

La mondialisation des règles de droit: coercition ou liberté?

Michel Paquette*

I. Introduction	181
II. Causes de la mondialisation des règles de droit.	184
1. La mondialisation des marchés	184
2. La volonté politique de réaliser des projets particuliers	186
3. Le modernisme et la technologie.	189
III. Outils de mondialisation des règles de droit.	191
1. Les outils d'unification	191
a) Le droit international public.	191
b) Les règles de droit international privé matérielles conventionnelles	193
c) Le règlement de droit communautaire	195
2. Les outils d'harmonisation	196
a) Les règles de conflit du droit international privé conventionnel	196
b) La directive européenne	197

* LL.M., Avocat, Direction des affaires juridiques, Office des professions du Québec. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteur et n'engagent aucunement l'Office des professions du Québec.

c) La <i>lex mercatoria</i>	199
d) Les décisions judiciaires	201
3. Les outils d'interpénétration	203
IV. Contraintes et objections à la mondialisation des règles de droit	204
1. La souveraineté des États	204
2. Les systèmes juridiques, sociaux et culturels	205
V. La place des juristes de l'État dans le processus de la mondialisation des règles de droit	206
VI. Conclusion	207

I. Introduction

La «mondialisation des règles de droit» est un concept générique nouveau que l'on ne retrouvait pas, jusqu'à aujourd'hui, dans la littérature juridique. Peut-être apporterons-nous une contribution originale en tentant de définir par ce concept l'ensemble des tentatives plus ou moins formelles de parvenir à un rapprochement des règles de droit à travers le monde.

Ainsi, la «mondialisation des règles de droit» pourrait être une expression commode pour désigner tant l'unification de ces règles que leur harmonisation, leur coordination, leur rapprochement, leur uniformisation ou leur interpénétration. Toutefois, cette expression, parce qu'elle est générale, ne tient évidemment pas compte des particularités de chacune de ces notions qu'elle est susceptible de recouvrir. Celles-ci, d'ailleurs, ont déjà fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales¹.

1. U. DROBNIG, «Unification of National Law and the Uniformisation of the Rules of Private International Law», dans *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, 1981, Institut universitaire international Luxembourg, Maison F. Larcier, S.A., Bruxelles, p. 1 à 12; J. PIPKORN, «Les méthodes de rapprochement des législations à l'intérieur de la C.E.E.», dans *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, 1981, Institut universitaire international Luxembourg, Maison F. Larcier, S.A., Bruxelles, p. 13 à 48; R. VANDER ELST, «Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne», dans De RIPAINSEL-LANDY et autres, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, 1976, Institut d'études européennes, Bruxelles, p. 1 à 14; R. DAVID, «The International Unification of Private Law», dans (1971) *Internat. Enc. Comp. Law*, II, c. 5; D. TALLON, «L'harmonisation des règles du droit privé entre pays de droit civil et de common law», *R.I.D.C.* 2-1990, p. 513 à 523; V. HUGHES, «Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions: A Canadian Perspective», dans *Droit contemporain*, 1992, Les Éditions Yvon Blais Inc., p. 83 à 99; M. BOODMAN, «The Myth of Harmonization of Laws», dans *Droit contemporain*, 1992, Les Éditions Yvon Blais Inc., p. 126 à 149; C. SAMSON, «L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law», dans *Droit contemporain*, 1992, Les Éditions Yvon Blais Inc., p. 100 à 125; C. SAMSON, «L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes», (1991) 32 *C. de D.* 1001 à 1026; N. L'HEUREUX, «L'harmonisation du droit dans les transferts de fonds internationaux par télécommunications interbancaires»,

Il ressort de ces analyses que ces notions sont relatives et qu'elles se chevauchent dans plusieurs cas. Toutefois, ces réserves étant apportées, on constate que l'unification des règles de droit semble le procédé le plus rigide, le plus formel, et qu'elle a toujours un caractère obligatoire pour les pays concernés. Elle vise l'uniformité du résultat et cherche à l'atteindre par une identité des textes de lois². Elle est la plupart du temps entreprise par voie de ratifications de conventions internationales et, dans le cadre de la Communauté économique européenne, par voie de règlements de droit communautaire³.

Cependant, sauf peut-être à l'égard de certaines questions de droit public qui ont fait l'objet d'un consensus, comme la protection des droits de l'homme par exemple, l'unification du droit matériel par voie de conventions internationales a fait l'objet de réticences de la part des États et s'est révélée difficile et assez limitée dans ses effets⁴.

Voilà pourquoi les organismes internationaux, tant gouvernementaux que non gouvernementaux, ont développé d'autres procédés, moins contraignants, qui ont pour objectif l'harmonisation des règles de droit. Celle-ci, qui est pratiquement impossible à définir de façon exhaustive, couvre probablement les initiatives de coordination des droits nationaux comme les lois-modèles⁵ et,

(1991) 32 *C. de D.* 937 à 970; J. GOLDRING, «Unification and Harmonization of the Rules of Law», (1978) 9 *Fed. L.R.* 284 et s.; M. ANCEL, «From the Unification of Law to its Harmonization», (1976-77) 51 *Tulane L.R.* 108 et s.; H.P. GLENN, «Unification of Law, Harmonization of Law and Private International Law», dans (1989) *Liber Memorialis François Laurent*, Éd. Story-Scientia, p. 783 et s.

2. U. DROBNIG, *supra*, note 1, p. 2; M. BOODMAN, *supra*, note 1, p. 134; Cas 128/78: *Commission v. United Kingdom*, [1979] E.C.R. 419; [1979] C.M.L.R. 45.
3. J.V. LOUIS, «Le règlement, source directe d'unification des législations», dans De RIPAINSEL-LANDY et autres, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, 1976, Institut d'études européennes, Bruxelles, p. 15 et s.
4. Voir *infra*, section III, sous-section 1b); H.P. GLENN, «Droit comparé et droit québécois», dans 1789-1989: *La révolution du droit a-t-elle eu lieu?*, *Cahier de la 9^e Conférence des avocates et avocats et des notaires de la fonction publique*, 12 et 13 octobre 1989, p. 202, à la p. 220; B. OPPETIT, «Le développement des règles matérielles», dans *Travaux du comité français de droit international privé, Journée du cinquantenaire, Problèmes actuels de méthode en droit international privé*, 1988, Éditions du C.N.R.S., Paris, p. 121, 127.
5. Par exemple, la C.N.U.D.C.I. a élaboré la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* (21 juin 1985). Cette dernière a été expressément désignée, au paragraphe 1^o de l'article 940.6 du Code de procédure civile (L.R.Q., c. C-25), comme outil d'interprétation pouvant servir dans le cas d'un arbitrage québécois

dans le cadre de la Communauté économique européenne, les directives⁶.

Par ailleurs, l'idée de coordination ou d'harmonisation des systèmes juridiques est le principe fondamental du droit international privé et, notamment, des règles de conflits de lois⁷. Nous verrons comment l'unification de celles-ci, de façon différente de l'unification des règles de droit matériel mais non moins efficacement, est susceptible de faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents par une coordination harmonieuse.

Parallèlement, d'autres procédés, qui se sont développés essentiellement dans le domaine commercial, favorisent de façon indirecte la mondialisation des règles de droit. Il s'agit des règles issues de la pratique commerciale internationale, que l'on a appelées «new law merchant» ou «lex mercatoria»⁸, ainsi que de règles destinées à régir les relations économiques internationales, qui ont été regroupées sous l'appellation «Soft Law»⁹.

mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international. Il s'agit certes d'une initiative louable du législateur québécois, visant une certaine harmonisation du droit québécois avec les règles contenues dans cette loi-modèle.

