement à l'application de la common law fédérale est sans doute l'affaire *ITO*<sup>32</sup>. Les faits de cette affaire se résument ainsi : un navire a transporté des calculatrices du Japon à Montréal, où le propriétaire devait en prendre livraison. À leur arrivée, les marchandises ont été prises en charge et entreposées par une compagnie d'acconage et de manutention qui avait convenu avec le transporteur de les décharger du navire et de les entreposer jusqu'à ce qu'elles soient délivrées à leur propriétaire. Pendant l'entreposage, plusieurs cartons contenant des calculatrices ont été volés. Une action en justice a été intentée en Cour fédérale du Canada par le propriétaire des marchandises contre le transporteur et l'entrepositaire.

Il faut noter que les *Règles de La Haye-Visby*, qui sont actuellement en vigueur au Canada<sup>33</sup>, ne s'appliquent qu'à la phase purement maritime<sup>34</sup> et non pas à la phase antérieure au chargement et postérieure au déchargement. Compte tenu du sectionnement du transport, le transporteur et le chargeur pourront déterminer librement, dans leur contrat, le régime juridique applicable aux phases antérieures au chargement et postérieures au déchargement<sup>35</sup>. Ils auront alors la possibilité de prévoir les conditions et exonérations relatives aux obligations et à la responsabilité du transporteur, pour les dommages qui surviendront pendant ces première et troisième phases. Le plus souvent, le transporteur insère au connaissement une clause par laquelle il dégage sa responsabilité et celle de ses proposés ou représentants ou de tout autre entrepreneur indépen-

---

<sup>32</sup> Précitée, note 29.

<sup>33</sup> Voir : *Loi concernant la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, art. 41 et suiv. Les *Règles de La Haye-Visby* se retrouvent à l'annexe 3 des articles 41 et suiv. (ces règles sont ci-après citées : « R.L.H.-V. »).

<sup>34</sup> Art. I(e) R.L.H.-V.

<sup>35</sup> Art. VII R.L.H.-V.

dant pour tout dommage survenu pendant ces deux phases du contrat de transport<sup>36</sup>.

Dans cette affaire se posent alors les questions de la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté et de l'étendue du droit maritime canadien. On sait que l'article 101 de la Constitution restreint la compétence de ce tribunal aux cas où une demande est susceptible d'être tranchée conformément aux lois du Canada. Par ailleurs, l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* énonce que cette Cour dispose d'une juridiction concurrente avec les tribunaux de droit commun pour instruire et juger toute action « présenté[e] en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande [...] »<sup>37</sup>. Il faut donc délimiter l'étendue de cette juridiction dans un domaine où les questions à trancher peuvent relever du droit maritime *stricto sensu* ou, encore, de la responsabilité contractuelle ou délictuelle soulevant incidemment une question de droit maritime. En effet, la Cour fédérale dispose d'une juridiction dont l'étendue est limitée par la *Loi sur la Cour fédérale* ou par toute autre loi habilitante. Cette Cour ne bénéficie pas d'une juridiction inhérente<sup>38</sup>.

Par conséquent, pour connaître la compétence juridictionnelle dans un domaine relevant du pouvoir législatif fédéral comme le droit maritime, il faut d'abord se demander si le Parlement attribue à la Cour fédérale une compétence. Ensuite, que cette dernière soit ou non exclusive, il faut chercher à savoir quelles règles de fond doit utiliser la Cour pour interpréter les droits en cause. Finalement, il faut déterminer si la Cour fédérale peut accessoirement recourir au droit provincial pour aider à la solution du litige et, le cas échéant, tracer la ligne de démarcation entre le principal et l'accessoire.

Dans l'affaire *ITO*, la question de la compétence de la Cour fédérale a été abordée dans le contexte de la demande adressée par le propriétaire contre l'entrepositaire. Cette demande portait sur la négligence dont ce dernier aurait fait preuve lorsque les calculatrices ont été volées dans ses entrepôts. Le juge McIntyre, avec lequel

---

<sup>36</sup> Il s'agit de la clause appelée « Himalaya », sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir un peu plus loin.

<sup>37</sup> *Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 23, art. 22.

<sup>38</sup> *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 331.



concourent trois juges, réitère les conditions essentielles permettant de conclure à la compétence de ce tribunal :

1. *Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.*
2. *Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.*
3. *La loi invoquée dans l'affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867.<sup>39</sup>*

Le juge McIntyre estime que la première condition est remplie par le paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui permet de trancher toute question de droit maritime<sup>40</sup>. Il tient donc pour acquis que l'action du propriétaire des marchandises contre l'entrepositaire est une question de droit maritime. Ce n'est qu'en analysant la deuxième condition qu'il précise sa pensée à ce sujet. Pour déterminer si cette condition est satisfaite, le juge McIntyre élabore principalement son argumentation à partir de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui définit l'expression « droit maritime canadien » de la façon suivante :

*[D]roit maritime canadien – Droit – compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale – dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté [...] ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.*

Selon le juge McIntyre, le droit maritime canadien peut être divisé en deux catégories. Premièrement, on retrouve le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi d'Amirauté* de 1934. La deuxième catégorie comprend le droit qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> *ITO*, précitée, note 29, 766.

<sup>40</sup> *Id.*, 768.

<sup>41</sup> *Id.*, 769.

Afin de bien cerner le contenu de la première catégorie, le juge McIntyre fait l'historique des dispositions de la *Loi d'Amirauté* de 1890 à 1934. Il est d'avis que le paragraphe 18(1) de la Loi de 1934<sup>42</sup> a eu pour effet d'incorporer au droit canadien « cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été, à l'occasion, modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires »<sup>43</sup>.

Le juge McIntyre se demande alors si cette première catégorie englobe la demande présentée par le propriétaire des marchandises contre l'entrepoteur. Il conclut par la négative puisqu'en 1934, la *Loi d'Amirauté* n'octroyait pas de compétence en matière de délits ou de quasi-délits survenus sur la terre ferme<sup>44</sup>.

Le juge McIntyre analyse ensuite la seconde catégorie de règles incluses dans la définition de l'expression « droit maritime canadien ». Il soutient que cette catégorie n'est pas limitée à la compétence qu'exerçaient historiquement les tribunaux d'amirauté. Elle a plutôt été adoptée pour s'assurer que le droit maritime canadien comporte une compétence illimitée en matière maritime<sup>45</sup>. Il se demande alors si l'entreposage des calculatrices dans les limites portuaires constitue une question maritime ou une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils. Il estime qu'une telle action relève de la compétence du Parlement central sur la navigation et la marine marchande, et ce, par l'existence de trois facteurs : la proximité des activités d'entreposage par rapport à la mer ; le rapport existant entre le contrat de transport et ces activités ; et le

---

<sup>42</sup> *Loi d'Amirauté*, 1934, 24-25 Geo. V, S.C. 1934, c. 31. Ce paragraphe édicte :

*La juridiction de la Cour en sa juridiction d'amirauté s'étendra et s'exercera relativement à toutes les eaux navigables, de marée et non de marée, qu'elles soient naturellement navigables ou qu'elles le soient artificiellement devenues, et bien que ces eaux soient dans les limites d'un corps de comté ou autre district judiciaire, et, en général, cette juridiction s'exercera, subordonnément aux dispositions de la présente loi, sur les mêmes endroits, personnes, matières et choses que la juridiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre, qu'elle existe en vertu de quelque loi ou autrement, et elle sera exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour.*

<sup>43</sup> *ITO*, précitée, note 29, 771.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Id.*, 774.

fait que l'entreposage soit à court terme, en attendant la livraison finale au propriétaire<sup>46</sup>.

Ceci dit, qu'en est-il du contenu du droit maritime canadien quant au fond? Le juge McIntyre reprend ici essentiellement l'approche historique que nous avons décrite plus haut. Il insiste plus particulièrement sur le fait qu'en 1934, les règles de droit maritime d'Angleterre ont été incorporées dans le droit canadien et, lorsque survenait une question de responsabilité contractuelle ou délictuelle, le tribunal d'amirauté appliquait les principes de common law en matière de dépôt et de négligence. Au nom de l'uniformité du droit canadien, il rejette la thèse voulant que la Cour fédérale puisse appliquer accessoirement le droit provincial, soit, dans le cas qui nous occupe, le droit civil québécois<sup>47</sup>.

Par la suite, le juge McIntyre considère la troisième condition permettant de conclure à la compétence de la Cour fédérale. On se rappelle que la loi invoquée dans l'affaire doit être une loi du Parlement canadien au sens de l'article 101 de la Constitution. Il est d'avis que cette condition est aussi respectée puisque le droit maritime canadien relève de la compétence fédérale sur la navigation et la marine marchande, tel que le prévoit le paragraphe 91(10) de la Constitution<sup>48</sup>.

La minorité de la Cour, constituée des trois juges québécois, estime qu'il ne s'agit pas d'une question de droit maritime, mais plutôt d'une question de droit civil délictuel. Par conséquent, l'action ne relèverait pas de la compétence de la Cour fédérale. Il appartient aux tribunaux du Québec d'entendre le litige, et ce, à la lumière du Code civil québécois. Il est étonnant de constater qu'aucun motif n'appuie ces prétentions. Les juges minoritaires renvoient tout simplement le lecteur à l'opinion du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale<sup>49</sup>.

La Cour suprême a ultérieurement précisé la portée de cette décision dans l'affaire *Q.N.S. Paper*<sup>50</sup>. Dans ce pourvoi, on devait

---

<sup>46</sup> *Id.*, 775.

<sup>47</sup> *Id.*, 779-782.

<sup>48</sup> *Id.*, 777.

<sup>49</sup> *Id.*, 801. On peut retrouver la décision de la Cour d'appel fédérale à : [1982] 1 C.F. 406.

<sup>50</sup> Précitée, note 30.

déterminer si une entreprise chargée de négocier des services était tenue de dévoiler l'identité de son mandant afin d'empêcher que sa responsabilité personnelle soit engagée envers une compagnie d'acconage.

D'abord, et la Cour suprême est unanime sur ce point, le législateur fédéral est considéré être le seul compétent pour édicter les règles de droit applicables à ce litige. Les trois juges du Québec siégeant dans cette cause adhèrent donc maintenant à ce principe.

Relativement à la source des règles applicables en droit maritime canadien, la Cour suprême est cependant partagée. Le juge La Forest, à l'opinion duquel souscrivent trois juges, conclut que le droit maritime d'Angleterre a été incorporé au droit fédéral en tant « qu'ensemble uniforme de règles de droit fédérales ». Ces règles se dégagent des principes de common law en matière de contrat et de mandat<sup>51</sup>.

Pour en arriver à ce résultat, M. le juge La Forest reprend les arguments élaborés par le juge McIntyre dans la décision *ITO*. Cependant, il estime que ceux-ci n'ont pas pour effet d'exclure complètement l'application des principes du droit civil. Ces principes pourraient être pris en considération lorsqu'il s'agit d'un litige qui ressort de la compétence qu'avait la Cour d'amirauté anglaise avant 1934. Ce tribunal était en fait présidé par des civilistes. Toutefois, sa compétence était très limitée. Il ne pouvait entendre des causes concernant des délits terrestres. Par conséquent, le juge La Forest conclut qu'on ne peut recourir aux principes du droit civil pour résoudre la situation qui nous occupe<sup>52</sup>.

Pour sa part, la juge L'Heureux-Dubé soutient qu'en l'absence de législation fédérale, on doit recourir à la méthodologie du droit comparé pour déterminer les règles applicables en l'espèce. Il faut alors tenir compte aussi bien du droit civil que de la common law. Pour en arriver à cette conclusion, elle procède à un examen approfondi de l'historique de la Haute Cour d'amirauté d'Angleterre. Cet examen révèle que cette Cour a fréquemment utilisé les principes de droit civil, de common law et de droit international afin de trouver

---

<sup>51</sup> *Id.*, 696 et 697.

<sup>52</sup> *Id.*, 695 et 697.

la règle de droit s'appliquant à un litige<sup>53</sup>. La position de la juge L'Heureux-Dubé a pour effet d'éviter que l'on se penche sur le contenu de la compétence qu'avait la Cour d'amirauté en 1934 à chaque fois que survient un litige maritime.

De son côté, la juge McLachlin, à l'opinion de laquelle souscrit le juge Lamer, souligne le contexte international du droit maritime. Elle est d'avis que les tribunaux doivent interpréter ces principes en tenant compte du droit international et note que, selon le cas, les traditions de droit civil et de common law peuvent jouer un rôle<sup>54</sup>. Elle fait donc abstraction du contexte historique de la réception du droit maritime anglais au Canada.

Dans une décision ultérieure, l'affaire *Monk*<sup>55</sup>, la Cour suprême s'est prononcée à nouveau sur la compétence de la Cour fédérale en matière maritime<sup>56</sup>. Cette décision revêt une importance particulière puisque c'est la première fois que le plus haut tribunal canadien devait délimiter le contenu du droit maritime canadien en matière de contrat de vente de marchandises. Les faits de cette cause se résument ainsi : la compagnie Monk (la venderesse) s'est engagée à fournir une certaine quantité d'engrais à la compagnie Island Fertilizers (l'acheteure) et de l'expédier, à bord d'un navire, à trois ports distincts. La preuve a révélé que les modalités essentielles du contrat de vente apparaissaient dans un télex expédié par le vendeur à l'acheteur. Dans ce document, il est notamment prévu qu'il s'agit d'une vente de type « CAF-FO ». Les trois premières lettres de cette abréviation (coût, assurance, fret) signifient que le prix mentionné au contrat inclut le coût des marchandises ainsi que les frais encourus pour les assurer et les transporter jusqu'aux ports de déchargement convenus entre les parties. Quant aux lettres « FO » (*free-out* ou franco déchargement), elles indiquent que tous les frais afférents au déchargement des marchandises incombent à l'acheteur. Par ailleurs, il est mentionné au télex que l'acheteur s'engage à décharger le navire à un rythme de 3 000 tonnes par jour. Ce document renvoie les parties à une charte-partie conclue entre le vendeur et le transporteur des

---

<sup>53</sup> *Id.*, 714, 715, 722 et 726.

<sup>54</sup> *Id.*, 691-693.

<sup>55</sup> Précitée, note 28.

<sup>56</sup> Voir aussi : *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, sur la nécessité d'uniformité du droit canadien en la matière.

marchandises pour les modalités particulières relatives aux *surestaries* occasionnées lors du déchargement des marchandises. En fait, cette charte-partie prévoit une prime à payer, appelée « *surestaries* », lorsque le navire n'est pas déchargé au rythme convenu. Il faut comprendre ici que le transporteur impose cette obligation à son cocontractant, le vendeur, dans le cadre d'un contrat de transport particulier désigné dans le jargon maritime par l'expression « charte-partie ». Le vendeur refile alors cette obligation à l'acheteur qui doit décharger le navire en vertu du contrat de vente, d'où le renvoi à la charte-partie pour connaître les obligations de l'acheteur relativement aux *surestaries*.

Le litige soumis à la Cour suprême dans cette affaire repose sur trois réclamations du vendeur à l'encontre de l'acheteur. D'une part, le vendeur revendique le paiement de *surestaries*, en invoquant le fait que l'acheteur n'a pas déchargé le navire à un rythme assez rapide. D'autre part, il réclame le paiement de marchandises que l'acheteur aurait déchargées en trop. Finalement, le vendeur demande un remboursement des deniers qu'il a dû déboursier pour le coût de location des grues de quai qui ont servi au déchargement de la cargaison. La question à trancher par la Cour était la suivante : ces réclamations relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime ?

Le juge Iacobucci, avec lequel concourent sept juges, a répondu affirmativement à cette question. Son opinion repose principalement sur les motifs exprimés par le juge McIntyre dans la décision *ITO*.

