

LA REPRESENTATION VOLONTAIRE ET ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS

Jeffrey A. Talpis

Volume 20, Number 1, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108613ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/13552>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Talpis, J. A. (1989). LA REPRESENTATION VOLONTAIRE ET ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 20(1), 89–131. <https://doi.org/10.17118/11143/13552>

Article abstract

The author examines the existing Quebec conflict rules both for voluntary or consensual agency and the representation of a legal person (generally companies) by its organs, or by individuals who legally are authorized to act on its behalf.

In so far as voluntary representation, he reaffirms the generally accepted view that the relations between the principal and the agent (called "the internal relation") are governed by the law applicable to their contract, while the relations between the principal and the third party or between the agent and the third party (called "the external relation") is governed by another law. He demonstrates how the controversies as to the law applicable to the external relations, as well as the respective scope of the internal and external rules, further complicated by the presence of a power of attorney is a hindrance to international commerce. The practitioner who is called upon to prepare a contract in Quebec whereby a foreigner is represented has no choice but to make a cumulative application of all potentially applicable laws to insure the validity of the transaction.

In so far as the representation of a legal person by its organs the author shows that the determination of its representative organ is not a case of voluntary but of legal representation. Where however, a natural person being its legal organ under the competent law, or designated as such by its legal organ (such as the board of directors) acts outside the authorization conferred upon him to act, the person is in the same position as an agent and the rules of voluntary representation may apply.

The author examines the rules dealing directly with voluntary and organic representation proposed in the Draft Bill of 1988 on private international law, making certain suggestions which could improve and clarify the rules proposed.

LA REPRESENTATION VOLONTAIRE ET ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS

par Jeffrey A. TALPIS**

L'auteur examine les règles de conflits de lois au Québec selon le droit actuel, en matière de la représentation volontaire ou consensuelle et de la représentation d'une personne morale par le truchement des organes ou des individus qui ont juridiquement le droit d'agir pour son compte.

A l'égard de la représentation volontaire, il réaffirme l'opinion généralement admis que les relations entre le représenté et le représentant (appelées «les relations internes») sont régies par la loi applicable à leur contrat, mais que les relations entre le représenté et le tiers, ou entre le représentant et le tiers (appelées «les relations externes») sont régies par une autre loi. L'insécurité juridique quant à la loi applicable pour régir les relations externes ainsi quant au champ d'application respectif des règles de conflits régissant les relations internes qu'externes, compliquée par la présence d'une procurator freine le commerce international. Le praticien qui est appelé à préparer un contrat au Québec où un étranger y est représenté n'a pas de choix que de faire une application cumulative de toutes les lois potentiellement applicable afin d'assurer la validité de la transaction.

A l'égard de la représentation d'une personne morale par ses organes, l'auteur démontre que la détermination de la représentation organique n'est pas un cas de la représentation volontaire mais de la représentation légale régit par la loi applicable à la société, par exemple. Cependant, si l'organe de la société, étant une personne physique ou désignée comme telle, a agi au delà des pouvoirs qui lui ont été conférés il se trouve dans la même situation que tout autre représentant de la société, et les règles de la représentation volontaire peuvent s'appliquer.

Enfin l'auteur examine les règles affectant directement la représentation volontaire et organique proposées dans l'Avant-projet de 1988 sur le droit international privé, faisant certaines suggestions afin de les améliorer et de les clarifier.

*. Inspiré d'une conférence prononcée à Amsterdam en mars 1989 au Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin.

** Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Docteur en droit (Université de Montréal), M.A., B.A., B.C.L. (McGill).

The author examines the existing Quebec conflict rules both for voluntary or consensual agency and the representation of a legal person (generally companies) by its organs, or by individuals who legally are authorized to act on its behalf.

In so far as voluntary representation, he reaffirms the generally accepted view that the relations between the principal and the agent (called «the internal relation») are governed by the law applicable to their contract, while the relations between the principal and the third party or between the agent and the third party (called «the external relation») is governed by another law. He demonstrates how the controversies as to the law applicable to the external relations, as well as the respective scope of the internal and external rules, further complicated by the presence of a power of attorney is a hindrance to international commerce. The practitioner who is called upon to prepare a contract in Quebec whereby a foreigner is represented has no choice but to make a cumulative application of all potentially applicable laws to insure the validity of the transaction.

In so far as the representation of a legal person by its organs the author shows that the determination of its representative organ is not a case of voluntary but of legal representation. Where however, a natural person being its legal organ under the competent law, or designated as such by its legal organ (such as the board of directors) acts outside the authorization conferred upon him to act, the person is in the same position as an agent and the rules of voluntary representation may apply.