6. D. De RIPAINSEL-LANDY et A. GÉRARD, «La notion juridique de la directive utilisée comme instrument de rapprochement des législations de la C.E.E.», dans De RIPAINSEL-LANDY et autres, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, 1976, Institut d'études européennes, Bruxelles, p. 37 à 94; D. LASOK et P.A. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, 1987, Professional Books Limited, p. 84. La directive lie tout État membre de la C.E.E. quant au résultat à atteindre, tout en laissant à chaque État le soin de prendre les mesures nécessaires pour adapter son droit aux dispositions de cette directive. Il y a donc une certaine liberté laissée aux États quant à la façon de la mettre en oeuvre sur leur territoire. Nous verrons toutefois (*infra*, section III, sous-section 2b)) que cette liberté est très relative et pose des problèmes pratiques. D'ailleurs, à l'instar de VANDER ELST (*supra*, note 1, aux p. 10 et 11), il y a lieu de se demander, à la lumière de ceux-ci, si la directive n'est pas en réalité un instrument d'unification.
7. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)*, Recueil des cours, Tome 186 (1984-III), p. 330 à 332.
8. Il s'agit notamment des usages commerciaux corporatistes repérés à travers les pratiques contractuelles, de contrats-types élaborés par les organisations professionnelles et de principes énoncés dans les sentences rendues par les arbitres internationaux.
9. S. GUTWIRTH et T. JORIS, «Electronic Funds Transfer and the Consumer: the «Soft Law» Approach in the European Community and Australia», (1991) 40 *I.C.L.Q.*, p. 265 à 301; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic «Soft Law»*, Recueil des cours, Tome 163 (1979-II), p. 169 à 246. On peut inclure dans cet ensemble des déclarations, résolutions, recommandations et programmes (provenant principalement d'organisations internationales) qui n'ont pas de caractère obligatoire mais peuvent soit marquer le point de départ d'une nouvelle norme coutumière internationale, soit ouvrir la voie à la conclusion d'une convention internationale.

Quant à l'interpénétration des règles de droit, elle opère de façon plus subtile par des changements de la formation et des pratiques professionnelles des juristes ainsi que par une ouverture, manifestée dans certains milieux, à l'égard des méthodes et solutions étrangères. L'influence de sources de droit étranger dans certaines décisions judiciaires¹⁰ ou réformes législatives¹¹ constitue certes l'exemple le plus frappant d'interpénétration des règles de droit. Toutefois, à la différence des autres notions envisagées jusqu'ici, l'interpénétration ne semble pas viser principalement l'uniformité du résultat. À l'instar de la «lex mercatoria», l'interpénétration reflète des moyens et des attitudes pragmatiques de résolution des problèmes. Elle peut résulter d'initiatives individuelles de la part d'avocats, de notaires, de juges ou de fonctionnaires.

Si nous revenons maintenant au titre de la présente étude, il pose une question à laquelle nous tenterons de répondre de façon empirique et en tenant compte de la situation particulière des juristes de l'État. Bien qu'il soit à craindre que la mondialisation des règles de droit puisse constituer, dans certains cas, une nouvelle façon d'imposer la loi du plus fort, il reste néanmoins qu'elle offre aux juristes de l'État, intervenants privilégiés dans certains forums internationaux, l'opportunité de participer au processus d'harmonisation de ces règles et même d'exercer une influence directe sur leur contenu.

II. Causes de la mondialisation des règles de droit

1. La mondialisation des marchés

La mondialisation des marchés a rendu nécessaire l'élaboration de nouvelles règles sur le plan juridique, afin d'assurer la sécurité des relations commerciales et financières internationales¹² et d'éliminer les disparités des règles de droit qui entravent ces relations¹³.

10. Voir notamment les décisions de la Cour suprême du Canada rendues dans les affaires *Banque nationale c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339, *General Motors c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029 et *Caisse populaire des Deux-Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

11. Le nouveau Code civil du Québec (L.Q. 1991, c. 64) s'inspire de sources étrangères, notamment française, allemande, suisse et américaine.

12. C. SAMSON, «L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes», *supra*, note 1, p. 1003.

13. J. PIPKORN, *supra*, note 1, p. 13.

Il faut dire que toute tentative de mondialisation des règles de droit vise généralement à faciliter les transactions et relations internationales et à assurer leur sécurité juridique. Toutefois, c'est dans les domaines commercial et économique que l'incapacité des lois nationales à régler les problèmes posés par ces relations et transactions s'est fait sentir avec le plus d'évidence et d'acuité. C'est dans ces domaines également que les gouvernements et les organismes internationaux, tant gouvernementaux que non gouvernementaux, ont semblé les plus actifs dans l'élaboration d'instruments divers de mondialisation des règles de droit¹⁴. D'aucuns ont même affirmé que, dans le secteur du droit privé, le droit substantiel uniforme reste circonscrit au commerce¹⁵.

La réussite de plusieurs initiatives de mondialisation des règles de droit en matière commerciale s'explique par le fait que les gouvernements, organismes et individus concernés obtiennent des avantages économiques, par l'accès aux nouveaux marchés que cette mondialisation des règles de droit leur procure. Toutefois, nous verrons¹⁶ que celle-ci se heurte, dans les pays en développement, à des contraintes et objections sérieuses liées à l'élaboration d'un nouvel ordre économique international.

2. La volonté politique de réaliser des projets particuliers

L'un de ces projets, qui dépasse de loin les simples préoccupations commerciales, est l'*Acte unique européen*¹⁷. Signé par la Belgique, l'Espagne, la France, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni, le

14. Parmi ces nombreux instruments, mentionnons l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, (1950) 55 R.T.N.U. 188; [1947] R.T. Can., N° 27, le *Traité instituant la Communauté économique européenne et instruments connexes*, (1958) 298 R.T.N.U. 11, la *Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques*, (1973) 888 R.T.N.U. 179, la *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Doc. Off. A.G., 29^e session, supp. n° 31, p. 53 à 58, Doc. N.U. A/9631 (1974), l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, L.C. 1988, c. 65, Annexe – Partie A, l'*Accord cadre de coopération commerciale et économique entre le Canada et les Communautés européennes*, [1976] R.T.C., N° 35, la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Doc. Off., A/conf. 97/19, Nations Unies, New York, 1981 et les *Incoterms 1990*, ICC Publishing S.A., Paris, 1990, n° 103.

15. B. AUDIT, «Flux et reflux de la crise des conflits de lois», dans Travaux du comité français de droit international privé, Journée du cinquantenaire, *Problèmes actuels de méthode en droit international privé*, 1988, Éditions du C.N.R.S., Paris, p. 59-60.

16. Voir *infra*, section IV, sous-section 1.

17. *Acte unique européen*, (1987) J.O.C.E., L 169/1; Bull. C.E., supp. 2/86.

Danemark, la Grèce et l'Italie, l'Acte unique proclame, dès son préambule, la volonté des parties de poursuivre l'oeuvre entreprise à partir des traités instituant les Communautés européennes et de transformer l'ensemble des relations entre leurs États en une Union européenne.

Déjà, l'article 3 h du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne¹⁸ prévoyait, comme programme d'action de la Communauté, le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun. L'Acte unique vise l'achèvement du marché intérieur, notamment par l'harmonisation des législations nationales, dans les termes suivants:

Section II

Dispositions relatives aux fondements et à la politique de la Communauté

Sous-section I – Le marché intérieur

Article 13

Le traité CEE est complété par les dispositions suivantes:

Article 8 A

La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article, des articles 8 B, 8 C et 28, de l'article 57 paragraphe 2, de l'article 59, de l'article 70 paragraphe 1 et des articles 84, 99, 100 A et 100 B et sans préjudice des autres dispositions du présent traité.

Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.

(...)

Article 18

Le traité CEE est complété par les dispositions suivantes:

18. *Supra*, note 14.

Article 100 A

1. Par dérogation à l'article 100 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 A. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

(...)

Article 19

Le traité CEE est complété par les dispositions suivantes:

Article 100 B

1. Au cours de l'année 1992, la Commission procède avec chaque État membre à un recensement des dispositions législatives, réglementaires et administratives qui relèvent de l'article 100 A et qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation au titre de ce dernier article.

Le Conseil, statuant selon les dispositions de l'article 100 A, peut décider que des dispositions en vigueur dans un État membre doivent être reconnues comme équivalentes à celles appliquées par un autre État membre.