Il se demande principalement si les réclamations du vendeur sont « *entièrement liées* aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale »<sup>57</sup>. Pour résoudre cette interrogation, il examine le contrat des parties tel qu'il apparaît au télex. Le juge Iacobucci estime que ce document regroupe deux séries d'obligations : l'une afférente à la vente de marchandises et l'autre de nature maritime. Dans la première catégorie, il rassemble les dispositions qui concernent le genre de marchandises vendues, leur quantité et leur qualité, de même que leur prix et le moment de leur livraison. Dans la seconde catégorie, il inclut, d'une part, les modalités relatives à la souscription d'une assurance maritime et à l'affrètement

---

<sup>57</sup> Monk, précitée, note 28, 796 (les italiques sont dans l'original).

d'un navire par le vendeur et, d'autre part, l'engagement de l'acheteur de décharger ce navire au rythme convenu. Il ajoute que le caractère maritime de ce dernier engagement se trouve « renforcé du fait que [l'acheteur] a accepté d'être responsable de la [sic] *sures-tarie* et de bénéficier d'une prime de rapidité, le cas échéant, selon les taux précisés dans la charte-partie »<sup>58</sup> conclue entre le vendeur et le transporteur maritime.

Le juge Iacobucci ajoute que les réclamations du vendeur n'empiètent d'aucune façon sur le pouvoir des législatures provinciales de légiférer en matière de propriété et de droits civils puisqu'elles ne portent pas sur la vente de marchandises. Il réitère alors les propos du juge McIntyre dans l'affaire *ITO* selon lesquels les termes « maritime » et « amirauté » doivent être interprétés dans un contexte moderne et qu'on ne peut restreindre leur sens au moyen « des classifications doctrinales rigides ou des limites historiques excessives »<sup>59</sup>.

La juge L'Heureux-Dubé exprime, quant à elle, sa dissidence et estime que les trois réclamations du vendeur relèvent de la propriété et des droits civils. Par conséquent, la Cour fédérale n'aurait pas de juridiction pour les examiner.

La question du droit applicable au domaine maritime a également retenu l'attention de la Cour d'appel du Québec. Ainsi, dans le cadre d'une décision de 1997<sup>60</sup>, la Cour d'appel avait à déterminer les règles de droit applicables dans le cadre d'un litige portant sur la fermeture de la voie maritime du Saint-Laurent pendant une période de 18 jours. Cette fermeture résultait d'un bris du pont levant de Valleyfield qui s'était immobilisé à mi-course. Plusieurs poursuites ont été intentées, notamment par des usagers de la voie maritime, afin d'obtenir réparation pour les dommages subis. L'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, une des principales parties poursuivies, a alors appelé en garantie deux compagnies qui ont participé à divers travaux relatifs à la conception et à la construction du pont. Tels sont donc les faits importants aux fins de notre exposé.

Dans une décision unanime rejetant les appels des usagers maritimes contre l'administration de la voie maritime du Saint-Laurent,

---

<sup>58</sup> *Id.*, 796 et 797.

<sup>59</sup> *Id.*, 801.

<sup>60</sup> *Administration de la voie maritime du Saint-Laurent c. Cannon Incorporated*, J.E. 97-140, jj. Beauregard, Mailhot et Fish (C.A.).

voici comment s'exprime le juge Beaugregard, *per curiam*, quant au droit applicable à ces actions :

*Je partage l'opinion du juge qu'entre l'appelante et les usagers maritimes, c'est le droit maritime canadien qui trouve application : la réclamation des usagers maritimes en est une par des usagers d'une voie d'eau navigable contre l'organisme qui a le contrôle de cette voie d'eau et qui aurait, au mépris de ses obligations, causé des dommages aux usagers, en bloquant la voie d'eau. V.I.T.O. – International Terminal Operators c. Miida Electronics, [1986] 1 R.C.S. 752.*

*Le droit maritime canadien comprend les principes de la « common law » canadienne, mais ne comprend pas les dispositions québécoises en matière de responsabilité civile : V.I.T.O. – International Terminal Operators c. Miida Electronics, déjà cité, et Chartwell Shipping Limited c. Q.N.S. Peter [sic « Paper »] Company Limited, [1989] 2 R.C.S. 683.*

*Les usagers nous proposent que les relations entre eux et l'appelante étaient de nature contractuelle. L'appelante nous propose de son côté que nous sommes devant un service public qui était utilisé par les usagers sans qu'un contrat fût formé entre l'appelante et les usagers. J'accepte la proposition de l'appelante et je m'appuie sur les arrêts suivants : The King c. Canada Steamship Lines Ltd., [1927] R.C.S. 68, Pfizer Corporation c. Ministry of Health, [1965] A.C. 512 (Chambre des Lords), A/S Omen c. Ship « Duteous », [1986] 4 F.T.R. 122. L'utilisateur qui désire utiliser la voie maritime n'a rien sur quoi négocier. Il doit remplir les conditions prévues par règlement. D'autre part, l'Administration de la voie maritime ne peut refuser cet usager.*

*À mon avis la voie maritime du St-Laurent n'est pas autre chose qu'une voie publique comme sont les routes, les rues et les ponts. Même si les obligations des usagers sont onéreuses, je ne peux m'imaginer que le prix élevé d'un péage fait que l'utilisateur de la voie publique devient une partie contractante avec l'exploitant de la voie publique lorsque cet exploitant est l'État ou l'un de ses mandataires.*

*Le recours des usagers est donc fondé sur les principes de common law relatifs à la responsabilité délictuelle.<sup>61</sup>*

Bien que nous soyons d'accord avec la Cour d'appel pour conclure au caractère maritime du recours exercé par les usagers de la voie maritime contre l'Administration de celle-ci, ce jugement nous apparaît toutefois déplorable pour deux raisons principales. D'une

<sup>61</sup> *Id.*, aux pages 74-76 du jugement original.



part, en suivant aveuglément et d'une manière laconique les principes élaborés par la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel ignore totalement la doctrine qui critique sévèrement ceux-ci, en mettant fortement en doute le raisonnement juridique ayant servi à leur émergence. D'autre part, en écartant le droit civil en matière maritime au profit de la common law, la Cour d'appel se trouve à renoncer à son rôle fondamental de protection du droit civil.

La Cour suprême du Canada a eu à se pencher à nouveau sur l'étendue des pouvoirs du Parlement fédéral en vertu de sa compétence sur la navigation et les expéditions par eau du paragraphe 91(10) de la Constitution dans le cadre de quatre pourvois portant sur des actions pour négligence<sup>62</sup>. L'essentiel du litige portait sur l'application de lois provinciales<sup>63</sup>, en l'absence de règles dans la *Loi sur la marine marchande*<sup>64</sup>, sur les questions suivantes : l'action en dommages-intérêts d'une personne à charge pour perte de conseils, de soins et de compagnie, la détermination des personnes à charge admises à demander une réparation et le délai de prescription applicable pour les demandes en réparation d'un préjudice.

Les juges Iacobucci et Major pour la Cour, estiment nécessaire, dans un premier temps, d'indiquer les principes généraux applicables en droit maritime canadien :

*1. L'expression « droit maritime canadien » définie à l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale désigne un vaste ensemble de règles de droit fédérales régissant toutes les demandes concernant des questions maritimes et d'amirauté. Le droit maritime canadien ne se restreint pas au droit anglais applicable en matière d'amirauté au moment où celui-ci a été adopté en droit canadien en 1934. Au contraire, le terme « maritime » doit être interprété dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau; on doit considérer que l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la Loi constitutionnelle de 1867. Le critère permettant d'établir si la question examinée relève du droit maritime exige de conclure que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [...]*

---

<sup>62</sup> *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.

<sup>63</sup> *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. (1990), c. F-3; *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. (1990), c. T-23.

<sup>64</sup> L.R.C. (1985), c. S-9.

2. *Le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, et ce n'est pas le droit de quelque province canadienne. Tous les principes qu'il comprend constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial. [...]*

3. *Le contenu du droit maritime canadien sur le fond doit être déterminé en fonction de son héritage. Il comprend, mais sans s'y restreindre, l'ensemble des règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour en sa compétence d'amirauté, qui ont été modifiées par le Parlement canadien et se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires. [...]*

4. *Le droit maritime anglais qui a été incorporé au droit maritime canadien en 1934 était un amalgame de principes dérivant en grande partie à la fois de la « common law » et de la tradition civiliste. Il englobait à la fois les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté ainsi que les règles et principes puisés dans la « common law » et appliqués aux affaires d'amirauté. Bien que la plupart des règles de droit maritime canadien concernant la responsabilité délictuelle, les contrats, le mandat et le dépôt trouvent leur source dans la « common law » anglaise, il peut être avantageux, dans le cas de certaines questions relevant proprement du droit maritime, de prendre en considération les expériences d'autres pays et notamment, compte tenu des origines de la compétence en matière d'amirauté, celle des civilistes. [...]*

5. *L'existence de règles de droit maritime uniformes est nécessaire en pratique à cause de la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, telles qu'elles sont exercées au Canada. Bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales et les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire suivant l'endroit où ils se trouvent. La nécessité de règles juridiques uniformes est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation. [...]*

6. *Dans les cas où le Parlement n'a pas adopté de dispositions législatives pour régir une question de droit maritime, les principes non législatifs qui ont été incorporés au droit maritime canadien et formulés par les tribunaux canadiens restent applicables, et il faudrait recourir à ces principes avant d'examiner s'il y a lieu d'appliquer le droit provincial à la solution d'un point litigieux dans une action en matière maritime. [...]*

7. *Le droit maritime canadien n'est ni statique ni figé. Les principes généraux formulés par notre Cour relativement à la réforme du droit par les tribunaux s'appliquent à la réforme du droit maritime canadien, permet-*

*tant ainsi l'évolution du droit lorsque les critères applicables sont respectés [...]*<sup>65</sup>

Par la suite, les juges Iacobucci et Major se demandent s'il est constitutionnellement acceptable d'appliquer des règles provinciales en matière maritime. Ils indiquent que cette interrogation doit s'effectuer à l'aide d'un critère qui comporte quatre volets : la détermination de la question en litige, l'examen des sources du droit maritime, l'examen de la possibilité de réforme et, enfin, l'analyse constitutionnelle.

#### • **Premier volet : détermination de la question en litige**

Selon ce premier volet, il s'agit d'examiner les faits pour déterminer s'il s'agit d'une question de droit maritime qui relève ainsi de la compétence exclusive du Parlement fédéral sur la navigation et les expéditions par eau,

*ou plutôt [...] qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867. À cette fin, le critère applicable est de se demander si la question [...] est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.*<sup>66</sup>

#### • **Deuxième volet : examen des sources du droit maritime**

Lorsque la question soumise est qualifiée de « maritime »,

*le deuxième volet du critère vise à déterminer s'il est nécessaire pour la partie qui cherche à invoquer la loi provinciale [...] en matière maritime de le faire. Cela signifie qu'avant de se lancer dans une analyse constitutionnelle de l'applicabilité d'une loi provinciale qui pourrait fort bien se révéler inutile, le tribunal doit examiner s'il existe en droit maritime canadien une règle analogue à la disposition législative dont la partie cherche à se prévaloir. Il pourrait s'agir d'une règle du droit maritime fédéral identique à la disposition provinciale (par exemple, une cause d'action pour les personnes à charge d'une personne qui a été tuée), ou encore d'une disposition ou d'une règle qui envisage la même question que la*

<sup>65</sup> *Succession Ordon c. Grail*, précitée, note 62, 489-491.

<sup>66</sup> *Id.*, 491.

*disposition provinciale, mais de façon différente (par exemple, les principes de common law qui sont applicables au mandat et qui ont été incorporés au droit maritime canadien traitent du mandat d'une autre manière que les principes énoncés dans le Code civil du Québec, [...]). Évidemment, lorsque le droit maritime canadien traite différemment d'une question visée par la loi provinciale dont on demande l'application, il pourrait être malgré tout nécessaire d'effectuer une analyse constitutionnelle si la partie se prévalant de la loi provinciale plaide l'application simultanée des lois fédérale et provinciale.*

*Quoi qu'il en soit, il est important de passer en revue toutes les sources pertinentes de droit maritime canadien pour déterminer si une question a déjà été abordée. Ces sources sont à la fois législatives et non législatives, nationales et internationales, de common law et civilistes. [...] Les parties doivent examiner toutes les sources du droit maritime canadien avant de chercher à se prévaloir plutôt d'une loi provinciale, et les tribunaux devraient hésiter à se lancer dans une analyse de l'applicabilité constitutionnelle sans avoir tout d'abord tranché cette question préliminaire.<sup>67</sup>*

En bref, ce deuxième volet consiste à se demander si la disposition législative provinciale dont cherche à se prévaloir une partie a son pendant dans la législation maritime fédérale.

### • **Troisième volet : examen de la possibilité de réforme**

S'il n'y en a pas, le troisième volet consiste à se demander s'il convient pour un tribunal de modifier une règle non législative du droit maritime canadien afin de combler le vide législatif. La Cour suprême a été très clair en indiquant que le rôle des tribunaux n'est pas de se substituer au législateur fédéral, mais bien de s'assurer que la common law réponde adéquatement « aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. [...] »<sup>68</sup>. Dans l'application de ce critère, le tribunal doit non seulement tenir compte de ces changements,

*mais aussi du tissu de la collectivité internationale plus large que constituent les États maritimes et notamment l'opportunité d'uniformiser les règles appliquées par les différentes autorités législatives aux affaires relevant du droit maritime. De même, en appréciant si une modification du droit maritime canadien aurait des retombées complexes, le tribunal doit examiner non seulement les retombées au Canada, mais aussi les*

---

<sup>67</sup> *Id.*, 492.

<sup>68</sup> *Id.*, 495, citant *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 670.

*effets de ce changement sur les obligations qui incombent au Canada en vertu des traités, sur ses relations internationales de même que sur l'état du droit maritime international. Il est essentiel que le critère permettant la réforme du droit maritime canadien par les tribunaux respecte le caractère sui generis de cet ensemble de règles de droit.*<sup>69</sup>

#### • **Quatrième volet : analyse constitutionnelle**

Selon ce quatrième volet, le tribunal doit s'interroger pour déterminer si une disposition provinciale donnée est constitutionnellement applicable. Ce test n'est utilisé que si l'application des trois premiers volets n'a pas permis de trouver de droit fédéral. Les juges Iacobucci et Major indiquent que dans le contexte canadien, la Constitution permet à une loi provinciale de portée générale de toucher à des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement fédéral. Ils ajoutent, toutefois, que l'analyse doit s'effectuer principalement en se posant la question suivante :

*La question qu'il faut se poser est la suivante : « la disposition législative provinciale en cause a-t-elle pour effet de réglementer indirectement une question touchant les règles relatives à la négligence du droit maritime ? » Dans l'affirmative, elle doit faire l'objet d'une interprétation atténuée de manière à ne pas s'appliquer hors du champ des compétences provinciales légitimes. Si la loi n'a pas un tel effet, elle sera vraisemblablement applicable en tant que loi provinciale valide.*<sup>70</sup>

En procédant à cette analyse, les juges sont d'avis que lorsqu'une « loi provinciale de portée générale a pour effet de réglementer indirectement une question touchant les règles relatives à la négligence du droit maritime, il y a intrusion dans le contenu essentiel irréductible du droit maritime fédéral, ce qui est inacceptable sur le plan constitutionnel »<sup>71</sup>, et donc, par conséquent, cette loi n'est pas constitutionnelle.

À la lumière de ces critères, reste-il une place pour l'application du droit provincial, donc du droit civil, en matière maritime ? Dans cette décision, la Cour suprême est d'avis que le droit provincial est

<sup>69</sup> *Id.*, 495.

<sup>70</sup> *Id.*, 500.

<sup>71</sup> *Id.*, 498.

peu susceptible de s'appliquer en pratique. Voici les propos des juges Iacobucci et Major à cet égard :

*L'analyse constitutionnelle en l'espèce est nécessairement axée sur les règles relatives à la négligence du droit maritime. Des principes similaires peuvent très vraisemblablement être invoqués relativement à l'applicabilité des lois provinciales à d'autres contextes relevant du droit maritime, bien que selon nous, il ne convienne pas, en l'absence de circonstances factuelles soulevant carrément la question, de statuer maintenant sur l'applicabilité générale du critère énoncé ici dans un contexte ne faisant pas intervenir les règles relatives à la négligence du droit maritime. Mais nous ne voulons pas donner à entendre qu'aucune loi provinciale ne pourra jamais s'appliquer dans un contexte maritime, faisant intervenir ou non les règles relatives à la négligence du droit maritime. Les lois provinciales réglant la procédure suivie par les tribunaux, par exemple, s'appliqueraient en règle générale dans une action pour négligence en matière maritime portée devant la cour supérieure provinciale. Nous ne faisons pas de commentaires non plus, par exemple, sur l'applicabilité des lois fiscales provinciales dans des contextes maritimes. Toutefois, il est relativement rare que la loi provinciale dont une partie demande à se prévaloir dans une action pour négligence fondée sur le droit maritime n'ait pas pour effet de régler une question essentielle du droit maritime<sup>72</sup>.*

Les juges ajoutent également que la nécessité d'avoir un droit maritime uniforme au Canada est justifiée par les dimensions nationales et internationales de cette matière<sup>73</sup>.

Que faut-il conclure de ces décisions ? Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il n'est pas facile de déterminer si une situation de faits soulève un problème de droit maritime ou se rapporte plutôt à la propriété et aux droits civils. Il est toutefois possible d'avancer qu'une forte majorité des juges de la Cour suprême interprète largement l'expression « affaires maritimes ». De plus, deux autres conséquences découlent de ces décisions : la recherche d'uniformité du droit maritime canadien et la quasi-impossibilité de recourir au droit civil, et ce, même à titre supplétif.

---

<sup>72</sup> *Id.*, 499 et 500.

<sup>73</sup> *Id.*, 500, 503 et 504.

## 2. Le droit civil comme source du droit maritime canadien

Ces commentaires nous amènent à discuter des règles de droit que nous estimons applicables à titre supplétif en matière maritime. Pourquoi a-t-on créé une common law fédérale, applicable par la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux, et avoir laissé son contenu lié au sort de la common law d'Angleterre? Les juges ont répondu que cela « permet, sur le plan pratique, de favoriser l'uniformité du droit canadien en matière maritime et d'amirauté »<sup>74</sup>. Ils ont de plus ajouté « que l'une des vertus de la common law est de n'avoir jamais réellement laissé la logique pure faire obstacle au bon sens et à la nécessité pratique lorsqu'il s'agit d'atteindre un résultat souhaité »<sup>75</sup>. Finalement, ils ont déclaré que, « [d]ans les affaires maritimes ou d'amirauté, nous traitons de commerce international. Il existe de bonnes raisons de promouvoir l'uniformité dans ce domaine, ainsi que le plus haut degré de certitude possible »<sup>76</sup>.

Tout d'abord, il convient de discuter des « vertus » de la common law. Faut-il comprendre que le droit civil est trop rigide pour permettre une solution adéquate aux problèmes « pratiques » de droit maritime? On doit rappeler ici que l'Ordonnance sur la Marine, de Colbert, datant de 1681, est la base principale sur laquelle les tribunaux anglais ont solutionné les litiges et c'est sur cette même Ordonnance que s'est inspiré le Parlement de Londres pour légiférer en droit maritime<sup>77</sup>. Faut-il aussi rappeler le fait que le droit civil québécois a permis de déclarer valide une clause de non-responsabilité au bénéfice d'un auxiliaire de transport maritime avant que la Cour suprême ne se prononce à ce sujet, dans la décision *ITO*, avec l'aide des « vertus » de la common law<sup>78</sup>?

Il importe maintenant de traiter du concept de la common law fédérale. La Cour suprême a eu l'occasion, postérieurement à la décision *ITO*, de se pencher sur ce concept dans l'affaire *Roberts c. Canada*<sup>79</sup>. Dans cet arrêt, il s'agissait de se prononcer à nouveau

---

<sup>74</sup> *ITO*, précitée, note 29, 782.

<sup>75</sup> *Id.*, 788.

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> Jean PINEAU, « La législation maritime canadienne et le Code civil québécois », (1968) 14 *R.D. McGill* 28 et 29.

<sup>78</sup> Voir : *Ceres Stevedoring Co. c. Eisen and Metall A.G.*, [1977] C.A. 56.

<sup>79</sup> Précitée, note 38.

sur la compétence de la Cour fédérale relativement à un litige ayant pour objet de déterminer laquelle de deux bandes indiennes disposait du droit exclusif d'occuper un certain territoire. Pour résoudre ce litige, la Cour devait déterminer s'il existait un ensemble de règles de droit essentielles à la solution du litige constituant, au sens de la deuxième condition retenue dans l'arrêt *ITO*, le fondement de l'attribution légale de compétence à la Cour fédérale. La réponse fut affirmative. La juge Wilson, *per curiam*, estima que ces règles se trouvent dans un acte de l'Exécutif, dans certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et finalement dans la common law relative au titre aborigène qui sous-tend les obligations fiduciaires qu'a la Couronne envers les deux bandes<sup>80</sup>.

On peut comprendre aisément que, dans la mesure où le Parlement fédéral n'a pas pleinement exercé sa compétence législative en matière de droit des autochtones, on puisse avoir recours à ce que l'on désigne communément comme la common law fédérale et ainsi faire abstraction du droit provincial. Les revendications territoriales des premiers habitants de ce pays doivent être soumises à des règles uniformes. Qu'en est-il du droit maritime ? Existe-t-il un besoin d'uniformité en ce domaine ?

Certes, il est souhaitable d'en arriver à une certaine uniformité du droit maritime vu le caractère international que revêt cette branche du droit. Cependant, il appert que cet idéal ne se réalisera pas dans un avenir prochain. Par exemple, en matière de transport maritime sous connaissement, on retrouve plusieurs conventions internationales s'appliquant actuellement. Certains pays utilisent les *Règles de La Haye de 1921*, d'autres, la *Convention de Bruxelles de 1924*, d'autres encore, les *Règles de Visby de 1968* et, enfin, quelques-uns appliquent les *Règles de Hambourg de 1978*. De plus, il faut savoir que l'on négocie actuellement une nouvelle convention internationale sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.)<sup>81</sup>.

Quant aux règles de droit applicables en l'absence de législation fédérale, nous sommes d'avis que l'on doit alors utiliser le droit provincial pour solutionner le litige, et ce, peu importe que l'instance se

---

<sup>80</sup> *Id.*, 337-340.

<sup>81</sup> Voir : Guy LEFEBVRE, « Le projet préliminaire de la CNUDCI et la responsabilité du transporteur de marchandises par mer : périple difficile ou échouement ? », (2003) 37 *R.J.T.* 429.



déroule devant la Cour fédérale<sup>82</sup> ou devant un tribunal de droit commun.

D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a reconnu, au moins à deux reprises, que la Cour fédérale n'était pas restreinte à l'application du droit fédéral pour résoudre une affaire<sup>83</sup>. Le recours au droit civil québécois, dans le cadre d'un litige provenant du Québec, s'impose lorsqu'on sait qu'il existe deux grandes traditions juridiques au Canada. Au surplus, il faut bien reconnaître que les activités maritimes n'appartiennent pas en propre à la common law. Au contraire, l'histoire démontre que ce sont surtout les principes développés par les juristes français qui ont influencé le droit maritime moderne. En outre, il existe plusieurs autres secteurs d'activités fédérales où l'on puise dans le droit provincial. Il suffit de citer les cas relatifs aux effets de commerce et à la faillite, par exemple.

À partir de ces enseignements, nous pouvons conclure cette partie de notre exposé au moyen des questions suivantes : pourquoi le phénomène de l'uniformisation du droit sur le plan international doit-il se répercuter obligatoirement au niveau national, surtout lorsqu'on sait qu'en droit maritime le consensus n'est pas pour demain ? Pourquoi ce phénomène est-il consacré aux dépens de la tradition civiliste<sup>84</sup> ? Pourquoi la Cour d'appel du Québec n'exerce-t-elle pas sa mission de protéger le droit civil ? Est-il normal qu'un justiciable ne sache pas si une question qui le concerne relève du

---

<sup>82</sup> Ainsi, malgré le fait que l'on doit appliquer la common law en droit maritime, et ce, d'un océan à l'autre, il appert que certaines décisions de la Cour fédérale utilisent encore le Code civil pour résoudre des litiges. Voir : Jean-Maurice BRISSON et André MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », (1996) 75 *R. du B. can.*, 297, 302. Ces auteurs citent les décisions suivantes : *Quebec Tugs Ltd. c. Keystone Navigation Inc.*, [1990] F.C.J. n° 1157 et *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1994] F.C.J. n° 1211.

<sup>83</sup> *Kellogg Co. c. Kellogg*, [1941] R.C.S. 242 ; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654. De plus, il est possible de soutenir qu'en l'absence de règles édictées par le législateur fédéral, le droit provincial fait partie de la common law fédérale. Voir : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition 2003, Agincourt, Thompson Carswell, 2003, p. 197 et 198. Enfin, la Cour suprême a reconnu que l'inaction législative du Parlement fédéral impliquait la possibilité que les provinces puissent légiférer dans le champ de compétence inoccupé. Voir : *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, [1981] 1 R.C.S. 153, 162 et 164.

<sup>84</sup> Pour une excellente analyse des rapports entre le droit fédéral et le droit civil, voir : J.-M. BRISSON et A. MOREL, *loc. cit.*, note 82.

droit maritime (donc de la common law) ou du *Code civil du Québec*? Dans ce dernier cas, favorise-t-on le « plus haut degré de certitude possible »<sup>85</sup>, comme le souhaite la Cour suprême, en uniformisant le droit maritime canadien?

## B. L'assurance maritime

L'assurance maritime relève du Parlement fédéral à cause des articles 91(10) et (13)<sup>86</sup> de la Constitution, et ce, tel qu'il en a été décidé par la Cour suprême dans l'affaire *Trivglav c. Terrasses Jewellers*<sup>87</sup>. Le juge Chouinard, au nom de la cour, déclare :

*À mon avis le procureur général du Canada a raison de qualifier l'assurance maritime de matière relevant à proprement parler de la propriété et des droits civils mais qui a néanmoins été confiée au Parlement comme partie de la navigation et des expéditions par eau. [...]*<sup>88</sup>

*Je suis d'avis que l'assurance maritime fait partie du droit maritime sur lequel l'art. 22 de la Loi sur la Cour fédérale confère à celle-ci une compétence concurrente. Il n'est pas nécessaire de déterminer quels autres tribunaux peuvent avoir une compétence concurrente avec la Cour fédérale ni de déterminer l'étendue de leur compétence. Je suis également d'avis que l'assurance maritime est comprise dans le pouvoir du Parlement relatif à la navigation et aux expéditions par eau [...]*<sup>89</sup>

À la suite de cette décision, de nombreuses discussions sont intervenues entre le gouvernement fédéral et, notamment, le Canadian Board of Maritime Underwriters et la Canadian Maritime Law Association. Suivant ces discussions, le Parlement fédéral a décidé d'édicter une loi sur l'assurance maritime découlant principalement de la loi anglaise de 1906, à laquelle on a apporté des changements mineurs en regroupant certains articles ou en changeant certaines

<sup>85</sup> *ITO*, précité, note 29, 788.

<sup>86</sup> Ce paragraphe mentionne que la compétence du Parlement central s'étend aux : « passages d'eau (ferries) entre une province et tout pays britannique ou étranger, ou entre deux provinces ».

<sup>87</sup> Précitée, note 19.

<sup>88</sup> *Id.*, 292.

<sup>89</sup> *Id.*, 298. Cette décision a fait l'objet de vives critiques. Voir : André BRAËN, « Questions de compétence : la compétence législative en matière d'assurance maritime ; la compétence en amirauté de la Cour provinciale », (1985) 16 *R.G.D.* 195.

définitions devenues désuètes<sup>90</sup>. C'est ainsi qu'est entrée en vigueur, en 1993, la *Loi sur les assurances maritimes*<sup>91</sup>. Cette loi canadienne reprend le concept de common law fédérale à l'article 4 qui énonce que « [l]es règles de droit maritime canadien continuent, sauf incompatibilité avec la présente loi, à s'appliquer aux contrats ».

Selon la jurisprudence que nous avons étudiée plus haut, il faudra recourir à la common law anglaise pour compléter cette loi. Si nous pouvions critiquer avec vigueur cette façon de procéder en matière de transport maritime, étant donné qu'il n'existe pas d'uniformité du droit à cet égard, la situation nous semble beaucoup moins problématique dans le cas de l'assurance maritime puisque le marché britannique est largement prépondérant dans ce domaine et ses règles sont largement suivies dans toutes les provinces canadiennes.

Après avoir discuté du concept de droit maritime canadien, il importe maintenant de se pencher sur la problématique du droit applicable dans le cadre des termes de commerce.

## II. Les termes de commerce

Rappelons que les termes de commerce (FOB, CIF, CAF, DEQ, FCA, etc.) sont des éléments indispensables pour les contrats de vente internationale. Ils permettent de répondre au besoin de rapidité que nécessite le commerce en évitant aux parties de longues négociations, et ce, en employant de courtes formules cernant les éléments fondamentaux de l'organisation de la vente envisagée. On n'a pas ainsi à décrire exhaustivement les normes usuelles que les parties entendent utiliser. Les termes de commerce concernent une seule chose : les droits et obligations des parties relatifs à la livraison de la marchandise vendue. À cet égard, ils couvrent les éléments suivants : 1<sup>o</sup> la fourniture du fret et de l'assurance ; 2<sup>o</sup> le dédouanement des marchandises à l'exportation ou à l'importation ; 3<sup>o</sup> le transfert des risques ; 4<sup>o</sup> la remise matérielle de la chose vendue (emballage, endroit et acheminement).

Les parties au contrat international disposent de trois moyens pour préciser le sens à donner à un terme de commerce : en se réfère-

---

<sup>90</sup> Edgard GOLD, Aldo CHIRCOP et Hugh KINDRED, *Essentials of Canadian Maritime Law*, Toronto, Irwin Law, 2003, p. 307.

<sup>91</sup> L.C. 1993, c. 22.

rant à une loi nationale, en prévoyant des dispositions spécifiques au contrat de vente qui en décrivent tous les aspects ou, enfin, en se référant à des règles normalisées, tels les Incoterms<sup>92</sup>. Ces règles définissent, sous des appellations concises, les obligations caractéristiques des types de vente les plus répandues. Il va sans dire que ces trois moyens de définir le sens d'un terme de commerce n'apportent pas toujours des solutions identiques à un problème donné. Les parties peuvent également combiner ces moyens, par exemple, en choisissant les Incoterms et en les complétant par un droit national.

Selon nous, la difficulté liée à définir précisément le contenu du droit applicable aux termes de commerce au Québec tient à deux choses. D'une part, plusieurs termes de commerce prévoient l'utilisation d'un navire, et donc de documents de nature maritime, ce qui a pour effet de faire resurgir la notion de droit maritime canadien, et donc la possibilité que la common law intervienne pour régler des litiges. D'autre part et nous l'avons déjà mentionné, les principaux partenaires commerciaux du Québec sont les États-Unis qui ont leurs propres spécificités en matière de termes de commerce. Nous traiterons donc des termes de commerce en deux points : les termes de commerce et le droit maritime canadien (A) ainsi que les difficultés de définir avec précision le contenu du droit applicable aux termes de commerce (B).