Il n'entre pas dans le cadre du présent exposé d'expliquer l'approfondissement du processus d'intégration communautaire que l'on tente de réaliser dans le cadre des dispositions susmentionnées. Toutefois, il est intéressant de noter que, face à la difficulté d'harmoniser les législations¹⁹, l'article 100 B de l'Acte unique, se basant sur un principe d'origine jurisprudentielle²⁰, adopte une approche nouvelle retenant le principe de la reconnaissance d'équivalence des règles de droit. On espère que cette transformation de la méthode de rapprochement de ces règles permettra l'adoption des 279 directives considérées comme indispensables à la réalisation du marché intérieur²¹.

19. M.J. DOMESTICI-MET, «L'Acte unique européen», (1987) IV *R.Q.D.I.* 53, 57; D. SIMON, «De l'Acte Unique au Marché Unique», (1989) 2 *J.D.I.* 265, 286.

20. Arrêt *Cassis de Dijon*, C.J.C.E. 20 fév. 1979 *Rewe*, 120/78, Recueil 1979, p. 649.

21. D. SIMON, *supra*, note 19, p. 287.

L'Acte unique, malgré l'intérêt qu'il a pour illustrer un rapprochement de règles de droit motivé par la volonté politique de réaliser un objectif spécifique, en l'occurrence la réalisation du marché intérieur de la Communauté européenne, comporte la réserve importante qu'il vise une régionalisation plutôt que la mondialisation de règles de droit.

À titre d'exemple, un consensus politique moins régional²², au sujet de la protection des enfants, a mené à l'adoption de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*²³ et de la *Convention relative aux droits de l'enfant*²⁴. Ces deux conventions, qui sont en vigueur au Québec²⁵, témoignent non seulement de l'importance que les gouvernements accordent aux droits et intérêts des enfants mais aussi de leur volonté d'assurer la protection de ceux-ci sur le plan international. Elles s'inscrivent dans le mouvement de mondialisation des droits de la personne et s'ajoutent à d'autres initiatives visant la réalisation de cet objectif, comme la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*²⁶, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Protocole facultatif*²⁷, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁸ et la *Convention européenne des droits de l'Homme*²⁹.

-
22. Compte tenu de facteurs variables, même les instruments qui ont une vocation mondiale ne sont pratiquement jamais adoptés par tous les pays du monde. Souvent, la «mondialisation» se limite aux pays occidentaux ou développés.
23. *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, Recueil des Conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, p. 264 à 283; la liste des États parties à cette convention, en date du 1^{er} avril 1992, est publié dans (1992) 81 *Rev. crit. d.i.p.*, à la p. 194.
24. *Convention relative aux droits de l'enfant*, E/CN.4/1989-29.
25. *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-23.01; Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant, Gazette officielle du Québec, Partie 2, 08-01-92, p. 51.
26. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948); l'article 25 de la Déclaration universelle prévoit notamment que la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales.
27. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Protocole facultatif*, (1976) 999 R.T.N.U. 107 (Pacte); (1976) 999 R.T.N.U. 216 (Protocole); [1976] R.T. Can. n° 47; R.E.I.Q., 1976 (4); l'article 24 paragraphe 1 du Pacte prévoit que tout enfant a droit de la part de sa famille, de la société et de l'État aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.
28. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, [1976] 943 R.T.N.U. 13; [1976] R.T. Can. n° 46; R.E.I.Q., 1976 (3); l'article 10 paragraphe 3 du Pacte énonce que les États qui y sont parties reconnaissent que des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents.
29. *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, S.T.E., n° 5; l'article 5 du *Protocole n° 7* établit que les droits et responsabilités

3. *Le modernisme et la technologie*

Ces facteurs jouent un rôle important dans le développement de méthodes douces et informelles de mondialisation des règles de droit.

Nous avons mentionné plus haut que la mondialisation des marchés est l'une des causes de la mondialisation des règles de droit. Il ne faut pas oublier toutefois que cette mondialisation des marchés a été rendue possible grâce au développement des moyens de transport et de communication. La facilité des communications change les habitudes de vie des individus. Ceux-ci, de plus en plus, deviennent mobiles. Ils ont des emplois dans différents pays et établissent, souvent quotidiennement, des relations avec des étrangers. Cette situation bouleverse la juridicité des espaces nationaux³⁰ et provoque la mondialisation de certains concepts juridiques, surtout en droit commercial³¹.

Les moyens modernes de communication, notamment les banques de données juridiques, les télécopieurs, les réseaux intégrés de services numériques, permettent aux juristes d'avoir accès aux bibliothèques d'autres pays ou de communiquer avec des juristes de ces pays, afin d'obtenir en quelques heures les renseignements dont ils ont besoin pour conseiller leurs clients en regard du droit étranger. Ce flux d'information transfrontalier amène une nouvelle forme de mondialisation des règles de droit³². En effet, le contact avec le droit étranger est maintenant devenu chose courante, tant pour les juristes en pratique privée que pour les juristes de l'État. Selon mon expérience personnelle, rares sont les décisions gouvernementales qui se prennent sur une question donnée, sans qu'une étude préalable de la situation juridique relative à cette question dans les autres provinces et dans quelques autres pays comparables au nôtre n'ait été produite.

Par ailleurs, il paraît évident qu'un avocat, qui doit plaider une affaire concernant les Chartes, n'a pas un dossier complet s'il n'a aucune connaissance du droit américain ni de celui des pays euro-

des époux à l'égard de leurs enfants n'empêchent pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants.

30. P. KAHN, «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», (1989) 2 *J.D.I.* 305.

31. *Id.*, p. 324 à 326; L.J. MUSTILL, «The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five years», dans *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, 1987, Clarendon Press, Oxford, 149, aux p. 174 à 177. Le droit des contrats internationaux connaîtra un important développement, lorsqu'Unidroit publiera ses «Principes pour les contrats commerciaux internationaux».

32. H. P. GLENN, «Droit comparé et droit québécois», *supra*, note 4, p. 218.

péens sur la question qui l'intéresse. Le même constat peut être fait relativement à un nombre croissant de questions de droit public, de droit commercial et même de droit civil.

Ceci nous amène à dire quelques mots au sujet des cabinets juridiques internationaux. Cette question a suscité un intérêt accru au Québec et au Canada, surtout depuis la conclusion de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*³³. Comme le soulignait l'honorable Jules Deschênes, peu après la conclusion de cet Accord:

Par ailleurs, l'accès élargi au marché américain entraînera comme corollaire, pour les entreprises canadiennes, la nécessité d'une expertise sérieuse en matière de législation applicable outre frontière et en matière des remèdes nouveaux prévus par l'Accord. À l'inverse, les entreprises américaines auront besoin de mieux connaître les dispositions canadiennes pertinentes. C'est ainsi que l'on verra naître, dans les prochaines années, des cabinets juridiques internationaux qui, suivant l'une ou l'autre de diverses formules possibles, dispenseront les services dont leurs clients auront besoin des deux côtés de la frontière.³⁴

À la lecture de cet extrait, il ressort clairement que la création des cabinets juridiques internationaux n'est pas une cause de la mondialisation des règles de droit mais plutôt une conséquence de la mondialisation des marchés ou de la volonté politique de réaliser certains projets³⁵.

Bien que la technologie offre d'intéressantes possibilités aux juristes dans l'exercice de leur profession et qu'elle soit susceptible de faciliter le fonctionnement des cabinets internationaux, le processus

33. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, supra, note 14. Il est à noter que l'Accord ne s'applique pas aux professions juridiques, car les services offerts par les avocats et les notaires ne sont pas visés par les dispositions du chapitre sur les services. Toutefois, l'expertise réciproque que devront acquérir les juristes canadiens et américains pourra être acquise assez facilement, vu les dispositions du chapitre 15 de l'Accord concernant l'autorisation de séjour temporaire pour gens d'affaires. Par ailleurs, les professions juridiques pourront éventuellement être visées par l'Accord, en vertu de l'article 1405, si le Canada et les États-Unis en conviennent ainsi.

34. J. DESCHÊNES, *L'Accord de libre-échange canado-américain 1988 et les professions juridiques*, causerie prononcée devant l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick, 29 octobre 1988, p. 26.