### **A. Les termes de commerce et le droit maritime canadien**

Rappelons que ce sont les provinces qui ont, en principe, compétence pour légiférer en matière de termes de commerce puisque ceux-ci concernent la vente de marchandises. Il s'agit donc d'une question se rapportant à la propriété et aux droits civils (par. 92(13)) de la Constitution<sup>93</sup>. Toutefois, comme nous venons de l'indiquer, cette proposition doit être vérifiée à partir de la notion de droit maritime canadien dont nous avons exposé les principes plus haut. Pour ce faire, nous nous proposons d'utiliser les Incoterms de la Chambre de commerce internationale de Paris. En effet, puisque les obligations réciproques de chacune des parties au contrat de

---

<sup>92</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *INCOTERMS 2000*, Publication n° 560, Paris, 1999 (ci-après cités « Incoterms »).

<sup>93</sup> Notons que le législateur québécois n'est pas intervenu pour codifier les règles applicables aux termes de commerce.

vente sont codifiées par écrit, elles nous apparaissent comme étant la meilleure source pour déterminer quelles obligations peuvent relever du droit maritime ou de la vente. Il va sans dire que si les Incoterms ne sont pas utilisés par les parties contractantes, les droits et obligations des parties pourront varier par rapport à ce document. Toutefois, l'exercice que nous nous proposons d'effectuer n'a pas pour but de déterminer sur quelle partie repose, par exemple, l'obligation de conclure tel ou tel contrat, mais plutôt de savoir quel sera le contenu du droit applicable à cette obligation (le droit maritime canadien ou le droit provincial?).

Indiquons comme point de départ que six Incoterms ont trait à des ventes utilisant un navire, ou autrement appelées « vente maritime » : FAS (franco le long du navire), FOB (franco à bord), CFR (coût et fret), CIF (coût, assurance et fret), DES (rendu ex ship) et DEQ (rendu à quai). C'est donc dans le cadre de ces termes de commerce que la notion de droit maritime canadien est la plus susceptible d'entrer en jeu puisque, comme nous l'avons déjà indiqué, des documents de nature maritime sont utilisés dans ces ventes.

Une présentation unifiée des rubriques apparaissant dans chaque Incoterm nous aidera à préciser davantage notre mode de fonctionnement :

<b>A</b>	<b>Obligations du vendeur</b>	<b>B</b>	<b>Obligations de l'acheteur</b>
A1	Fourniture de la marchandise conformément au contrat	B1	Paiement du prix
A2	Licences, autorisations et formalités	B2	Licences, autorisations et formalités
A3	Contrats de transport et d'assurance	B3	Contrats de transport et d'assurance
A4	Livraison	B4	Prise de livraison
A5	Transfert des risques	B5	Transfert des risques
A6	Répartition des frais	B6	Répartition des frais
A7	Notification à l'acheteur	B7	Notification au vendeur

A8	Preuve de la livraison, document de transport et d'assurance	B8	Preuve de livraison, document de transport et d'assurance
A9	Vérification, emballage, marquage	B9	Inspection de la marchandise
A10	Autres obligations	B10	Autres obligations

Pour valider le caractère maritime ou non d'une obligation du vendeur et de l'acheteur, nous utiliserons l'Incoterm FOB qui est largement utilisé dans le commerce international. Passons maintenant à l'analyse des diverses obligations incombant au vendeur et à l'acheteur dans le cadre de cet Incoterm.

Selon les éléments A1 et B1, il appartient au vendeur, conformément au contrat de vente, de fournir la marchandise et la facture commerciale, ainsi que toute preuve de conformité exigée en vertu du contrat. Quant à l'acheteur, il doit payer le prix des marchandises tel que prévu dans le contrat de vente. Selon nous, ces obligations ne peuvent pas être considérées comme relevant du droit maritime canadien. Par conséquent, le droit provincial s'y appliquera. Cette conclusion ressort directement de l'affaire *Monk*<sup>94</sup> de la Cour suprême du Canada dans laquelle il est mentionné, comme nous l'avons vu, que « les dispositions qui traitent du genre de marchandises vendues, de leur qualité et de leur prix [...] constituent les engagements ou modalités du contrats afférents à la vente de marchandise »<sup>95</sup>.

En ce qui concerne les obligations A2 et B2, il appartient au vendeur de fournir à ses frais et à ses risques les licences d'exportation et tout autre document essentiel à l'exportation des marchandises. Pour sa part, l'acheteur doit fournir tous les documents douaniers nécessaires au transit ou à l'importation des marchandises. Selon les commentaires des Incoterms, le vendeur est tenu de s'occuper du dédouanement des marchandises à l'exportation « et d'en assumer tous les frais et risques y compris, notamment, en cas d'interdiction d'exportation, d'imposition de taxes spéciales ou d'autres exigences des pouvoirs publics susceptibles de rendre

<sup>94</sup> Précitée, note 28.

<sup>95</sup> *Id.*, 796.

l'exportation plus onéreuse que prévu »<sup>96</sup>. L'acheteur devra accomplir les formalités relatives au dédouanement à l'importation. Il supportera tous les frais et risques qui découlent de cette obligation<sup>97</sup>.

La nécessité ou non d'obtenir des documents douaniers relève, au Canada, du Parlement fédéral, et ce, en vertu de sa compétence sur la réglementation du trafic et du commerce (art. 91(2) de la Constitution). Toutefois, il nous apparaît clair que les recours en cas de non-respect des obligations de fournir de tels documents constituent certainement une question de propriété et de droits civils qui est de compétence des provinces. Tel sera le cas, par exemple, de savoir si le vendeur ou l'acheteur peuvent se libérer de leurs obligations au motif de l'occurrence d'un événement imprévu ou raisonnablement imprévisible ou si le défaut d'obtenir un document constitue une contravention essentielle au contrat<sup>98</sup>.

Quant aux obligations A3 et B3, il faut noter que dans une vente FOB Incoterms l'obligation de souscrire le contrat de transport repose sur l'acheteur, et ce, à ses propres frais. Quant au contrat d'assurance, les Incoterms indiquent que le vendeur et l'acheteur n'ont aucune obligation à cet égard. Il appartiendra donc à l'acheteur de souscrire une police d'assurance couvrant les marchandises. Ces obligations appartiennent-elles au droit maritime canadien? Nous reviendrons à cette question fort délicate qui sera traitée plus bas dans le cadre des obligations A8 et B8.

Les obligations prévues aux articles A4 et B4 concernent la livraison de la marchandise. Il est prévu que le vendeur « doit livrer la marchandise à bord du navire désigné par l'acheteur, au port

---

<sup>96</sup> Jan RAMBERG, *Guide ICC des Incoterms*, Paris, Publications ICC n° 620, 2005, p. 100.

<sup>97</sup> *Id.*, p. 104.

<sup>98</sup> La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises s'appliquant au Québec (voir : *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q., c. C-67.01), il va sans dire que si les conditions d'application sont réunies, les droits et obligations des parties sont soumis aux dispositions de celle-ci. Pour une étude de la Convention, voir : Guy LEFEBVRE et Emmanuel SIBIDI DARANKOUM, « La vente internationale de marchandises : la Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles », dans Denys-Claude LAMONTAGNE, *Droit spécialisé des contrats : les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 385 et suiv.

d'embarquement convenu, et ce à la date ou dans les délais convenus, et selon les usages du port »<sup>99</sup>. Pour sa part, l'acheteur doit en prendre livraison à partir de ce moment.

Compte tenu de ces obligations, il faut, selon nous, distinguer deux choses. D'une part, nous sommes d'avis que le délai de livraison constitue une question relative à la propriété et aux droits civils, et ce, même si celle-ci doit être effectuée à bord d'un navire. Par conséquent, c'est le droit provincial qui est applicable en l'espèce. La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Monk* le confirme ainsi : « Les dispositions du télex qui traitent du genre de marchandises vendues, de leur qualité et quantité et de leur prix, ainsi que du moment de leur livraison constituent les engagements ou modalités du contrat afférents à la vente de marchandise »<sup>100</sup>.

Ainsi, c'est le droit provincial qui viendra régir la question de savoir quelles sont les conséquences pour le vendeur de ne pas placer les marchandises à bord du navire en temps voulu.

Quant à savoir s'il existe des usages dans un port déterminé, il s'agit d'une question plus délicate. On pourrait prétendre qu'une telle question est plutôt théorique puisqu'il s'agit essentiellement de connaître les usages qui prévalent dans un endroit donné, notamment en ce qui concerne le paiement des frais de chargement à bord. Cette question nous apparaît fondamentale, et ce, notamment en ce qui a trait au fardeau de preuve d'un usage. À la lumière des enseignements de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Q.N.S. Paper*<sup>101</sup> et *Monk*<sup>102</sup>, il paraît clair qu'il s'agit d'une question liée au droit maritime canadien. On se souviendra, en effet, que dans l'affaire *Q.N.S. Paper*, la Cour a déclaré que la question de déterminer si une entreprise chargée de négocier des services est tenue de dévoiler l'identité de son mandant afin d'empêcher que sa responsabilité personnelle soit engagée envers une compagnie d'acconage relevait d'un tel droit. De plus, dans la décision *Monk*, on a jugé que les obligations portant sur les coûts reliés au chargement d'une quantité excédentaire d'engrais, à la location de grues et au retard survenu dans les opérations de déchargement constituaient des

---

<sup>99</sup> *Incoterms*, précités, note 92.

<sup>100</sup> Précitée, note 28, 796.

<sup>101</sup> Précitée, note 30.

<sup>102</sup> Précitée, note 28.



demandes entièrement liées au droit maritime canadien. Par conséquent, nous sommes d'avis que le droit provincial ne pourrait recevoir application quant aux questions portant sur les usages des méthodes de chargement dans une vente maritime et sur les frais afférents à celles-ci.

Pour leur part, les articles A5 et B5 concernent le transfert des risques. Les Incoterms sont fondés sur le principe que les risques de perte ou de dommage sont transférés à l'acheteur dès que le vendeur a exécuté son obligation de livraison<sup>103</sup>. Dans une vente FOB, il est ainsi prévu que les risques de perte ou de dommage sont transférés à l'acheteur lorsque les biens passent le bastingage du navire au port d'embarquement des marchandises. Les Incoterms lient ainsi le transfert des risques à la livraison et non à d'autres événements tels que le transfert de la propriété ou la conclusion du contrat<sup>104</sup>.

Ces articles s'appliquent aux risques usuels lors d'opérations d'entreposage et de chargement ou de déchargement des marchandises ainsi qu'à ceux découlant de leur transport. Ils ne visent évidemment pas les cas où le vendeur a, par exemple, commis une faute dans l'emballage ou dans le marquage des marchandises. Dans un tel cas, le vendeur reste responsable des sinistres survenus après le transfert des risques<sup>105</sup>.

Nous sommes d'avis que les questions relatives au transfert des risques sont de compétence des provinces, et ce, même si un tel transfert est effectué sur un navire<sup>106</sup>. Ainsi, les conséquences d'un endommagement des marchandises sur le sort d'un contrat de vente (contravention essentielle et fin du contrat<sup>107</sup>, possibilité d'obtenir des dommages et intérêts, etc.) seront régies par le droit provincial. Il en sera de même, selon nous, quant à la question de savoir si les

---

<sup>103</sup> J. RAMBERG, *op. cit.*, note 96, p. 101.

<sup>104</sup> *Id.*

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> Le transporteur maritime encourt une responsabilité dès lors que les marchandises sont prêtes à être chargées, alors que le transfert des risques du vendeur à l'acheteur a lieu lorsque celles-ci franchissent le bastingage du navire. Voir les articles Ie) et VII R.LH.-V., précitées, note 33, ainsi que la décision britannique *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 Q.B. 402.

<sup>107</sup> Dans l'hypothèse où la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises est applicable, précitée, note 98.

biens doivent être individualisés pour permettre le passage des risques du vendeur à l'acheteur. Par contre, le connaissement maritime joue un rôle vital dans le contrôle des obligations du vendeur. Ainsi, dans une vente FOB, les parties s'entendent souvent pour que le vendeur fournisse à l'acheteur un connaissement net et embarqué, c'est-à-dire démontrant que les marchandises ont été chargées à bord du navire, et ce, sans endommagement. Nous verrons, un peu plus loin, quant à la question de la preuve de la livraison des marchandises, qu'un tel document relève du droit maritime canadien. Nous noterons toutefois que, selon nous, le sort réservé au contrat par un document défectueux est une question devant relever du contrat de vente, et donc, du droit provincial.

La répartition des frais entre le vendeur et l'acheteur est réglée par les articles A6 et B6. Il est prévu que le vendeur doit assumer tous les frais afférents à la marchandise jusqu'au moment où elle passe le bastingage du navire au port d'embarquement convenu, y compris tous les frais d'exportation et de douane. L'acheteur, pour sa part, doit assumer tous les frais postérieurs à ce moment. Les commentaires des Incoterms expliquent avec détails les conséquences pour les parties des défauts concernant les avis, l'arrivée tardive du navire, etc. Ainsi, puisqu'il appartient à l'acheteur de désigner le navire, il devra assumer les frais supplémentaires si ce navire « n'est pas arrivé à temps, ou ne peut prendre les marchandises, ou met fin au chargement du fret avant l'heure fixée [voir la règle correspondant au transfert prématuré des risques dans le commentaire de B5] »<sup>108</sup>. De même, si l'acheteur fait défaut d'aviser le vendeur conformément à l'article B7 dans un délai raisonnable du nom du navire, du lieu de chargement et du délai de livraison à respecter, l'acheteur assumera non seulement les risques prématurément, mais sera aussi contraint de payer les frais supplémentaires occasionnés au vendeur par ce manquement (entreposage, assurance, etc.).

Il ne fait pas de doute que ces questions relèvent, en principe, du droit des provinces. Il s'agit, en effet, de questions relatives à la vente des marchandises. Il faut éviter de confondre le pouvoir du Parlement fédéral d'édicter des règles concernant l'importation et l'exportation des marchandises et celles de la vente quant aux obligations des parties d'obtenir tel ou tel document ainsi que d'en

---

<sup>108</sup> J. RAMBERG, *op. cit.*, note 96, p. 105.

assumer les frais. Les questions concernant les défaillances dans les avis que doivent s'envoyer réciproquement le vendeur et l'acheteur devraient aussi relever du droit provincial. Toutefois, quant à celles portant précisément sur les frais à assumer pour le contrat de transport et d'assurance, nous avons déjà indiqué que celles-ci relèveraient fort probablement du droit maritime canadien. Il en sera de même, selon nous, pour les questions relatives à l'arrivée tardive du navire, son incapacité à charger la marchandise, l'arrêt du chargement des marchandises, etc.

L'article B7 prévoit que «l'acheteur doit prévenir le vendeur dans un délai raisonnable du nom du navire, du lieu de chargement et de l'heure de livraison à respecter»<sup>109</sup>. Pour sa part, l'article A7 indique que le vendeur doit aviser l'acheteur dans un délai raisonnable de la livraison des marchandises<sup>110</sup>. L'acheteur qui fait défaut de respecter ces obligations pourra se voir transférer les risques de perte ou de dommage avant la livraison des marchandises par le vendeur<sup>111</sup>. Il pourra, en outre, être tenu responsable des frais occasionnés au vendeur par le non-respect de ces obligations<sup>112</sup>. Quant au vendeur, les Incoterms sont muets sur l'absence d'avis à l'acheteur concernant la livraison des marchandises. Il ne fait toutefois aucun doute qu'il s'agit d'une violation d'une obligation contractuelle<sup>113</sup>.

Selon nous, le droit applicable à ces obligations relève des provinces. Bien que ce système de notification concerne la livraison des marchandises sur un navire, la Cour suprême rappelle à juste titre, dans l'affaire *Monk*, que «les dispositions des télex qui traitent du genre de marchandises vendues, de leur qualité et quantité et de leur prix, ainsi que du moment de livraison constituent les engagements, ou modalités afférents à la vente de marchandises»<sup>114</sup>.

Les articles A8 et B8 visent la preuve de la remise des marchandises au transporteur et l'obligation du vendeur de fournir cette

---

<sup>109</sup> *Id.*, p. 106.

<sup>110</sup> *Id.*, p. 102.

<sup>111</sup> *Id.*, p. 103.

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> *Id.*, p. 102.

<sup>114</sup> Précitée, note 28, 796.

preuve à l'acheteur. À cet égard, l'article A8 des Incoterms mentionne que le vendeur doit fournir à l'acheteur le document d'usage au port d'expédition. Cet article ajoute que si l'acheteur veut recevoir un document de transport particulier, par exemple, un connaissement négociable, il devra l'exiger spécifiquement. Le vendeur s'engage alors à collaborer afin d'obtenir un tel document, mais aux frais de l'acheteur et à ses risques. En pratique, de nombreuses transactions prévoient l'obligation pour le vendeur de fournir à l'acheteur un connaissement négociable « net et embarqué ». On détermine alors sur quelle partie repose l'obligation de conclure un contrat de transport comportant un tel document et sur le paiement des frais.

Le caractère négociable du connaissement favorise la revente des marchandises. Ce document comporte normalement le nom du chargeur (vendeur qui exporte les marchandises), le fait qu'il est à « l'ordre d'un consignataire nommément désigné » (il s'agit le plus souvent du vendeur lui-même qui négociera le connaissement contre paiement du prix par l'acheteur ou d'un banquier si on est en présence d'un crédit documentaire) et le nom d'une partie notificatrice (il s'agit de l'acheteur ou de son représentant). Notons que tant que le connaissement n'est pas valablement négocié, seul le consignataire est en droit de se faire livrer la marchandise par le transporteur. Ainsi, la partie notificatrice n'a aucun droit de se faire remettre la marchandise par le transporteur. Comme son nom l'indique, la partie notificatrice est avisée par le transporteur de l'arrivée des marchandises à destination. Elle aura droit à la livraison de celles-ci seulement si elle s'est valablement fait négocier le connaissement.

Seul le connaissement à ordre est transmissible par endossement. Le consignataire du connaissement à ordre peut être identifié de deux façons. D'une part, comme nous l'avons indiqué, il s'agit le plus souvent du vendeur qui mentionne son nom à titre de consignataire qui, par la suite, endossera le connaissement lorsque l'acheteur lui paiera le prix de vente des marchandises. D'autre part, le consignataire est susceptible d'être désigné par l'expression « porteur ». Dans ce cas :

*[C]omme un chèque bancaire au porteur pour lequel aucun nom de bénéficiaire ne figure, la personne présentant le document peut retirer les marchandises. Cette forme de rédaction du connaissement sert pour les transactions où le nom du destinataire, pour des raisons commerciales, ne doit pas apparaître, ou en cas de marchandises dites « flottantes »*

*telles qu'une cargaison de pétrole qui peut changer une vingtaine de fois de propriétaires.*<sup>115</sup>

L'exportateur et l'importateur doivent évidemment connaître le fait que si ce document est volé ou perdu, la personne présentant celui-ci peut se faire remettre les marchandises par le transporteur.

Le connaissement négociable, tout comme le chèque, peut être endossé en blanc ou au long. L'endossement en blanc ne comprend que la signature de l'endosseur. Le nom de l'acquéreur des biens n'apparaît pas à la suite de l'endossement. Le connaissement endossé en blanc comporte les mêmes dangers que le connaissement au porteur lors d'un vol ou d'une perte. L'endossement au long contient non seulement la signature de l'endosseur mais également le nom de l'acquéreur des biens à la suite de cette signature. Ce document est plus sécuritaire puisque seul l'acquéreur des biens (endosataire) peut ensuite valablement négocier le connaissement.

Dans notre exemple, le connaissement exigé doit être « net ». Selon Pourcelet, le connaissement net « témoigne de la réception par le transporteur d'une quantité déterminée de marchandise en bon état apparent »<sup>116</sup>. Le connaissement ne devra donc porter aucune annotation de défectuosité, d'endommagement ou d'insuffisance d'emballage. Un document présentant une telle annotation sera considéré comme ayant des réserves et pourra donc être rejeté par l'acheteur ou son banquier. On comprendra aisément ici le rôle du connaissement net dans le cadre de la vente FOB. L'absence de réserve constitue une présomption que le transporteur a reçu les marchandises en bon état. En effet, les risques étant transférés du vendeur à l'acheteur au bastingage du navire, tout connaissement portant des réserves permettra à l'acheteur, en droit civil, de résoudre le contrat de vente et de réclamer des dommages et intérêts au vendeur lorsque, par exemple, il a dû se procurer des marchandises à un prix plus élevé que celui prévu au contrat.

Enfin, notons que le connaissement demandé au vendeur, dans notre exemple, doit porter la mention « embarqué ». Il s'agit d'un connaissement qui constate le chargement des marchandises sur le navire par le transporteur. Rappelons qu'en pratique, l'état des

---

<sup>115</sup> D.-P. MONOD, *op. cit.*, note 13, p. 30.

<sup>116</sup> Michel POURCELET, *Le transport maritime sous connaissement : droit canadien, américain et anglais*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 26.

marchandises est constaté à deux reprises par le transporteur. D'une part, lorsque le transporteur maritime reçoit les marchandises à son entrepôt ou à quai en vue d'un chargement à venir, il émet soit un simple reçu au vendeur, soit un connaissement reçu pour embarquement. Lors de cette opération, il constatera l'état des marchandises et, le cas échéant, il indiquera des réserves sur l'un ou l'autre de ces documents. Un tel document ne témoigne que de la prise en charge des marchandises. D'autre part, le transporteur constate à nouveau l'état des marchandises lors de leur embarquement sur le navire. Si le transporteur avait émis un simple reçu lors de la réception des marchandises, il émettra un connaissement embarqué. Si, au contraire, le transporteur avait remis un connaissement qualifié «reçu pour embarquement», le chargeur devra le retourner au transporteur en retour du connaissement dit «embarqué». Notons, toutefois, une pratique généralisée selon laquelle le transporteur pourra, au lieu d'émettre un connaissement embarqué, se contenter d'apposer sur le connaissement «reçu pour embarquement» un cachet portant la mention «embarqué» à laquelle sera ajoutée la signature du représentant du transporteur. Un connaissement reçu pour embarquement pourra être rejeté par l'acheteur, dans notre exemple, car il ne constate pas l'état des marchandises au moment du transfert des risques, ni le fait que le chargement a été complété. Dans ce dernier cas, rappelons-nous, en effet, que le vendeur a l'obligation, selon l'article A4 des Incoterms, de charger les marchandises à bord du navire avant la date ultime prévue par les parties, d'où l'utilité de la mention «embarqué».

Après avoir décrit sommairement la négociabilité et le caractère «net et embaqué» du connaissement, il faut maintenant se pencher sur le concept de droit maritime canadien pour voir ses conséquences quant au connaissement. Nos développements permettront, nous l'espérons, de saisir les difficultés de déterminer avec précision le contenu du droit applicable aux divers éléments de ce document de transport.

Débutons notre analyse avec la responsabilité des parties au connaissement pour le fret et leur droit d'action contre le transporteur dans le cadre d'une vente internationale. Il ne fait pas de doute que la question de la responsabilité pour le fret et le droit d'intenter un recours contre le transporteur est de la compétence du Parlement fédéral selon l'article 91(10) de la Constitution concernant la «navigation et les expéditions par eau». Ainsi, nul ne sera surpris

d'apprendre que le législateur fédéral a adopté la *Loi sur les connaissements*<sup>117</sup> dont l'article 2 énonce :

**2.** *Tout consignataire de marchandises, nommé dans un connaissement, et tout endossataire d'un connaissement qui devient propriétaire de la marchandise y mentionnée par suite ou en vertu de la consignation ou de l'endossement, entrent en possession et sont saisis des mêmes droits d'action et assujettis aux mêmes obligations à l'égard de cette marchandise que si les conventions contenues dans le connaissement avaient été arrêtées avec ce consignataire ou cet endossataire.*

Si cette loi s'avère incomplète pour régler une question soumise au tribunal, nous sommes d'avis que celui-ci devra alors avoir recours à la common law, et ce, aux termes des enseignements tirés des décisions judiciaires en matière de droit maritime que nous avons vus plus haut. En effet, il nous semble clair que les droits et obligations émanant d'un connaissement constituent des questions relevant du droit maritime canadien. Appliquons maintenant la *Loi sur les connaissements* aux diverses parties pouvant intervenir au cours d'une vente maritime FOB, par exemple.

Tout d'abord, on note la présence de l'expéditeur (ou chargeur). En ce qui le concerne, cette loi est muette puisqu'elle vise le consignataire nommé au connaissement et l'endossataire de ce document. Il faudra donc se référer à la common law pour connaître les droits et obligations de l'expéditeur. Il en sera de même en ce qui concerne le destinataire ultime des biens<sup>118</sup>.

Quant au consignataire nommé au connaissement et l'endossataire de ce document, l'interprétation retenue par les tribunaux, de l'article 2 de cette loi, fait en sorte que leurs droits et obligations sont liés au transfert de propriété que les parties doivent avoir prévu se réaliser au même moment que la négociation<sup>119</sup> de ce document. Or, si tel n'est pas le cas, parce que, par exemple, le vendeur s'est réservé la propriété des marchandises jusqu'au paiement de celles-ci qui doit avoir lieu dans les 30 jours de leur livraison, quelles règles s'appliqueront alors à leur responsabilité pour le fret et à leur droit de recours contre le transporteur? Il ne fait pas de doute, selon nous, que c'est la common law qui viendra régir ces questions.

<sup>117</sup> L.R.C. (1985), c. B-5.

<sup>118</sup> *Id.*, art. 3.

<sup>119</sup> Voir à ce sujet : *The Aliakmon*, [1986] A.C. 785 (H.L.).

Passons maintenant aux parties qui se retrouvent dans une chaîne d'acheteurs, c'est-à-dire lorsque le connaissement a été négocié plus d'une fois. Il n'y pas de dispositions particulières dans la *Loi sur les connaissements* concernant leurs droits et obligations. Il faudra donc, encore une fois, se référer à la common law pour résoudre cette question. Il en sera de même pour une banque qui se fait négocier le connaissement à titre de sûreté par le vendeur lorsqu'elle avance des fonds à son client, l'acheteur.

Si la question des droits et de la responsabilité résultant d'un connaissement maritime ne devrait pas poser de difficultés particulières, en pratique, puisque c'est la common law qui s'applique, tel serait également le cas, selon nous, des situations suivantes :

- Comment définir les caractéristiques d'un connaissement (s'agit-il d'un connaissement net et embarqué, par exemple)<sup>120</sup> ?
- Quelles sont les règles de preuve relatives au contenu du contrat de transport conclu par le vendeur ou l'acheteur ?
- Quelles sont les règles applicables à la négociabilité du connaissement ?
- Quelles sont les règles applicables au droit de rétention du transporteur pour un fret impayé ?
- Quels sont les droits et obligations émanant d'autres documents de transport maritime (ordre de livraison, connaissement non négociable, etc.) ?
- Quels sont les droits et obligations relevant du droit d'arrêt en cours de route<sup>121</sup> ?

---

<sup>120</sup> Certains pourront évidemment dire qu'il existe un usage universel à cet égard. La nécessité de remettre un connaissement « net » explique la pratique des lettres de garanties. Lorsque, par exemple, le transporteur conteste, au départ, les déclarations du vendeur relatives à la marchandise, ce dernier peut demander au transporteur de ne rien indiquer au connaissement. En échange de cette « faveur », le vendeur signe normalement une lettre d'indemnité par laquelle il s'engage à indemniser le transporteur si ce dernier est condamné à verser des dommages envers l'acheteur-destinataire. Selon nous, les droits et obligations émanant d'un tel document sont soumis au droit des obligations et des contrats des provinces.

<sup>121</sup> *Loi sur les connaissements*, précitée, note 117, art. 3. Quant aux droits du vendeur impayé, le même article prévoit que la question sera résolue conformément au Code civil de la province de Québec.



Toutefois, cela ne veut pas dire que le droit civil québécois n'est pas susceptible d'intervenir pour les questions qui ne concernent pas le droit maritime. Par exemple, qu'arrive-t-il si du grain est chargé en vrac sur un navire et que plusieurs acheteurs ont acheté une fraction de ce grain ? Nous estimons que c'est le droit des contrats relevant des provinces qui déterminera alors le moment où la propriété sera transférée. Ainsi, le droit civil québécois nécessitera l'individualisation des biens pour que le transfert de propriété puisse se réaliser. Tel sera le cas quand chacun des acheteurs viendra puiser sa quantité et la déchargera du navire. Quant au dernier acheteur, la propriété lui sera transférée lorsque tous les autres auront pris livraison de leur partie ou fraction du grain. Il sera ainsi le seul à avoir acheté du grain se trouvant toujours sur le navire<sup>122</sup>.

Selon nous, le droit québécois interviendra également pour déterminer les règles applicables aux sanctions en cas d'inexécution des obligations du vendeur relativement à la conformité des documents. On se rappellera que, dans une vente maritime, l'acheteur doit normalement payer la marchandise lors de la remise des documents. Si ceux-ci ne sont pas conformes aux spécifications contractuelles, l'acheteur sera en droit de les rejeter. Ce rejet entraînera la résolution du contrat qui sera, la plupart du temps, assortie de dommages et intérêts<sup>123</sup>. Si l'acheteur accepte plutôt les documents, il « pourra tout de même rejeter la marchandise à son arrivée au port de débarquement. Cependant, cela ne sera possible que sous certaines conditions. Ainsi, l'acheteur devra prouver que la marchandise ne respecte pas les spécificités contractuelles et que ce défaut existait avant l'embarquement »<sup>124</sup>. L'exercice de ce droit ne serait en effet pas possible si les biens sont endommagés en cours de transport

---

<sup>122</sup> Le droit civil québécois viendra aussi régir la question de savoir s'il est possible de transférer les risques du vendeur aux acheteurs du grain chargé en vrac lors de son embarquement sur le navire. On comprendra alors le danger pour l'acheteur qui n'est pas encore devenu propriétaire du grain et qu'il l'a payé alors que son vendeur est déclaré en faillite avant qu'il en prenne possession. Il serait alors considéré comme un simple créancier chirographaire.

<sup>123</sup> Si la Convention de Vienne est applicable au contrat en cause, la question du rejet des documents pour non-conformité est fort délicate. Voir : K. TAKAHASHI, « Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities », (2003) *J.B.L.* 102.

<sup>124</sup> J.A. Martin LÉGER, *Le contrat de vente C.A.F. au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 66.

maritime puisque c'est l'acheteur qui assume normalement les risques à ce moment.