35. Le rapport Edwards (The Inter-Jurisdictional Practice Committee, *The Inter-Jurisdictional Practice of Law*, Federation of Law Societies of Canada, 9 Novembre 1989, p. 32) souligne que le marché commun européen entraînera une internationalisation de la pratique du droit et que cela incitera des cabinets canadiens à se fusionner avec des cabinets étrangers.

de libre exercice des professions juridiques à l'intérieur de ces cabinets nécessite vraisemblablement des modifications législatives.

Le Conseil de l'Europe a émis deux directives³⁶ visant à faciliter ce processus. Des dispositions législatives à cet effet existent également en Ontario, en Colombie-Britannique, dans certains États américains et au Japon³⁷. Au Québec, le Comité sur l'exercice de la profession d'avocat à l'étranger a recommandé des modifications à la *Loi sur le Barreau*, et notamment l'ajout de la classe de membre des conseillers en droit étranger, afin de permettre au Barreau du Québec de conclure des ententes de réciprocité avec les barreaux des pays, provinces ou États ayant des dispositions législatives analogues³⁸. L'Office des professions, qui étudie présentement la question de la mobilité professionnelle en regard de l'ensemble des corporations professionnelles, acheminera prochainement ses recommandations au gouvernement sur cette question.

III. Outils de mondialisation des règles de droit

1. *Les outils d'unification*

a) *Le droit international public*

Bien qu'il n'y ait pas d'autorité mondiale habilitée à adopter des lois pour régir la société internationale, il existe des normes de droit international public que l'on peut considérer applicables à l'ensemble de cette société et qui ont une fonction unificatrice.

Ainsi, les États doivent se conformer aux normes impératives du droit international (*Jus cogens*), comme le prévoit l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui se lit comme suit:

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international

36. *Directive tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats*, 77/249, (1977) J.O.C.E., L. 78/17; *Directive relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans*, 89/48, (1989) J.O.C.E., L 19/16. La directive de 1977 permet aux juristes (avocats, barristers ou solicitors) d'un État membre de rendre certains services juridiques dans un autre État membre. Quant à celle de 1989, elle reconnaît le principe d'équivalence des diplômes émis par les États membres de la Communauté.

37. Rapport Edwards, *supra*, note 35, p. 25 et s.

38. *Rapport du comité sur l'exercice de la profession d'avocat à l'étranger*, Juin 1989, Barreau du Québec, p. 1 et 13.

général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.³⁹

Il convient de souligner toutefois qu'il y a peu de règles qui peuvent être qualifiées de normes impératives au sens de cet article. Parmi ces règles, notons la prohibition d'atteintes aux droits de l'homme, la liberté des mers et la coexistence pacifique⁴⁰.

Par ailleurs, l'unification peut se réaliser au moyen d'une catégorie de traités créant des situations objectives qui produisent des effets même à l'égard des États non parties à ces traités. Ceux-ci, qu'on appelle «traités-lois», établissent des lois internationales objectivement valables pour tous, lorsqu'ils sont conclus avec la participation d'un ensemble d'États suffisamment représentatifs des intérêts en cause. Ces États jouent alors un rôle de législateur international⁴¹. Ainsi en est-il, par exemple, de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*⁴², du *Traité sur les principes régissant l'activité des États dans le domaine de l'exploration et de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les corps célestes*⁴³ ainsi que des conventions internationales dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

Enfin, l'unification peut résulter de tout «traité-contrat», dans la mesure où les États acceptent de le ratifier ou d'y adhérer. Évidemment, cette unification sera universelle ou régionale, selon le nombre d'États parties au traité.

b) *Les règles de droit international privé matérielles conventionnelles*

L'une des techniques du droit international privé consiste à tenter d'uniformiser le droit matériel par la conclusion de traités d'unification du droit. La méthode d'unification consiste alors soit à

39. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, (1980) 1155 R.T.N.U. 353; [1980] R.T. Can. n° 37.

40. P. KAHN, *supra*, note 30, aux p. 313 et 314.

41. J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 17.

42. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Doc. N.U. A/CONF. 62/122 et Corr. 1 à 11 (1982).

43. *Traité sur les principes régissant l'activité des États dans le domaine de l'exploration et de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les corps célestes*, (1967) 610 R.T.N.U. 205; [1967] R.T. Can. n° 19.

substituer le droit uniforme aux dispositions internes correspondantes des États ayant participé au mouvement d'unification, soit à limiter le domaine d'application territorial de ce droit uniforme à des situations se rattachant aux États contractants, selon des critères définis dans l'instrument d'unification⁴⁴.

Cette dernière méthode est illustrée par la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*⁴⁵. En effet, le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention prévoit ce qui suit:

La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents:

- a) lorsque ces États sont des États contractants; ou
- b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant.

Cette Convention, qui est en vigueur au Québec depuis le 1^{er} mai 1992⁴⁶, constitue une contribution remarquable de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) à l'unification du droit commercial international. En effet, non seulement cette Convention est actuellement en vigueur dans plus d'une trentaine d'États mais ceux-ci représentent la plupart des systèmes juridiques, économiques et sociaux⁴⁷.

44. F. RIGAUX, «La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie», (1985) *Rev. crit. d.i.p.* 1, p. 16

45. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 11 avril 1980, Doc. off., A/conf. 97/19, Nations Unies, New York, 1981.

46. *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.Q., 1991, c. 68; Décret 598-92 du 15 avril 1992 concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Gazette officielle du Québec, Partie 2, 29-04-92, p. 3204.

47. Nous tenons à remercier Me Louise Lussier, de la Section du droit constitutionnel et international du ministère de la Justice du Canada, de nous avoir fourni la liste suivante des États membres, à jour au 7 juillet 1992. Ceux-ci sont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Bulgarie, le Canada, le Chili, la Chine, le Danemark, l'Égypte, l'Équateur (à partir du 1^{er} février 1993), l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la France, la Guinée, la Hongrie, l'Irak, l'Italie, le Lesotho, le Mexique, la Norvège, l'Ouganda (à partir du 1^{er} mars 1993), les Pays-Bas, la République arabe syrienne, la RSS de Biélorussie, la RSS d'Ukraine, la Roumanie, la Suède, la Suisse, la Tchécoslovaquie, l'URSS, la Yougoslavie et la Zambie.

Ce succès de la Convention a nécessité des compromis⁴⁸, des exclusions⁴⁹ et des réserves⁵⁰, ce qui démontre à notre avis les sérieuses limites du processus d'unification du droit privé matériel. D'aucuns croient que l'objectif d'une loi uniforme d'application universelle en matière de vente internationale est une chimère⁵¹ alors que d'autres, comme la professeure Nicole Lacasse, sont d'avis qu'un travail peut encore être fait pour atteindre cet objectif. Celle-ci affirme:

Le champ d'application de la Convention de Vienne est beaucoup plus restreint qu'on le voudrait pour la Convention qui idéalement aurait dû unifier entièrement le droit de la vente internationale. À l'origine de plusieurs restrictions ou exclusions du domaine de la convention se trouvent des différences entre les droits nationaux et une incapacité à trouver un compromis acceptable pour les pays qui ont participé aux négociations.

On a tenté *a posteriori* de justifier ces limites par ces différences entre les droits nationaux et le danger de conflit avec la Convention, mais l'argument ne tient pas: n'est-ce pas justement le but d'une convention d'unification du droit matériel que de solutionner ces différences entre droits nationaux en trouvant une règle universellement acceptable? C'est dire que chaque exclusion signifie en fait que le travail d'unification reste à faire sur ce sujet.⁵²

Toutefois, il faut reconnaître que cette Convention constitue un progrès par rapport à la situation qui existait auparavant⁵³ et qu'elle unifie de nombreuses règles du droit de la vente internationale, notamment celles relatives à la formation⁵⁴, à l'interprétation⁵⁵ et à l'exécution du contrat⁵⁶.

48. C. SAMSON, «L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law», *supra*, note 1, p. 105.

49. Article 2 (ventes exclues); Articles 4a) et b) et 5 (questions juridiques exclues).

50. Articles 92 à 96 de la Convention.

51. F. RIGAUD, *supra*, note 43, p. 16; voir aussi l'opinion de P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, Recueil des Cours, 155 (1977-II), 1, p. 89.