Nous estimons que la question des recours concernant le rejet des documents pour non-conformité est régie par le droit québécois, et ce, peu importe la nature du document en cause, c'est-à-dire qu'il relève du droit maritime canadien ou non. Un exemple permettra de préciser notre pensée. Un acheteur prétend, au stade du paiement de la marchandise, qu'il peut rejeter deux documents au motif de leur non-conformité. Il invoque ainsi que le connaissement maritime ne correspond pas au contrat de vente puisqu'il est non négociable. De plus, il indique que le certificat de qualité et de quantité des marchandises est aussi défectueux puisqu'il dénote deux problèmes : un défaut dans la qualité des marchandises et une quantité inférieure à celle prévue au contrat. Quant au premier document, il est selon nous clair que la question de savoir si un connaissement est négociable relève de la notion de droit maritime canadien, et donc, de la common law. Relativement au deuxième document, le certificat de quantité et de qualité, il va sans dire qu'il ne s'agit pas d'une question de nature maritime. La Cour suprême l'a d'ailleurs clairement indiqué dans l'affaire *Monk*<sup>125</sup> en déclarant que les dispositions concernant le genre de marchandises vendues, leur quantité et leur qualité, de même que leur prix et le moment de leur livraison sont afférentes à la vente de marchandises. Ainsi, même si dans notre exemple, le contenu du droit applicable pour déterminer la conformité des documents pourra varier entre la common law fédérale et le droit civil québécois, il n'en demeure pas moins que c'est le droit québécois qui déterminera les conséquences de cette non-conformité dans ces deux cas, soit la résolution du contrat et la possibilité de réclamer des dommages-intérêts. Penser autrement pourrait nous amener à la possibilité d'appliquer des règles contradictoires : les conditions permettant de rejeter les documents et ses conséquences sur le sort du contrat doivent être les mêmes pour tous les documents, peu importe leur nature maritime ou non.

Pour leur part, les articles A9 et B9 indiquent qu'il appartient au vendeur de s'assurer que les marchandises soient emballées et marquées comme il convient alors que c'est à l'acheteur de payer les frais de toute inspection avant expédition. Ces obligations ne posent pas, selon nous, de difficultés particulières. Elles concernent la vente

---

<sup>125</sup> Précitée, note 28, 796 et 797.

de marchandises et ne peuvent être considérées comme relevant du droit maritime canadien. Cela ressort de la décision *Monk*<sup>126</sup> où, comme nous venons de le voir, la Cour suprême déclare que les dispositions concernant le genre de marchandises vendues, leur quantité et leur qualité, de même que leur prix et le moment de leur livraison sont afférentes à la vente de marchandises<sup>127</sup>.

Pour leur part, les articles A10 et B10 traitent des autres obligations du vendeur et de l'acheteur. Il s'agit pour le vendeur de prêter son concours à l'acheteur pour l'obtention des documents nécessaires à l'acheteur pour l'importation des marchandises (certificat d'origine, certificat sanitaire, rapport d'expertise sans réserve, licence d'importation, etc.). Il est également prévu que l'acheteur devra rembourser le vendeur pour les frais encourus par celui-ci lorsqu'il prête son concours à l'acheteur. Tout comme il est mentionné pour les obligations A9 et B9, nous sommes d'avis que ces obligations relèvent de la vente de marchandises et non du droit maritime canadien.

Après avoir discuté de la question de l'application du concept de droit maritime canadien à certains aspects des termes de commerce, il s'agit maintenant de se demander s'il est possible de connaître avec précision le contenu du droit qui leur est applicable dans les aspects qui concernent la vente de marchandises.

## **B. Les difficultés de définir avec précision le contenu du droit applicable aux termes de commerce**

Précisons d'emblée que le Québec n'a jamais légiféré ou codifié les termes de commerce, et ce, contrairement à son principal partenaire commercial, les États-Unis. Cette absence de codification a engendré de nombreuses difficultés pour connaître le sens à donner aux termes de commerce ainsi que les droits et obligations découlant de ceux-ci.

Notons également que ces difficultés perdurent depuis longtemps compte tenu de la grande pauvreté de la doctrine québécoise portant sur les termes de commerce. Citons néanmoins les articles

---

<sup>126</sup> *Id.*

<sup>127</sup> *Id.*

publiés en 1945 par William Morin sur les ventes maritimes<sup>128</sup> où l'auteur se base principalement sur le *Code civil du Bas Canada*, et le mémoire de maîtrise rédigé par Martin Léger et portant sur la vente CAF<sup>129</sup>. Quant à la jurisprudence, mentionnons son manque d'uniformité relativement à l'utilisation des sources juridiques applicables aux termes de commerce.

Il est intéressant de noter qu'une certaine jurisprudence s'est efforcée d'étudier les questions liées aux termes de commerce en se basant sur le droit civil. Par exemple, lorsqu'il s'agissait de déterminer les effets de l'individualisation des biens dans une vente Franco à bord (FOB – *Free on Board*) sur le transfert de propriété, la Cour d'appel a rappelé l'importance du droit civil et la non-application de la common law de la façon suivante :

*In his notes the learned trial judge makes copious quotations and frequent extensive reference to the english law, and to english cases. Practically no reference is made to the french law, ancient or modern, and but slight attention is given to our Code enactment. However interesting and illuminating the pronouncement of english judges on english law may be, I should suggest that in the final analysis resort must be had to the provisions of our Code. I should further suggest that rulings on english cases are misguiding, if not dangerous. The english law governing the sale of moveables is not, and never has been, in accord with the old French law but such is not today the law in France.*<sup>130</sup>

Dans une autre décision portant sur la vente FOB, la Cour d'appel s'est exprimée ainsi concernant cette même question :

*Therefore, unless we repudiate the authority of our Civil Code and refuse to abide by the current of judicial authority of this Province, supported as it is by judgment of the higher appellate courts, we must decide that the ownership in each packet of goods was transferred [...] as soon as it was delivered [...] to the carrier.*<sup>131</sup>

<sup>128</sup> William MORIN, « Des ventes maritimes », (1945) 5 R. du B. 53; William MORIN, « Le contrat C.I.F. dans notre droit civil », (1945) 5 R. du B. 108.

<sup>129</sup> J.A.M. LÉGER, *op. cit.*, note 124.

<sup>130</sup> *Brace, McKay c. Schmid*, (1921) 31 B.R. 1, 3 (j. Greenshields); voir également, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Clogg c. Grace*, (1921) 31 B.R. 538.

<sup>131</sup> *F.A. Rodden & Co. c. Cohn Hall Marx Co.*, [1929] 46 B.R. 42, 47 (j. Howard); voir aussi la décision *Vipond c. Montefusco*, (1917) 26 B.R. 490, 495, dans laquelle le juge Carrol indique que « notre droit diffère du droit anglais sur la matière en ce que la possession de fait des objets entre les mains du vendeur empêche la transmission de la propriété tandis que, dans notre droit, cette possession de fait n'empêche pas la transmission de la propriété ».

Par contre, lorsqu'il fallait déterminer le sens à donner à une expression, les tribunaux ont quelques fois choisi d'utiliser le droit comparé. Ainsi en est-il du sens de l'expression C.O.D. (*cash on delivery* ou *collect on delivery*, en français P.S.L. – paiement sur livraison) : on s'est référé à la common law pour dire que « cela est en parfaite harmonie avec les articles de notre Code civil qui régissent la matière »<sup>132</sup>.

Dans plusieurs autres décisions, les tribunaux se sont basés sur l'usage pour définir le sens à donner à des termes de commerce, et ce, tout en s'inspirant tant de la jurisprudence que de la doctrine française, anglaise et américaine<sup>133</sup>. Dans une autre décision où l'on devait donner un sens au terme de commerce FOB, on s'est ainsi basé sur l'usage pour dire que :

[L]'usage et le droit en matière commerciale ont depuis toujours reconnu que l'expression consacrée F.O.B. qui est l'abréviation de « Free on board » et en français « Franco à bord » signifie que le vendeur doit déposer les marchandises à bord du transporteur à ses frais, mais pour le compte et au risque de l'acheteur [...].<sup>134</sup>

Par ailleurs, le droit américain, inspiré de la common law, a largement influencé le Canada et le Québec compte tenu des relations commerciales fort importantes existant entre ces deux pays. Cette façon de définir le terme de commerce FOB a entraîné de nombreuses difficultés pratiques. Un premier exemple est tiré de l'affaire *Beaver Specialty Ltd. c. Donald H. Bain Ltd.*<sup>135</sup>, qui s'est rendue jusqu'en Cour suprême du Canada à la suite d'un emploi inhabituel d'une vente FOB. Alors qu'au Canada et dans la vaste majorité des pays la vente FOB implique une livraison à l'embarquement des marchandises au lieu de l'expédition et, partant, un transfert des risques à cet endroit, les parties au contrat en cause ont utilisé l'expression FOB avec une ville de destination. Les marchandises furent endommagées pendant le transport. La Cour suprême nota que l'intention des parties était de transférer la propriété et les risques à l'acheteur uniquement à l'arrivée des marchandises à destination.

<sup>132</sup> *Dolbec c. Lortie*, (1921) 59 C.S. 267, 271.

<sup>133</sup> Manon POMERLEAU et Esther LAPOINTE, « Le contrat "FOB port d'embarquement" au Canada – Étude comparative : doctrine, jurisprudence et sentences arbitrales », (1987) 47 *R. du B.* 1007, 1013 et 1014.

<sup>134</sup> *Bivansa c. House of Bradley*, [1977] R.L. 373, 377 (C.S.).

<sup>135</sup> [1974] R.C.S. 903.

Cela correspond en fait à une sorte de vente fréquemment utilisée aux États-Unis, par laquelle l'expression FOB peut constituer une vente à destination, que l'on retrouve codifiée à l'alinéa 1 de l'article 2-319 de l'*Uniform Commercial Code* :

**2-319.** F.O.B. and F.A.S. Terms

*Unless otherwise agreed, the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which [...]*

*(b) when the term is F.O.B. the place of destination, the seller must at his own expense and risk transport the goods to that place and there tender delivery of them in the manner provided in this Article (Section 2-503); [...]*

Il est donc surprenant de constater que, quelques années plus tard, on mentionne l'inexistence d'une vente « FOB à destination » dans le commerce international, et ce, dans une affaire soumise à la Cour supérieure du Québec<sup>136</sup> : « Par ailleurs, il est mis en preuve que l'expression F.O.B. suivie de la ville de destination ne veut rien dire dans le commerce international. En effet, en Europe, le mot F.O.B. doit être nécessairement suivi du nom de l'endroit où la marchandise est reçue par le transporteur »<sup>137</sup>.

Il est aussi surprenant de limiter à l'Europe le giron du commerce international ...

L'existence de deux variantes de l'expression FOB, c'est-à-dire une dans la ville d'embarquement et l'autre dans la ville de destination, nous fournit un deuxième exemple d'une difficulté pratique

<sup>136</sup> Précitée, note 134.

<sup>137</sup> *Id.*, 377. Cependant, cette décision est intéressante dans la mesure où elle démontre que la rédaction des contrats est souvent déficiente lorsque les commerçants décident d'en faire l'économie par souci de rapidité. Ainsi, dans cette décision, il s'agissait d'une vente FOB à destination intitulée « F.O.B. Montreal Plant », où la livraison des marchandises devait s'effectuer au plus tard le 25 mars 1973. Le vendeur a remis les biens au premier transporteur avant cette date. Toutefois, l'acheteur décida de refuser les marchandises au motif que la livraison devait s'effectuer à Montréal et que le 25 mars, cela n'avait pas été fait. Ici, il s'agissait donc de déterminer le sens que les parties avaient voulu donner à l'expression « date de livraison ». Le tribunal jugea que cela correspondait à la remise des biens au premier transporteur dans le pays d'exportation. Pour une description des divers types de vente FOB, voir : M. POMERLEAU et E. LAPOINTE, *loc. cit.*, note 133, 1014-1024.

qui s'est produite récemment au Québec : une compagnie québécoise achetant généralement des marchandises « FOB ville destination », à partir des États-Unis, a effectué un achat en France « FOB ville de départ », et ce, sans se méfier ou sans connaître la distinction entre les deux types de vente. Cette entreprise était donc habituée à se faire transférer les risques à destination et, par conséquent, n'assurait jamais les marchandises contre les dommages liés au transport. Ayant, pensait-elle, conclu le même type de vente avec un nouveau partenaire français, elle n'assura donc pas celles-ci, qui subirent des dommages en cours de transport maritime. Le vendeur n'assura pas lui non plus ces marchandises puisqu'il en transférait les risques à l'embarquement. L'acheteur se retrouva alors avec une seule possibilité, soit celle d'exercer un recours contre le transporteur maritime, qui nia toute indemnisation au motif qu'il avait commis une faute de navigation du navire, faute pour laquelle les *Règles de la Haye-Visby*<sup>138</sup> excluent la responsabilité du transporteur. L'acheteur québécois se retrouva donc avec des biens endommagés et sans possibilité de recours. Cet exemple démontre les difficultés engendrées par les divers sens que peut prendre un terme de commerce. À cet égard, la solution consiste à recourir aux Incoterms<sup>139</sup> qui, rappelons-le, constituent une codification privée des termes de commerce. Les Incoterms évitent cette multiplicité de définitions. Ainsi, dans cette codification, une vente FOB n'existe qu'avec la ville d'embarquement des marchandises. Lorsque les parties désirent transiger selon un terme « FOB à destination », elles doivent plutôt choisir le terme « EX SHIP ». Les Incoterms constituent une solution pratique tout à fait acceptable pour les commerçants internationaux. En effet, les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur sont clairement indiqués pour chacun des termes de commerce. On n'a donc pas à en préciser le sens dans le contrat de vente. Enfin, mentionnons que la liberté contractuelle permet aux parties de modifier leurs droits et obligations émanant des Incoterms en le mentionnant spécifiquement au contrat.

Si le droit québécois est applicable au contrat de vente, les parties devront donc être très prudentes. Il importe ainsi qu'elles défi-

---

<sup>138</sup> Précitées, note 33. L'article IV(2)(a) de ces Règles mentionne que le transporteur ne sera pas responsable du dommage à la marchandise résultant « des actes, négligence, ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire ».

<sup>139</sup> Précitées, note 92.

nissent avec soin le terme de commerce utilisé car le foisonnement des termes et des définitions qu'ils véhiculent est susceptible d'entraîner bien des surprises.

### III. Le financement des marchandises

#### A. Le crédit documentaire

Le crédit documentaire ou « lettre de crédit » constitue un engagement d'un tiers de payer le prix des marchandises au vendeur. Le contrat de vente devra donc prévoir que le paiement des marchandises se fera au moyen d'une lettre de crédit, l'acheteur s'engageant à contracter avec une banque au profit du vendeur. Cette banque est donc un tiers au contrat de vente. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Angelica Whitewear c. Banque de Nouvelle-Écosse*<sup>140</sup>, rappelle de la façon suivante la nature exécutoire de l'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire (vendeur) d'une lettre de crédit :

*Il n'y a aucun doute qu'il existe des différences importantes entre le droit civil et la « common law » concernant la justification, dans la théorie contractuelle de la nature légalement exécutoire de l'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire aux termes d'une lettre de crédit irrévocable. L'opinion générale paraît être que l'obligation est d'une nature contractuelle « sui generis » à l'égard de laquelle aucune justification entièrement satisfaisante ne se trouve dans les catégories établies de la théorie contractuelle, mais la reconnaissance judiciaire de sa possibilité d'exécution légale est maintenant incontestable.*<sup>141</sup>

Nicole Lacasse<sup>142</sup> résume avec précision la mécanique du crédit documentaire. Nous reproduisons donc ses propos pour le bénéfice du lecteur.

*Schématiquement, le crédit documentaire fonctionne comme suit : l'acheteur (donneur d'ordre) fait une demande d'émission d'un crédit documentaire auprès de sa banque, dans son pays, pour le bénéfice du vendeur. En accédant à cette demande, la banque (émetteur) s'engage à*

---

<sup>140</sup> Précitée, note 15.

<sup>141</sup> *Id.*, 82.

<sup>142</sup> Nicole LACASSE, « L'évaluation et la gestion des risques de défaut de paiement dans les contrats internationaux », dans Nicole LACASSE et Louis PERRET (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 195.



*payer directement au vendeur (bénéficiaire) le montant fixé, sur présentation par ce dernier des documents énumérés dans le crédit documentaire. Ces documents ont pour objet de prouver l'exécution par le vendeur de ses obligations et incluent normalement les factures commerciales, un document de transport représentatif de la marchandise, une police d'assurance et des certificats d'origine et de qualité.*

*Quand il ouvre un crédit documentaire, l'émetteur doit en aviser le bénéficiaire. La banque émettrice étant habituellement située dans le pays de l'acheteur, elle demande à une banque correspondante dans le pays du vendeur de notifier à ce dernier l'ouverture du crédit. Si tel est le désir du donneur d'ordre, la banque émettrice va aussi demander à la deuxième banque de confirmer le crédit. Si la banque correspondante accepte de le faire, par sa confirmation elle prend envers le bénéficiaire les mêmes engagements que la banque émettrice a pris pour l'ouverture du crédit.*

*Le mécanisme du crédit documentaire offre une sécurité autant au vendeur qu'à l'acheteur. À l'acheteur, il assure que le vendeur ne sera payé qu'après vérification par la banque des documents exigés, documents qui par leur nature et leur teneur permettent de contrôler l'exécution par le vendeur de son obligation de livraison. Au vendeur, le crédit documentaire donne le droit de réclamer le paiement du prix de vente non à un acheteur éloigné mais à une banque ou une institution sûre.*

*L'engagement de l'émetteur du crédit documentaire est un engagement direct de payer envers le vendeur et il est distinct du contrat de vente. Les « Règles et usances » prennent bien soin de préciser cette autonomie du crédit documentaire par rapport au contrat de vente. Conséquemment, après l'ouverture du crédit documentaire, l'exécution par le vendeur de ses obligations pour obtenir le paiement, sera faite non pas en fonction des prescriptions du contrat de vente, mais en fonction de l'engagement bancaire. L'objectif du vendeur est d'être payé, d'encaisser le crédit. Il va donc agir de façon à répondre aux conditions posées par le crédit documentaire, pour que l'engagement du banquier devienne effectif et se transforme en une obligation exigible. Pour la sécurité du vendeur, il est essentiel qu'il puisse satisfaire aux exigences du crédit documentaire sans avoir à aucun moment besoin du concours de l'acheteur. Les termes du crédit documentaire doivent être stipulés de façon à donner au vendeur la latitude d'exécuter seul toutes ses obligations : il doit réunir et présenter tous les documents exigés sans qu'aucune intervention de l'acheteur ne soit nécessaire.*

*Pour neutraliser le risque de non-paiement, le crédit documentaire est un instrument efficace s'il répond à certains critères. D'abord, il faut que le crédit soit émis par une banque ou une institution financière dont la solvabilité et la réputation sont bien établies. Ensuite, il doit s'agir d'un crédit irrévocable, le seul qui constitue un engagement ferme de la banque émettrice de payer l'exportateur contre remise des documents spécifiés.*

[...] Enfin, il doit laisser au vendeur la latitude d'exécuter seul toutes les conditions posées dans le crédit documentaire sans avoir à aucun moment besoin du concours de l'acheteur. La confirmation du crédit par la banque correspondante offre au vendeur encore plus de sécurité, mais elle représente des coûts additionnels pour l'acheteur. Est-ce nécessaire d'exiger un crédit documentaire confirmé? Si la banque émettrice est une institution de premier ordre, la confirmation n'est pas une réelle nécessité. Mais s'il y a un doute, même minime, au sujet de la banque émettrice, la confirmation doit être demandée.

Avec un crédit documentaire bien établi, le vendeur n'a plus à se préoccuper de garder le contrôle des marchandises ou des documents: sa sûreté n'est plus sur les marchandises, elle est l'engagement ferme du banquier. Son seul souci est de rassembler un jeu de documents conforme aux exigences de la banque énoncée dans le crédit documentaire et, dès qu'il le présentera, le vendeur sait qu'on le paiera.<sup>143</sup>

À ces enseignements il importe d'ajouter qu'il existe une exception au principe de l'autonomie du crédit documentaire mentionné par Lacasse: la fraude. Celle-ci est souvent difficile à établir et la délimitation entre un cas de fraude et une mauvaise exécution du contrat n'est pas simple en soi. Il faut aussi se souvenir que la bonne foi se présume et que la fraude doit être prouvée<sup>144</sup>.

L'exception de fraude permet d'empêcher le paiement de la lettre de crédit. Cette exception ne doit pas être restreinte au cas des documents (faux documents, inscription d'une mention que l'on sait fautive – par exemple, le transporteur, de connivence avec l'acheteur, omet d'indiquer une réserve sur le connaissement indiquant que les biens sont endommagés –, etc.) mais couvre également la fraude dans l'exécution du contrat de vente (envoi de roches plutôt que de téléviseurs couleurs, etc.). Il faut également noter qu'au Canada<sup>145</sup>, cette exception est limitée à la fraude du bénéficiaire du crédit et ne vise pas la fraude d'un tiers si le bénéficiaire l'ignore. Mentionnons aussi que l'exception de fraude n'est pas opposable au détenteur régulier d'une traite tirée sur la lettre de crédit<sup>146</sup>.

Enfin, parmi ces généralités concernant la lettre de crédit, indiquons le mécanisme procédural permettant d'en arrêter le paiement

---

<sup>143</sup> *Id.*, p. 212 et 213.

<sup>144</sup> *Code civil du Québec*, art. 2805.

<sup>145</sup> *Angelica Whitewear c. Banque de Nouvelle-Écosse*, précitée, note 15, 83 et 84.

<sup>146</sup> *Id.*, 74 et 75.

lorsqu'on est en présence d'un cas de fraude. À cet égard, les enseignements découlant de la décision *Banque de Nouvelle-Écosse* nous apparaissent fort utiles :

*[...] je suis d'avis d'établir une distinction entre ce qui doit être démontré dans une demande en vue d'obtenir une injonction interlocutoire pour empêcher le paiement aux termes d'une lettre de crédit sur le fondement de la fraude du bénéficiaire du crédit, et ce qui doit être démontré, dans une affaire comme l'espèce, pour établir qu'une traite a été incorrectement payée par la banque émettrice après qu'elle a été mise au courant de la fraude alléguée du bénéficiaire. Une solide preuve « prima facie » semble constituer un critère satisfaisant dans le cadre d'une demande interlocutoire. Toutefois, lorsque aucune demande de la sorte n'est présentée et que la banque émettrice a dû exercer son propre jugement pour savoir si elle devait honorer une traite, le critère à mon avis devrait être celui énoncé dans « Edward Owen Engineering » – savoir si la fraude a été établie à la connaissance de la banque émettrice avant le paiement de la traite de manière à rendre l'acte frauduleux clair et évident aux yeux de la banque. À mon avis, cette distinction se justifie par la situation difficile de la banque émettrice, en ce qui concerne la fraude, par comparaison avec celle d'un tribunal saisi d'une demande d'injonction interlocutoire. Comte tenu de l'obligation stricte de la banque émettrice d'honorer une traite qui est accompagnée de documents apparemment conformes, du fait que la décision d'effectuer ou non le paiement doit en règle générale être prise rapidement et de la difficulté dans un grand nombre de cas de se faire une opinion, qui pourrait servir de fondement à une action en justice, quant à savoir s'il y a eu fraude du bénéficiaire du crédit, il serait, à mon avis, injuste et déraisonnable d'exiger moins du client en matière de preuve d'une fraude alléguée.<sup>147</sup>*

Après avoir décrit sommairement la lettre de crédit, il importe d'entrer dans le vif du sujet, c'est-à-dire le droit applicable aux lettres de crédit dans le contexte constitutionnel canadien. Au Canada, rappelons-le, les lettres de crédit relèvent de la compétence des provinces en vertu de l'article 92(13) de la Constitution portant sur « la propriété et les droits civils dans la province ».

Rappelons également que si les décisions de la Cour suprême du Canada en matière de droit maritime ont consacré l'application de la common law canadienne en l'absence de législation fédérale pour solutionner un litige, la situation n'est pas la même concernant les lettres de crédit. À cet égard, on peut discuter brièvement de

---

<sup>147</sup> *Id.*, 84 et 85.

l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse*<sup>148</sup>. Dans cette cause, on devait notamment déterminer l'étendue de l'exception de fraude qui empêche une banque de payer le bénéficiaire du crédit. Le juge Le Dain, *per curiam*, a repris l'argument qu'il est souhaitable d'en arriver à l'uniformité en ce domaine. Par conséquent, il a affirmé que l'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit « fait partie du droit canadien, y compris du droit du Québec »<sup>149</sup>.

On doit noter qu'il n'a pas eu à créer une common law fédérale pour en arriver à cette conclusion. La démarche suivie par le juge Le Dain respecte entièrement le partage des compétences législatives et l'importance que l'on doit accorder au droit civil québécois dans le cadre des transactions commerciales internationales.

Revenons maintenant au concept de fraude. Le juge Le Dain a décidé de recourir au droit comparé pour en déterminer l'étendue. Il s'est bien gardé d'écarter le droit civil québécois au nom de l'uniformité et de discourir sur les « vertus » de la common law, tel qu'il l'a fait dans la décision *ITO*<sup>150</sup> alors qu'il siégeait à la Cour d'appel fédérale<sup>151</sup>. Il a rappelé, comme nous l'avons indiqué plus haut, que l'obligation de la banque émettrice de payer un bénéficiaire d'une lettre de crédit est de nature *sui generis* en droit civil québécois. Il faut donner effet à cette obligation même s'il est difficile de la définir dans les catégories établies de la théorie contractuelle<sup>152</sup>. Le droit civil est derechef apte à solutionner un problème pratique donné. Le juge Le Dain a aussi discuté de la notion de fraude en droit québécois pour en arriver à la conclusion que ses effets sur l'obligation de la banque de payer le crédit documentaire sont essentiellement les mêmes qu'en common law<sup>153</sup>. Ceci dit, dans le but de promouvoir l'uniformité dans le domaine du crédit documentaire, le juge Le Dain a cru bon de recourir aux décisions de common law relatives à

---

<sup>148</sup> *Id.*

<sup>149</sup> *Id.*, 81. Cela évite que la Cour suprême ait à se pencher de nouveau sur cette notion dans le cadre d'un litige provenant d'une province de common law.

<sup>150</sup> Précitée, note 29.

<sup>151</sup> « Mon opinion se trouve confirmée par le fait que les règles de la common law en matière de dépôt constituent, pour déterminer les obligations et la responsabilité du transitaire, un fondement plus cohérent et plus solide que les principes de la responsabilité délictuelle du droit civil »: *Miida Electronics Inc. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 C.F. 406, 417.

<sup>152</sup> *Angelica Whitewear c. Banque de Nouvelle-Écosse*, précitée, note 15, 82.

<sup>153</sup> *Id.*, 81 et 82.

l'exception de fraude et d'appliquer à l'affaire les principes se dégageant de ces décisions. Voici comment il s'exprime à cet égard :

*Je suis d'avis de confirmer que l'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit documentaires fait partie du droit canadien y compris du droit du Québec. Il n'y a à mon avis aucun motif de principe pour lequel l'exception de fraude ne devrait pas être appliquée au Québec sur le même fondement qu'elle a été appliquée dans les juridictions de « common law ». Elle repose sur un principe commun aux deux systèmes de droit, qui est habituellement exprimé en droit civil par la maxime « fraus omnia corrumpit » et en « common law » par la maxime « ex turpi causa non oritur actis » [...]. Toutefois, quelles que puissent être les différences entre les deux systèmes de droit relativement à la meilleure justification doctrinale de l'obligation de la banque émettrice envers le bénéficiaire d'un crédit, l'effet de la fraude sur cette obligation est essentiellement le même dans les deux systèmes. Par conséquent bien que, dans ses motifs, le juge Monet en l'espèce dise que les décisions relatives à l'exception de fraude en « common law » peuvent être intéressantes mais ne sont pas pertinentes au Québec, je ne peux, avec égards, voir pourquoi elles ne devraient pas être appliquées pour déterminer la portée de l'exception de fraude et la possibilité d'y recourir à l'encontre de l'autonomie des crédits documentaires en droit québécois. C'est particulièrement le cas puisqu'il est souhaitable d'en arriver à la plus grande uniformité possible du droit relativement à ces effets vitaux pour le commerce international.<sup>154</sup>*

Cette méthode nous paraît tout à fait justifiée. Il convient de souligner que les lettres de crédit bancaire font l'objet d'une réglementation quasi universelle. À l'heure actuelle, la très grande majorité des parties impliquées dans ce type de transactions utilisent les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*<sup>155</sup> de la Chambre de commerce internationale de Paris. Cependant, l'exception de fraude n'a jamais été incluse dans ces Règles. Il était donc important que la Cour suprême tente de suivre les décisions déjà rendues par d'autres tribunaux, et ce, peu importe leur pays d'origine. Cependant, avant de procéder à l'analyse de ces décisions, il importait de s'assurer qu'elles respectaient les particularités du droit civil québécois.

<sup>154</sup> *Id.*, 81 et 82.

<sup>155</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Publication n° 500, Paris, ICC Publishing S.A., 1993.

Il est très clair, à la lecture du jugement dans l'affaire *Angelica Whitewear c. Banque de Nouvelle-Écosse*<sup>156</sup>, que les lettres de crédit relèvent de la compétence des gouvernements provinciaux. Il existe une exception à ce principe lorsqu'en plus de la lettre de crédit, les parties choisissent d'y joindre une traite.

## **B. La traite ou lettre de change**

La traite, nous l'avons vu, relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral et est assujetti à la *Loi sur les lettres de change*<sup>157</sup>.

La traite ou lettre de change est notamment utilisée dans le cadre d'un crédit documentaire appelé « documents contre acceptation ». Dans ce type de crédit, le bénéficiaire (vendeur) accorde un délai de paiement au donneur d'ordre (acheteur). Le bénéficiaire présente, en même temps que les documents, une lettre de change payable à l'échéance convenue et tirée, soit sur le banquier intermédiaire (lorsque celui-ci a confirmé le crédit), soit sur l'émetteur. Le bénéficiaire, plutôt que d'attendre la fin du délai pour être payé, peut alors négocier la lettre de change en l'escomptant auprès d'une institution financière. Cette dernière est susceptible de devenir détentrice régulière, si elle remplit les conditions de l'article 55 de la *Loi sur les lettres de change* : elle doit avoir acquis l'effet de bonne foi, dans un délai raisonnable et avoir fourni valeur. Notons, également, que pour obtenir le statut de détentrice régulière, la banque doit avoir acquis la lettre de change lors d'une négociation. Pour respecter cette condition, nous estimons utile d'indiquer comment doit être rédigée la lettre de change. Au stade de l'émission ou de la confection, le tireur et le bénéficiaire de lettre de change seront la même personne, soit le vendeur-bénéficiaire de la lettre de crédit. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le tiré sera la banque confirmante ou la banque émettrice du crédit documentaire qui acceptera (selon le langage courant : certifiera) la lettre de change. Par la suite, le bénéficiaire de la traite, soit le vendeur, endossera celle-ci à l'ordre de l'institution financière l'ayant escomptée. La qualité de détenteur régulier permet à l'institution financière, qui a escompté la lettre de change, d'être remboursée même lorsque le bénéficiaire de la lettre de crédit (vendeur) a commis une fraude. On dit que l'exception de fraude n'est pas opposable au détenteur régulier d'une traite tirée sur la lettre

---

<sup>156</sup> Précitée, note 15.

<sup>157</sup> Précitée, note 11.

de crédit. Dans le cadre de ce mécanisme, l'acheteur supporte donc les risques de fraude du vendeur. Voilà donc, en bref, un exemple de l'utilité d'une traite dans une opération de crédit documentaire.

Revenons maintenant à l'objectif de notre texte. Si la *Loi sur les lettres de change* est silencieuse ou ambiguë sur une question, quelles règles sont alors applicables? Selon l'article 9 de cette loi, on doit se référer à la common law d'Angleterre: « Les règles de la "common law" d'Angleterre, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi ».