52. N. LACASSE, «Le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», dans *Actes du Colloque sur les nouvelles règles de la vente internationale de marchandises*, 1989, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, 23, p. 41.

53. *Ibid.*

54. Articles 14 à 24 de la Convention.

55. Articles 8 et 9 de la Convention. Un auteur a affirmé que l'un des apports les plus importants de la Convention consiste en l'établissement de règles uniformes d'interprétation du contrat de vente internationale: A. KACZOROWSKA, *Règles uniformes d'interprétation d'un contrat international*, (1991) 68 *Revue de droit international et de droit comparé*, 294, p. 295.

56. Articles 25 à 65 de la Convention.

c) *Le règlement de droit communautaire*

Bien que le règlement de droit communautaire ne soit pas un outil de mondialisation mais plutôt de régionalisation des règles de droit, il convient d'en faire mention, car il s'agit, outre les conventions internationales, du seul instrument qui ait pour fonction de réaliser véritablement une unification de ces règles.

En effet, le *Traité instituant la Communauté économique européenne* prévoit, à l'article 189, la possibilité de créer, par voie de règlement, un droit communautaire uniforme, *directement applicable* ou, en d'autres termes, qui se substitue aux lois nationales applicables en l'espèce.

De plus, l'article 235 de ce Traité a également été utilisé pour instaurer, par voie de règlement, un certain nombre de règles jugées nécessaires à la réalisation des objets de la Communauté, alors que le Traité n'avait pas prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet. La création d'un droit communautaire uniforme, par voie de règlement basé sur l'article 235 du Traité, a été reconnu valide par la Cour de Justice des Communautés européennes⁵⁷.

Le recours au règlement de droit communautaire, considéré de toute façon comme exceptionnel, est critiqué, car son application directe le rend inapproprié pour entamer un rapprochement des législations dans des domaines complexes et politiquement sensibles, qui exigent plutôt une technique souple et graduelle⁵⁸. D'ailleurs, la *Déclaration relative à l'article 100 A du traité CEE*, insérée dans l'Acte final de l'*Acte unique européen*, incite la Commission à privilégier la directive, dès lors que l'harmonisation suppose, dans un ou plusieurs États membres, une modification de dispositions législatives⁵⁹.

2. *Les outils d'harmonisation*

a) *Les règles de conflit du droit international privé conventionnel*

L'unification du droit matériel permet d'éviter le recours aux règles de conflits de lois. Toutefois, dans la mesure où cette unifika-

57. CJCE, aff. 8/73 (Massey Ferguson), Rec., 1973, 877: la cour a admis le règlement, car il était requis dans l'intérêt de la bonne gestion du tarif douanier commun et les autres bases juridiques (art. 27 et 100) n'offraient pas les moyens d'arriver à ces fins.

58. J. PIPKORN, *supra*, note 1, p. 35.

59. *Acte unique européen*, *supra*, note 17, L 169/24.

tion s'avère trop difficile voire impossible, il est approprié d'envisager l'unification des règles de conflits de lois comme autre moyen d'opérer la mondialisation des règles de droit. Puisque ce second moyen ne mène pas à une unification complète du droit mais plutôt à un choix uniforme de la loi applicable, il s'agit à proprement parler d'un outil d'harmonisation du droit.

Depuis 1951, la Conférence de La Haye a pour but de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé⁶⁰. Elle s'est bien acquittée de sa tâche en élaborant de multiples conventions qui recouvrent les domaines les plus variés du droit privé. Le champ d'application de plusieurs de ces conventions n'est pas limité aux relations entre États contractants. Ceux-ci les appliquent donc également dans leurs rapports avec les États non contractants. De plus, les lois désignées par ces conventions s'appliquent même s'il s'agit des lois d'États non contractants. Ceci mène à une mondialisation effective des règles de conflits de lois désignées dans ces conventions.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la mobilité des individus et des familles ainsi que la mondialisation des marchés ont multiplié les contacts entre les mondes juridiques et ont, par conséquent, forcé un rapprochement de ceux-ci. L'une des contributions les plus remarquables de la Conférence de La Haye à cet égard est sans doute la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*⁶¹. Cette convention tente de faire vivre ensemble les systèmes de droit civil et de common law, en permettant à une institution de common law de fonctionner dans les pays de droit civil sans obliger ces derniers à l'intégrer totalement dans leur système juridique. En effet, il ne s'est point agi pour les négociateurs de ramener cette institution à une qualification donnée aux fins d'intégration dans telle ou telle catégorie du for mais plutôt de rendre son fonctionnement possible lorsqu'elle se trouverait confrontée au droit successoral, au droit des contrats ou au droit des sociétés du for⁶².

60. *Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé*, Recueil des Conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, p. 1, article premier.

61. *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, Recueil des Conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, p. 314 à 325; la liste des États parties à cette Convention, en date du 1^{er} avril 1992, est publiée dans (1992) 81 *Rev. crit. d.i.p.*, à la p. 197.

62. Y. LOUSSOUARN, «L'évolution de la règle de conflit de lois», dans Travaux du comité français de droit international privé, Journée du cinquantième, *Problèmes actuels de méthode en droit international privé*, 1988, Éditions du C.N.R.S., Paris, 79, p. 87-88; voir également C. REYMOND, «Réflexions de droit comparé

Un autre exemple important est celui de l'unification du droit international privé des contrats au sein de la Communauté économique européenne, réalisée par la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*⁶³. Cette Convention, qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, a été ratifiée par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, l'Italie, le Luxembourg, le Royaume-Uni et la Grèce. Tant à cause de sa souplesse et des méthodes modernes que reflètent ses dispositions qu'à cause de son champ d'application⁶⁴, il y a lieu d'espérer qu'elle constitue le noyau d'une véritable mondialisation des règles de conflits de lois en matière contractuelle⁶⁵.

b) *La directive européenne*

En regard des attentes de départ, cette méthode d'harmonisation des législations s'est révélée longue et difficile. L'exemple de la transposition de la *Directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*⁶⁶ dans le droit des États membres illustre de façon éloquente ce constat.

Cette directive, qui a été notifiée à ceux-ci le 30 juillet 1985, leur donnait un délai de trois ans⁶⁷ pour ajuster leur droit national à ce texte. En d'autres termes, les modifications requises devaient être mises en vigueur avant le 30 juillet 1988. Rappelons qu'en vertu de l'article 189 du Traité CEE, une directive lie les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

Au 1^{er} mars 1989, seuls trois États membres, soit la Grèce, l'Italie et le Royaume-Uni, avaient transposé cette directive dans leur ordre juridique interne⁶⁸. La Commission européenne a entamé,

sur la Convention de La Haye sur le trust», (1991) 68 *Revue de droit international et de droit comparé*, p. 7 à 24.

63. *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 80/934 CEE de Rome du 19 juin 1980, J.O.C.E., n° L 266 du 9 octobre 1980.

64. En effet, elle couvre des sujets aussi variés que les contrats conclus par les consommateurs (art. 5), le contrat individuel de travail (art. 6), les lois de police (art. 7), la cession de créance (art. 12) et la subrogation (art. 13).

65. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», (1991) 80 *Rev. crit. dr. int. privé*, 287, p. 290 et 340.

66. *Directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*, 85/374/CEE, J.O.C.E. L 210/29 du 7 août 1985.

67. Article 19 de la directive.

68. Toutefois, il semble que malgré le défaut de ces États de prendre les mesures nécessaires pour transposer dans leur droit les dispositions de la directive,

sur la base de l'article 169 du Traité CEE, des procédures d'infraction non seulement contre les neuf États qui n'avaient pas transposé la directive mais également contre l'Italie et le Royaume-Uni car, dans le cas de ces deux États, la Commission leur reprochait de ne pas l'avoir transposée de manière satisfaisante⁶⁹.

Ainsi, dès qu'une directive est adoptée au niveau communautaire, il n'est plus loisible aux États membres de s'en écarter. Le rétrécissement de la souveraineté de ceux-ci de légiférer dans le domaine couvert par la directive est manifeste et le rapprochement des règles de droit se fait de manière plutôt coercitive.