Les auteurs L'Heureux, Fortin et Lacoursière résumant avec précision l'interprétation donnée à cet article<sup>158</sup>:

*Doit-on conclure que, dans toute matière relative aux effets de commerce, il faut se référer à la common law? La doctrine et la jurisprudence font la distinction entre ce qui relève des effets de commerce au sens large et ce qui relève des effets de commerce au sens strict.*

*Plus précisément, si la loi est silencieuse ou ambiguë relativement à une question de forme et de négociabilité de la lettre (lettre de change au sens strict), comme la forme, l'émission, la négociation, la livraison, l'acceptation, le paiement, on se réfère à la common law d'Angleterre. Par ailleurs, quant aux aspects contractuels (lettre de change au sens large), comme la capacité des parties, la cause, la solidarité, la prescription, les effets des obligations, on réfère au droit civil [...]*

*En matière de preuve, la Loi sur la preuve au Canada s'applique parce qu'il s'agit d'une loi de juridiction fédérale. Cependant certaines dispositions du Code civil du Québec peuvent s'appliquer (art. 2803-2852 C.c.Q.). L'article 45 de cette loi précise qu'elle ne porte pas atteinte à la loi provinciale. Si une difficulté persiste parce que le cas ne trouve pas sa solution, il faut référer à la loi d'Angleterre.<sup>159</sup>*

On voit donc, ici, un autre exemple du rôle de la common law dans le cadre de l'un des aspects de la vente documentaire internationale. Notons, toutefois, que contrairement au droit maritime, une certaine place est laissée à l'application du droit civil québécois même dans un cas de compétence fédérale. Passons maintenant à un autre document utilisé dans ce type de vente: le *trust receipt*.

<sup>158</sup> Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

<sup>159</sup> *Id.*, p. 421 et 422.

### C. Le *trust receipt*

Il arrive souvent que l'acheteur finance ses importations de marchandises auprès d'une banque et que le vendeur demande que le paiement se fasse au moyen d'une lettre de crédit. Dans une telle situation, lorsque la banque paye le vendeur (bénéficiaire), elle se fait généralement endosser le connaissement délivré par le transporteur des marchandises pour garantir sa créance contre son client, l'acheteur (donneur d'ordre). Si ce dernier désire revendre les marchandises à un tiers, il peut souhaiter rembourser la banque à même le produit de cette vente. Afin que la banque conserve ses droits sur les marchandises, les commerçants provenant des juridictions de common law ont inventé le *trust receipt*.

En vertu de ce document, la banque, qui finance l'achat des marchandises, remet le connaissement à l'acheteur s'il s'engage à prendre possession de celles-ci en les détenant « in trust » pour son compte. L'acheteur s'engage aussi à les revendre au profit de la banque et à détenir le produit de la vente « in trust », ce produit étant remis à la banque jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Le document créant le *trust receipt* contiendra des stipulations ayant pour but de protéger les intérêts de la banque. Parmi les principales stipulations apparaissant à ce document, citons l'obligation pour l'acheteur de conserver les marchandises et le produit de leur vente séparés de ses autres marchandises et de ses autres fonds ainsi que l'obligation d'assurer celles-ci pour le bénéfice de la banque. Il nous apparaît utile de reprendre les stipulations contractuelles d'un exemple de *trust receipt* utilisé dans une transaction documentaire. Ces stipulations se lisent comme suit :

*The undersigned (hereinafter called the "Trustee") hereby acknowledges to have received in trust from Korea Exchange Bank of Canada (hereinafter called "the Bank") the documents listed below representing the goods therein specified and/or the goods described below, and agrees and acknowledges that the Bank's right, title and interest in and to said documents [and said goods] is not altered or affected but remains in the Bank...*

*In consideration of such receipt and other valuable consideration, the Trustee agrees to hold said documents and goods in trust for the Bank and, subject to its rights, title and interest therein or thereto, to use the same promptly without expense to the Bank for any one or more of the following purpose(s) only but without liberty to pledge the same:*



1. To transfer to carrier (land, water or air).
2. To transfer to warehouse.
3. To sell said goods.

The Trustee agrees to account by delivering to the Bank immediately upon receipt thereof by the Trustee, any one or more of the following, according to the purposes for which the goods are withdrawn:

1. Negotiable Bill of Lading, blank endorsed or to the order of the Bank.
2. Negotiable Warehouse Receipts, blank endorsed or to the order of the Bank.
3. Proceeds of the sale of such goods in whatever form received, to be applied by the Bank to the payment of any obligations of the undersigned to the Bank; if such proceeds be notes bills receivable, acceptances or in any form other than cash, they shall not be so applied by the Bank until paid, with option however to discount such items and apply proceeds subject to final payment thereof.

The Trustee agrees to pay all charges for storage or otherwise in connection with said goods, documents and any proceeds thereof, and will at all times hold said goods, documents and proceeds separate and apart from the property of the Trustee and in trust for the Bank and will definitely show such separation and trust in all its records and entries.

The Trustee agrees, at Trustee's own expense, to keep the said goods insured at all times against damage by fire or water, theft and any other risk to which the goods may be subject, in companies approved by the Bank, to their full insurable value, the sum insured to be payable, in case of loss, to said Bank, and the Trustee will deposit the insurance policies with the said Bank upon demand and upon default of the Trustee to effect such insurance, the Bank shall be entitled but not bound to effect insurance of the goods to such extent as it sees fit and the Trustee will pay on demand the premium and interest thereon.

The Trustee agrees that the Bank assumes no responsibility or liability for the correctness, validity or genuineness of the documents released to the Trustee hereunder or for the existence, character, quantity, quality, condition, value or delivery of any goods purported to be represented by way of any such documents, or of any goods described herein.

The Bank may, at any time, cancel this Trust Receipt and take possession of the said goods and any documents representing the same.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> Ces clauses sont tirées de la décision *Banque Toronto-Dominion c. Korea Exchange Bank of Canada*, [1991] R.J.Q. 2497, 2504 et 2505 (C.A.); voir aussi: *Banque Toronto Dominion c. Banque Nationale de Paris (Canada)*, 2005 QCCA 426; *2769654 Canada Inc. (Syndic de)*, 2005 QCCA 425.

Dans une décision, de la Cour d'appel du Québec<sup>161</sup>, la question s'est posée de savoir si l'utilisation d'un *trust receipt* pouvait être reconnue comme valide en droit québécois. En bref, le *trust receipt* permet-il que la sûreté détenue par la banque au moyen d'un connaissement soit conservée malgré que cette dernière se dépossède de ce dernier document au profit de l'acheteur, celui-ci reconnaissant détenir les biens pour le compte de la banque? Bien qu'il s'agisse d'une décision portant sur le *Code civil du Bas Canada*, nous sommes d'avis que cette question demeure la même sous le nouveau *Code civil du Québec*.

Avant d'aborder cette question, nous estimons important de discuter des droits et obligations émanant de la négociation du connaissement à la banque qui le détient afin de se faire payer pour le financement bancaire qu'elle a accordé à l'acheteur et qui s'est matérialisé par la lettre de crédit. Doit-on faire comme la Cour d'appel du Québec et l'analyser à l'aide de la législation québécoise: le *Code civil du Bas Canada* et la *Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock* qui prévalaient à l'époque de cette décision? Compte tenu des décisions des tribunaux portant sur le concept de droit maritime canadien, il nous semble, comme nous l'avons indiqué précédemment dans la section consacrée aux termes de commerce, que cette analyse doit être effectuée à partir de la common law. Ne s'agit-il pas d'un exemple où une loi fédérale est applicable, soit la *Loi sur les connaissements*<sup>162</sup>, et portant sur un document de nature maritime dont il faut définir les droits et obligations qui en résultent? Si, tel qu'il en a été décidé dans la décision *ITO*<sup>163</sup> par la Cour suprême du Canada, la common law s'applique à la clause Himalaya intégrée au connaissement maritime et qui vise notamment à ce que les tiers intervenant au contrat de transport soient assujettis aux mêmes droits et obligations que le transporteur, nous voyons mal comment il pourrait en être autrement pour définir les droits et obligations émanant du document lui-même, le connaissement!

Revenons toutefois à la question qui nous occupe: le *trust receipt* permet-il à la banque qui s'est dessaisie du connaissement, en retour de ce document, de conserver sa sûreté sur les marchandises? La

---

<sup>161</sup> *Banque Toronto-Dominion c. Korea Exchange Bank of Canada*, précitée, note 160.

<sup>162</sup> Précitée, note 117. Cette loi s'applique également au transport ferroviaire.

<sup>163</sup> Précitée, note 29.

réponse à cette question est affirmative. En effet, dans la décision *Banque Toronto Dominion c. Korea Exchange Bank of Canada*, la majorité des juges de la Cour d'appel du Québec indique que, bien que le droit québécois ne fasse aucune mention du *trust receipt* et que l'institution de la fiducie émane du droit anglais<sup>164</sup>, on doit donner effet à l'intention des parties et chercher à insérer le mécanisme du *trust receipt* dans notre droit, et ce, malgré le fait que les biens d'un débiteur constituent le gage commun de ses créanciers, sauf s'il y a des causes légitimes de préférence. On oppose en quelque sorte ces deux principes de la façon suivante :

*Cette approche veut préserver le principe de l'égalité des créanciers et éviter la constitution [...] de sûretés secrètes, au détriment des tiers de bonne foi. En principe sauf pour une cause légitime de préférence [...] reconnue] par la loi, les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers. Ceux-ci se les partagent au prorata de leur créance [...] Par ailleurs, en sens contraire, peut jouer également un autre principe, celui des libertés des conventions, principe lui-même nécessaire, pour donner effet notamment à certaines formes d'activité et de créativité commerciales. Il faut examiner l'ensemble de la transaction pour voir si ce principe fondamental de libertés des conventions commerciales peut ici s'harmoniser avec les règles du droit des sûretés québécois.*<sup>165</sup>

Par la suite, la majorité des juges reconnaît que la jurisprudence et la doctrine traditionnelles sont divisées sur cette question et utilise le concept de mandat pour justifier la non-extinction de la sûreté comme suit :

*Le « trust receipt » [...] peut être considéré comme un mode d'exécution de la garantie. Le débiteur exécute un mandat pour le compte de son créancier. Il reconnaît qu'il vend, comme son représentant, et qu'il doit lui rendre compte du produit de la vente. Le créancier n'entend pas éteindre la sûreté. Il serait libre de désigner un agent comme mandataire pour procéder à la vente. Le sens de ces engagements serait en définitive d'obliger l'institution financière à laisser à l'importateur ce mandat de vente, tant et aussi longtemps qu'il ne serait pas en défaut de ses engagements. Même après ce défaut, le créancier conserverait la faculté de recourir au service de sa débitrice plutôt que de vendre lui-même ou par l'intermédiaire d'un autre agent. À cet égard, l'arrangement pris en vertu du « trust receipt » paraît conforme à la législation québécoise sur les connaissements et préserve le gage des créanciers sur la chose et le produit*

<sup>164</sup> La fiducie est maintenant reconnue aux articles 1260 et suiv. du *Code civil du Québec* sous d'autres fondements que ceux de la common law.

<sup>165</sup> Précitée, note 160, 2511.

*de la vente*<sup>166]</sup>. La solution retenue par le premier juge pouvait ainsi s'harmoniser avec les règles du droit québécois tout en respectant les besoins du commerce d'importation et d'exportation.<sup>167</sup>

Cette décision est certes critiquable pour l'utilisation des sources du droit québécois concernant les droits et obligations émanant d'un connaissance maritime, et ce, si l'on s'en tient aux décisions des tribunaux portant sur le droit maritime canadien. Toutefois, il apparaît clairement, à la lecture de celle-ci, que les juges de la majorité désiraient donner effet à la pratique des commerçants pour accroître l'efficacité commerciale. En effet, si l'on s'en était tenu à l'application stricte des règles juridiques, c'est l'opinion du juge minoritaire qui aurait dû prévaloir : le fait de se dessaisir du connaissance aurait eu pour effet d'éteindre la sûreté en émanant. On voit donc que l'emprise du commerce international étend ses tentacules, ce qui a pour effet de déstabiliser le juriste qui se confine à l'étude de sa propre tradition juridique. Ce phénomène nous apparaît particulièrement vrai pour le Québec dont les principaux partenaires commerciaux sont situés dans des territoires où la common law est applicable.

\*  
\* \*

Que tirer de ces enseignements ? Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il est fort difficile de déterminer avec précision le contenu du droit applicable à la vente documentaire internationale au Québec. Nous avons vu que, lorsqu'il s'agissait de transport maritime et d'assurance maritime, de compétence fédérale, c'est la common law d'Angleterre qui s'applique pour combler un vide législatif sur une question donnée, et ce, en utilisant la notion de droit maritime canadien. Or, cette tendance à uniformiser le contenu du droit applicable à ce type de transaction, va à contre-courant d'une intervention législative du Parlement fédéral pour mettre un frein à l'application de la common law en droit fédéral des affaires qui était traditionnellement très influencé par cette tradition juridique. Ainsi, les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi n° 1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour*

---

<sup>166</sup> Il s'agit ici du gage des créanciers de la banque puisque les biens et le produit de la vente sont détenus *in trust* par l'acheteur pour le compte de celle-ci.

<sup>167</sup> *Banque Toronto-Dominion c. Korea Exchange Bank of Canada*, précitée, note 160, 2511.

que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law<sup>168</sup> énoncent :

**Art. 8.1** *Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.*

**Art. 8.2** *Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et dans l'autre de ces systèmes.*

Nous avons également constaté que la notion de droit maritime canadien avait aussi pour effet de créer des incertitudes et des incohérences concernant les termes de commerce. Notons, aussi, qu'il appert que les parties aux contrats de vente, leurs avocats et les juges ne sont pas à l'abri de reproches quant à la détermination du contenu du droit applicable aux termes de commerce.

Quant au financement des marchandises, la situation n'est guère plus reluisante lorsqu'il s'agit de déterminer avec précision le contenu du droit applicable. À juste titre, la Cour suprême du Canada s'efforce d'utiliser le droit comparé pour trouver des solutions uniformes aux problèmes qui se posent dans le domaine du crédit documentaire qui est de compétence provinciale. Ne doit-il pas en être ainsi pour ces effets vitaux pour le commerce international, comme l'a souligné la Cour suprême ? Par contre, lorsqu'il s'agit d'une lettre de change, de compétence fédérale, c'est la common law qui s'applique généralement compte tenu d'une disposition législative expresse dans la *Loi sur les lettres de change*<sup>169</sup>. Enfin, on utilise la pratique émanant de la common law pour reconnaître le *trust receipt* lorsqu'une banque se dessaisit d'un connaissance maritime pour permettre à l'acheteur de revendre les marchandises au profit de celle-ci.

<sup>168</sup> L.C. 2001, c. 4. Cette loi modifie notamment la *Loi d'interprétation*, L.R.C., c. I-15.

<sup>169</sup> Précitée, note 157.

Lorsque l'on doit conseiller des clients concernant le droit à utiliser dans le cadre d'une vente documentaire internationale de marchandises, il faut bien dire les choses comme elles sont : il nous apparaît pour le moins hasardeux de choisir le droit québécois dans de telles circonstances. On peut bien dire que notre droit et les tribunaux s'efforcent de reconnaître les pratiques commerciales. Toutefois, il appert que nous sommes encore bien loin de la maturité nécessaire à l'encadrement des transactions commerciales internationales. Le temps n'est-il pas venu que tous les acteurs concernés se concertent afin que notre système juridique, qui est composé de droit provincial et fédéral, soit considéré comme à l'avant-garde plutôt que de constituer un frein aux transactions ?



# *Chroniques sectorielles*