Si, comme nous l'avons déjà mentionné, près de trois cents directives sont considérées comme indispensables à la réalisation du marché intérieur, on comprend que l'article 100 B de l'*Acte unique* adopte une approche d'harmonisation plus souple. Toutefois, n'est-il pas à craindre que cette souplesse n'aboutisse en pratique à une absence d'harmonisation effective? En effet, le principe de reconnaissance d'équivalence des règles de droit est basé sur l'idée qu'il existe une communauté de valeurs entre les États membres ainsi qu'une évolution semblable, ce qui ne correspond pas tout à fait à la réalité⁷⁰.

c) *La lex mercatoria*

Directement issu de la mondialisation des marchés, il existe un espace juridique transnational dont la trame est constituée par les usages commerciaux, repérés à travers les pratiques contractuelles internationales, ainsi que par la jurisprudence arbitrale⁷¹.

celle-ci serait devenue, de plein droit, directement applicable dans ces États, depuis le 31 juillet 1988, au motif que ses dispositions sont inconditionnelles et suffisamment précises: à ce sujet voir C. TOREM et L. FOCSANEANU, «La directive du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit français applicable en la matière», (1987) 61 *La Semaine Juridique*, I, N° 3269, p. 8 et P.E. THIEFFRY, «EEC Directive 85/374 on Liability for Defective Products: Implementation and Practice», dans *EEC Strict Liability in 1992, The New Product Liability Rules*, 1989, Practising Law Institute, Litigation and Administrative Practice Series, Course Handbook Series n° 371, 9, p. 44 à 47.

69. D. STRUYVEN, «La transposition de la directive européenne en matière de responsabilité du fait des produits défectueux dans le droit des États membres: bilan et perspective», (1989) 66 *Revue de droit international et de droit comparé*, p. 140-141.

70. M. J. DOMESTICI-MET, *supra*, note 19, p. 59-60.

71. P. KAHN, *supra*, note 30, p. 305 et 306; B. OPPEIT, *supra*, note 4, p. 124.

Il faut dire que la *lex mercatoria* a été sérieusement contestée, notamment à cause de son inaptitude à fournir de véritables règles de droit⁷². Si cette critique était fondée, la présente sous-section n'aurait pas sa place dans notre exposé, puisque celui-ci porte essentiellement sur la mondialisation *des règles de droit*. Toutefois, malgré les débats de la doctrine, qui démontrent d'ailleurs la réalité du phénomène⁷³, les opérateurs du commerce international et les arbitres internationaux ne semblent pas avoir de doute sur son existence⁷⁴.

Un auteur⁷⁵, à partir de la jurisprudence arbitrale, a dressé un inventaire de vingt principes généraux qui sont invoqués à titre d'éléments essentiels de la *lex mercatoria*. Par exemple, dans l'affaire *Pabalk Ticaret c. Ugilor/Norsolor*⁷⁶, il s'agissait d'un refus de paiement de Ugilor/Norsolor à Pabalk de commissions que celle-ci prétendait lui être dues à la suite de ventes réalisées en Turquie, en exécution d'un contrat de représentation. Le Tribunal arbitral, saisi du litige en vertu de la clause compromissoire C.C.I. figurant dans le contrat, déclara Ugilor/Norsolor responsable de la rupture du mandat et la condamna au paiement à Pabalk de la somme de 800 000 francs français à titre de réparation du préjudice subi. Pour motiver cette condamnation, le Tribunal arbitral s'exprima comme suit:

72. B. GOLDMAN, «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», dans *Travaux du comité français de droit international privé*, Années 1977-1979, Éditions du C.N.R.S., 1980, 221, p. 223; F.-E. KLEIN, «De l'autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux», *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung*, Festschrift für F.A. Mann. München, 1977, 618.

73. W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 2^e ed., 1962, p. 647; T. GRUCHALLA-WESIERSKI, «A Framework for Understanding «Soft Law»», (1984) 30 *McGill L.J.* 37, 87; P. KAHN, «Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Librairies techniques, Paris, p. 97 à 107; B. GOLDMAN, «Frontières du droit et *lex mercatoria*», 9 *Archives de la philosophie du droit*, 1964, p. 177; M. VIRALLY, «Un tiers droit? Réflexions théoriques», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Librairies techniques, Paris, p. 373 à 385; P. LAGARDE, «Approche critique de la *lex mercatoria*», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Librairies techniques, Paris, p. 125 à 150; L.J. MUSTILL, *supra*, note 31, p. 149 à 183; B.M. CREMADES and S.L. PLEHN, «The New *Lex Mercatoria* and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions», [1984] *Boston Univ. I.J.L.* 317.

74. P. KAHN, *supra*, note 30, p. 306.

75. L.J. MUSTILL, *supra*, note 31, p. 174 à 177.

76. Sentence C.C.I. du 26 octobre 1979, Cas n° 3131, Rev. Arb. 1983, p. 525 à 531.

Devant la difficulté de choisir la loi nationale dont l'application s'imposerait avec suffisamment de force, *le Tribunal a estimé qu'il convenait*, compte tenu du caractère international du contrat, d'écarter toute référence contraignante à une législation spécifique, qu'elle soit turque ou française, et *d'appliquer la lex mercatoria internationale*.

L'un des principes qui inspirent cette dernière est celui de la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats.

(...)

Conformément au principe de bonne foi qui inspire la lex mercatoria internationale, le Tribunal a recherché si, dans la présente espèce, la rupture du mandat était imputable au comportement de l'une des parties et si elle avait causé à l'autre un préjudice qui serait ainsi injustifié, et dont l'équité imposerait alors qu'il soit réparé.⁷⁷ (L'italique est de nous)

Trois des quatre tribunaux étatiques qui se sont prononcés sur cette sentence ont considéré que le Tribunal arbitral n'avait pas exercé sa compétence d'une façon qui justifierait que la sentence soit annulée⁷⁸.

Les autres sources de la *lex mercatoria* sont les codes de conduite privés⁷⁹ et les réglementations élaborés par les organisations professionnelles, dont les plus connus sont les «Incoterms»⁸⁰ et les «Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires»⁸¹,

77. *Id.*, p. 530 et 531.

78. B. GOLDMAN, «Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor», 1983 *Rev. Arb.* 379, p. 392.

79. G. FARJAT, «Réflexions sur les codes de conduite privés», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Librairies techniques, Paris, p. 47 à 66; P. SANDERS, «Codes of conduct and sources of law», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Librairies techniques, Paris, p. 281 à 298.

80. B. GOLDMAN, *supra*, note 72, p. 225; les Incoterms de la Chambre de commerce internationale, qui constituent une codification privée des usages commerciaux, sont acceptés mondialement par les vendeurs et les acheteurs. Ils harmonisent les termes commerciaux reliés à la livraison des marchandises et précisent notamment les devoirs et responsabilités du vendeur et de l'acheteur relativement au transport et à l'assurance des marchandises; voir également A. LAMARCHE, «Incoterms à comprendre», *Le Journal du Barreau*, 1^{er} juin 1992, p. 17 et C. SAMSON, «L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law», *supra*, note 1, p. 104 et 124.

81. J. STOUFFLET, «L'oeuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Librairies techniques, Paris, p. 361 à 371.

ainsi que certains contrats-types⁸² ou certaines clauses contractuelles⁸³ ou combinaisons contractuelles nouvelles⁸⁴. Ces codes de conduite privés et contrats-types, bien qu'ils n'aient pas de caractère obligatoire, sont respectés en pratique par les opérateurs du commerce international. Ceux-ci préfèrent se conformer à ces pratiques commerciales uniformes qu'ils ont eux-mêmes édictées, plutôt que de voir les gouvernements intervenir dans leurs affaires d'une façon qui servirait probablement moins bien leurs intérêts.

d) *Les décisions judiciaires*

Le paragraphe d) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice classe les décisions judiciaires comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit⁸⁵. Même si une décision judiciaire internationale ne vaut en principe que pour le cas qui a été décidé, conformément à l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice, les juristes et plaideurs s'y réfèrent constamment soit pour la valeur du précédent qu'elle établit, soit pour la formulation d'une norme coutumière ou d'un principe général du droit qu'elle contient⁸⁶. Elle a donc, indéniablement, une valeur unificatrice.

Dans la Communauté européenne, on sait que des interprétations nationales divergentes des règles uniformes surviennent. L'interprétation uniforme du droit communautaire est assurée par l'intervention de la Cour de Justice des Communautés européennes. Il résulte de ce système que les États membres ne disposent plus du plein exercice de leurs droits souverains pour procéder à une harmonisation des législations⁸⁷. Le caractère coercitif du processus vise à assurer la réalisation effective du projet de marché commun.

82. C. SAMSON, «L'harmonisation du droit de la vente internationale de marchandises entre pays de droit civil et pays de common law», *supra*, note 1, p. 123 et 124.

83. B. GOLDMAN, *supra*, note 72, p. 238; parmi ces clauses, mentionnons celle concernant la force majeure ainsi que la clause de *hardship*, destinée à protéger les parties contre les bouleversements économiques, technologiques et même politiques.

84. *Id.*, p. 238 et 239; il s'agit des contrats qui ne peuvent être classés dans une catégorie contractuelle traditionnelle, notamment les contrats «clés en main» et «produits en main».

85. *Statut de la Cour internationale de Justice*, [1945] R.T. Can. n° 7.

86. J.-M. ARBOUR, *supra*, note 41, p. 132.

87. J. PIPKORN, *supra*, note 1, p. 16.

Quoi qu'il en soit, le pouvoir des juges d'unifier les règles de droit est effectif et ce, tant sur les plans international et régional que national. Plus près de nous, la Cour suprême du Canada exerce ce pouvoir depuis fort longtemps. Comme l'a souligné le professeur Patrick Glenn, le droit comparé, comme instrument de la construction nationale du droit, ne favorise pas le pluralisme juridique, mais plutôt le contraire. Et il ajoute:

L'exemple le plus frappant de cette attitude se trouve dans l'oeuvre unificatrice de la Cour suprême du Canada au début de ce siècle. Sous la bannière d'une méthodologie comparative, la Cour suprême s'est donné une mission unificatrice en droit canadien, dont l'effet principal était d'exclure les sources de droit civil dans les domaines où l'unification dite comparative a eu lieu.⁸⁸

Toutefois, force est de constater que cette attitude du début du siècle n'a pas tellement changé. Dans la thèse de doctorat qu'il vient de publier, et qui s'intitule *Le droit maritime au Québec*, le doyen André Braën s'étonne de constater comment l'uniformisation du droit privé au Canada se fait au détriment du droit civil⁸⁹. Commentant la décision de l'honorable juge McIntyre dans l'arrêt *ITO – Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*⁹⁰, le doyen Braën affirme sans ambages ce qui suit:

La décision du juge McIntyre dans l'arrêt ITO équivaut à non pas uniformiser le droit maritime mais simplement à exclure l'application du droit civil dans un litige maritime. On peut donc s'interroger très sérieusement sur la conception de l'uniformisation du droit qui habite le tribunal.

(...)

Il faut se rendre compte que c'est le système bijuridique du Canada qui disparaît peu à peu sous le rouleau compresseur d'une conception tronquée de l'uniformité du droit.⁹¹

88. H.P. GLENN, «Droit comparé et droit québécois», *supra*, note 4, p. 211.

89. A. BRAËN, *Le droit maritime au Québec*, 1992, Éditions Wilson & Lafleur Ltée, p. 133.

90. *ITO – Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 à 801.

91. A. BRAËN, *supra*, note 89, p. 134 et 135; l'auteur formule les mêmes critiques à l'encontre de l'arrêt rendu trois ans plus tard dans l'affaire *Q.N.S. Paper c. Chartwell Shipping*, [1989] 2 R.C.S. 683 à 749; voir également G. LEFEBVRE et N. 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.* 121-135.

L'exemple de l'uniformisation du droit maritime canadien démontre bien les dangers inhérents de l'uniformisation, surtout lorsque celle-ci se réalise dans le cadre judiciaire. Il illustre la victoire d'un système juridique sur l'autre, ce qui, par surcroît, semble motivé par le phénomène de l'uniformisation du droit maritime sur le plan international⁹².

3. *Les outils d'interpénétration*

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'interpénétration reflète des moyens et des attitudes pragmatiques de résolution des problèmes. Phénomène relativement nouveau et intimement lié aux conditions économiques et technologiques modernes, elle a, jusqu'à maintenant, peu retenu l'attention de la doctrine. Le professeur Patrick Glenn en a cependant saisi toute l'importance, en décrivant le phénomène de la façon suivante:

Si l'unification formelle du droit au niveau international, ou interprovincial, s'est révélée très difficile et très limitée dans ses effets, ce qui se passe maintenant a des assises beaucoup plus larges, et cela dans tous les domaines du droit. Il s'agit non pas de l'unification du droit, mais de l'interpénétration des droits, *au niveau de la pratique du droit*. Les comparatistes scientifiques sont en train d'être dépassés par ce mouvement de base. Cette interpénétration des droits, dans des conditions économiques et technologiques modernes, c'est une nouvelle forme de la mixité des droits.⁹³ (L'italique est de nous)

Ce phénomène est d'autant plus important qu'il privilégie les juristes québécois, et plus particulièrement les juristes de l'État, comme nous le verrons plus loin. En effet, comme le souligne le professeur Glenn:

En effet, en sachant travailler souvent en deux langues (du moins au niveau de la lecture) et en deux traditions juridiques – celle de la common law pour le droit public et celle du droit civil pour le droit privé – et en étant familier dans une certaine mesure avec les sources de droit de plusieurs juridictions et de pays, *les juristes québécois sont déjà au stade où les juristes européens vont être d'ici quelques décennies*.⁹⁴ (L'italique est de nous)

92. *Id.*, p. 148.

93. H.P. GLENN, «Droit comparé et droit québécois», *supra*, note 4, p. 220.

94. *Ibid.*

L'un des outils d'interpénétration est l'enseignement du droit. Il est possible, dans les facultés de droit, de relativiser le caractère national de la règle de droit, en montrant que d'autres solutions et techniques sont utilisées ailleurs avec des résultats satisfaisants.

Les autres outils d'interpénétration sont les opinions juridiques des juristes ainsi que leurs plaidoiries et, peut-être par-dessus tout, leur créativité. C'est aux juristes qu'il appartient de convaincre les juges de s'inspirer à l'occasion de certaines sources étrangères pour rendre leur jugement ou de recommander au législateur l'adaptation de certains concepts de droit étranger qui pourraient servir utilement leur droit national. C'est également aux juristes qu'il appartient non seulement de compléter leur formation, en suivant des cours ou des stages à l'étranger ou en se documentant sur les droits étrangers, mais aussi de développer une pratique transnationale, notamment en formant des cabinets juridiques internationaux. Les juristes qui prendront de telles initiatives deviendront des comparatistes capables, à cause de leurs connaissances et de leur expérience, de protéger l'essence des droits nationaux tout en leur offrant l'ouverture nécessaire pour s'ajuster les uns aux autres.

IV. Contraintes et objections à la mondialisation des règles de droit

1. La souveraineté des États

Il s'agit à notre avis de la principale contrainte à la mondialisation des règles de droit, du moins en ce qui a trait à celle qui tente de s'opérer par voie d'unification ou d'harmonisation des lois ou règlements nationaux. Il est évident, et c'est là un trait essentiel du droit international, que les législatures nationales doivent sacrifier une partie de leur souveraineté si leur pays souhaite ratifier et mettre en oeuvre un instrument qui a été élaboré complètement par d'autres pays ou un instrument auquel ses représentants ont contribué mais qui ne reflète pas entièrement le contenu qu'il aurait souhaité.

Plus fondamentalement, la mondialisation des règles de droit se heurte d'une part au conflit idéologique Est-Ouest et d'autre part au décalage économique Nord-Sud. En effet, ce qui peut constituer dans les pays industrialisés occidentaux une louable initiative de mondialisation des règles de droit peut, ailleurs dans le monde, être considéré comme du «droit bourgeois» ou comme une forme d'impérialisme juridique.

À la politique de libre échange, défendue par les États industrialisés, s'oppose la politique plus interventionniste, directive et contraignante des pays du Tiers Monde. Ceux-ci revendiquent un nouvel ordre économique international⁹⁵, basé sur le droit de chaque peuple de disposer librement de ses ressources naturelles, notamment en imposant les barrières, contrôles et restrictions jugés nécessaires à cette fin.

2. *Les systèmes juridiques, sociaux et culturels*

En ce qui concerne les contraintes liées aux systèmes juridiques, il faut avouer qu'elles deviennent de moins en moins insurmontables, notamment à cause du phénomène de l'interpénétration des règles de droit. De plus, la pratique a démontré qu'il est possible d'effectuer une mondialisation ou une régionalisation des règles de droit qui respecte et concilie les systèmes juridiques.

Toutefois, il ne faut pas minimiser les difficultés qui demeurent, malgré la bonne volonté et les progrès accomplis. Parmi ces difficultés, les plus importantes sont les pièges du langage, la discordance des concepts et l'opposition des styles⁹⁶.

Au Québec, et dans le reste du Canada, les difficultés liées au langage sont bien connues. À tel point, qu'une nouvelle discipline, la jurilinguistique, a été créée pour tenter de déceler ces difficultés et de solutionner les multiples problèmes de fond et de forme que pose l'élaboration de textes juridiques bilingues. Dans leur livre, intitulé *Difficultés du langage du droit au Canada*, les auteurs, Jean-Claude Gémard et Vo Ho-Thuy, ont répertorié quelque 200 termes problématiques, en décrivant ceux-ci comme un simple échantillon de l'encyclopédie qui aurait été nécessaire pour réaliser un travail exhaustif⁹⁷. Cette situation, purement locale, nous aide à comprendre la complexité et l'ampleur du problème, lorsque l'exercice implique des dizaines de pays ayant chacun des langues et des systèmes juridiques différents.

95. Concernant la problématique du droit au développement, voir: M. FLORY, A. MAHIOU et J.R. HENRY, *La formation des normes en droit international du développement*, 1984, Éditions du CNRS, Paris, 393 p.; F. SNYDER et P. SLINN, *International Law of Development: Comparative Perspectives*, 1987, Professional Books, 322 p.; M.H. SINKONDO, «De la fonction juridique du droit au développement», (1991) 68 *Revue de droit international et de droit comparé* 271 à 293.

96. D. TALLON, *supra*, note 1, p. 515 à 519.

97. J.-C. GÉMARD et V. HO-THUY, *Difficultés du langage du droit au Canada*, 1990, Les Éditions Yvon Blais Inc., pages I et III.

Par ailleurs, les contraintes liées aux systèmes sociaux et culturels sont bien illustrées en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. En effet, la vision projetée de l'enfance dans cette Convention est considérée comme très occidentale, car elle ignore la dimension collective de la famille, qui est encore privilégiée dans les États d'Afrique⁹⁸.

V. La place des juristes de l'État dans le processus de la mondialisation des règles de droit

Nous avons déjà mentionné⁹⁹ que tous les juristes ont la faculté, s'il le désirent, de participer activement au processus d'interpénétration des règles de droit. Les juristes de l'État ont en outre l'avantage de pouvoir participer activement au processus d'harmonisation et d'unification de ces règles.

Ainsi, par exemple, le gouvernement fédéral a institué, en 1974, un groupe consultatif fédéral-provincial sur le droit international privé. Ce groupe, qui collabore aux travaux de trois organismes internationaux¹⁰⁰, rend possible une participation active des juristes de l'État à la négociation de plusieurs conventions de droit international privé. La participation permanente du Québec au sein de ce groupe a permis à certains juristes de jouer un rôle dans l'élaboration des normes internationales, soit en proposant des modifications aux avant-projets de conventions, soit en agissant à titre d'experts du système de droit civil du Québec au sein des délégations canadiennes. Des juristes de l'État sont également responsables de la mise en oeuvre de ces conventions au Québec. Non seulement ils élaborent les textes de lois destinés à assurer l'unification recherchée, mais ils sont chargés également de les appliquer, en traitant directement avec les partenaires étrangers¹⁰¹.

Par ailleurs, le *Recueil des ententes internationales du Québec*¹⁰² contient de multiples ententes bilatérales impliquant plusieurs des

98. P. BUIRETTE, «Réflexions sur la Convention internationale des droits de l'enfant», (1990) 23 *Revue belge de droit international* 54, 69.

99. Voir *supra*, section III, sous-section 3.

100. Il s'agit de la Conférence de La Haye de droit international privé, de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) et de l'Institut international d'unification du droit privé (UNIDROIT).

101. Nous faisons ici référence au mécanisme des autorités centrales, institué par plusieurs conventions de La Haye.

102. *Recueil des ententes internationales du Québec*, 1984, Gouvernement du Québec; *Recueil des ententes internationales du Québec* (1984-1989), 1990, Les Publications du Québec, Gouvernement du Québec.

ministères et organismes du gouvernement du Québec. Ces ententes ont nécessité l'apport des juristes de l'État pour leur élaboration et continuent de requérir cet apport pour leur application et leur interprétation. Leurs services sont également requis aux fins de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*. Dans tous ces dossiers, les juristes de l'État ont une énorme responsabilité et leurs opinions peuvent favoriser ou, au contraire, défavoriser le processus de rapprochement des règles de droit.

Enfin, à titre de conseillers juridiques du gouvernement du Québec, les juristes de l'État occupent une position privilégiée pour tenter de convaincre celui-ci de l'opportunité de présenter à l'Assemblée nationale des projets de lois visant à harmoniser le droit québécois avec certains droits étrangers. Ceci s'est produit à l'occasion de la réforme du Code civil et demeure également possible à l'égard de toutes les lois québécoises.

VI. Conclusion

On peut être préoccupé par les difficultés du processus de mondialisation des règles de droit ou, au contraire, émerveillé par les possibilités qu'elle offre. Ces sentiments sont certes susceptibles d'orienter la réponse donnée à la question posée en titre.

Il ressort de notre analyse que la mondialisation des règles de droit peut accorder plus de liberté et de sécurité aux opérateurs du commerce international, dans la mesure où elle favorise le commerce et le libre-échange. Toutefois, cette même liberté est perçue, dans les pays en voie de développement, comme une nouvelle façon d'imposer la loi du plus fort. Dans le même ordre d'idées, il faut reconnaître que lorsque des systèmes juridiques sont en confrontation et qu'un choix doit être fait entre eux, c'est automatiquement le système le plus fort et le plus riche en termes d'information juridique qui deviendra le système uniforme¹⁰³.

Par contre, si l'on considère la mondialisation des règles de droit comme un processus «donnant, donnant», il n'y a à ce moment-là ni coercition, ni liberté, mais tout simplement un équilibre des intérêts, un dosage équitable d'avantages et d'inconvénients pour chacune des parties.

103. H.P. GLENN, «Droit comparé et droit québécois», *supra*, note 4, p. 212.

Quoi qu'il en soit, il apparaît évident que la mondialisation des règles de droit ne peut réussir que si elle s'effectue par une interpénétration de ces règles ou par une harmonisation douce de celles-ci. En définitive, comme le suggère le professeur Denis Tallon, il y a lieu d'être réalistes mais ceci, à notre avis, ne doit pas nous empêcher de demeurer optimistes. Celui-ci écrivait:

Il y a beau temps que les spécialistes ont perdu leurs illusions sur l'unification du droit. Et même à s'en tenir à l'objectif plus flou (sinon plus réaliste) de l'harmonisation, ils savent bien qu'il n'existe pas de recettes miracles.¹⁰⁴

Ainsi donc, la balle est dans notre camp. Les juristes de l'État, comme j'ai tenté de le démontrer, participent déjà au processus de mondialisation des règles de droit. Il n'en tient qu'à nous de pousser encore plus loin cette participation et, compte tenu des «décennies d'avance» que nous détenons par rapport aux juristes d'autres pays, de leur démontrer qu'en ce domaine, il n'y a pas de miracles mais plusieurs recettes!

104. D. TALLON, *supra*, note 1, p. 519.