The author examines the rules dealing directly with voluntary and organic representation proposed in the Draft Bill of 1988 on private international law, making certain suggestions which could improve and clarify the rules proposed.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	93
Chapitre I	LA REPRESENTATION VOLONTAIRE
Section 1	Distinctions entre la représentation légale, la représentation judiciaire et la représentation volontaire
Section 2	Qualification des cas de représentation volontaire
Chapitre II	LOI(S) APPLICABLE(S) A LA REPRESENTATION VOLONTAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS (selon le droit en vigueur, De Lege Lata)
Section 1	La représentation internationale: critères
Section 2	Le principe de la séparation ou les rattachements différents pour les relations internes et externes
Section 3	Loi applicable à la relation interne (représenté-représentant)
Sous-section 1	Désignation expresse
Sous-section 2	Absence de désignation
Sous-section 3	Pertinence d'une procuration
Sous-section 4	Application des lois impératives du for
Sous-section 5	Champ d'application de la loi régissant la relation interne (représenté-représentant)
Section 4	Loi applicable à la relation externe (représenté-tiers; et représentant-tiers) ...
Sous-section 1	Exposé du problème
Sous-section 2	Les rapports représenté-tiers
a)	solutions du droit positif
b)	La connaissance par le tiers des restrictions de l'autorité du représentant
c)	Désignation de la loi applicable aux rapports entre le représenté et le tiers
Sous-section 3	Les rapports représentant-tiers ...
a)	Solutions du droit positif

- b) La pertinence de la connaissance par le tiers de l'absence d'autorité du représentant 109
- c) Désignation de la loi applicable 109
- d) Les règles impératives dans les rapports externes 109

	Sous-section 4 Pertinence de la procuration dans le contexte de la loi applicable à la relation externe . . .	110
Chapitre III	L O I A P P L I C A B L E A L A REPRESENTATION ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE	112
Section 1	Loi régissant le statut personnel de la personne morale	112
Section 2	Loi applicable à la détermination de l'organe représentatif de la personne morale	113
Section 3	Valeur et efficacité de la délégation de pouvoirs par l'organe de représentation et examen de l'instrument de représentation	114
Chapitre IV	DE LEGE FERENDA	114
Section 1	Règles affectant généralement la représentation volontaire et organique . . .	115
Section 2	Règles affectant directement la représentation volontaire et organique . . .	116
	Sous-section 1 La représentation organique	116
	Sous-section 2 La représentation volontaire	121
	A) Principe de séparation	121
	B) Critique des termes utilisés: mandant- mandataire	121
	C) Loi applicable aux rapports internes (représenté-représentant)	122
	D) Validité formelle des procurations et contrats de représentation volontaire	124
	E) Force probante des actes d'un notaire étranger et des procurations sous seing privé signées à l'étranger	125
	F) Loi applicable aux rapports externes	125
	CONCLUSION	128

INTRODUCTION

Un individu arrive au Québec. Il est muni d'une procuration signée à l'étranger et se propose de contracter ici avec quelqu'un qui y réside. Imaginons une autre situation: cet individu, prétendant être le représentant d'une société étrangère et dûment autorisé par elle, veut transiger avec un résident québécois et ce, pour le compte de la société.

La jurisprudence¹ et la doctrine² n'ont accordé que peu d'attention à la détermination de la loi applicable aux pouvoirs de représentation de ces prétendus représentants. Il en découle que le travail du praticien est particulièrement difficile et laborieux³ dans ce domaine. Cette situation a une autre conséquence: elle maintient toutes les parties dans un état d'insécurité juridique quant à la détermination de la loi ou des lois applicables à la représentation volontaire et organique. Plus précisément, il n'y a aucune certitude quant à la loi applicable lors de la détermination des droits du tiers si le représentant agit sans pouvoir ou dépasse ceux qui lui ont été conférés.

Par ailleurs, cette insécurité juridique oblige le praticien à multiplier les précautions et à faire une application cumulative de toutes les lois potentiellement applicables, ce qui conduit inévitablement à freiner le développement du commerce international.

En d'autres mots, faute de savoir quelle loi s'applique, le praticien doit s'assurer que l'acte en question est autorisé d'après la loi du lieu ou le représentant doit agir, d'après la loi régissant le contrat

-
1. Lord v. Boivin (1926) 2 D.L.R. 417 (S.C.C.) Industrial Fuel and Refrigeration Co. Ltd. v. Pennboro Coal Co. (1957) R.C.S. 160, Zakibe et al. v. Graf et al. (1926) 40 B.R. 47. Mathys v. Ehrenbach et al. (1908) 33 C.S. 19, Brock et al. v. Gourley (1891) 7 M.L.R. 153 (Q.B.), Chadenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co., (1891) 1 Q.B. 79 (C.A.), Rothschild & Co. v. Duffield, (1950) R.C.S. 495.
 2. Sauf pour le texte de Me Ethel GROFFIER, «L'intermédiaire du commerce international au Canada» (1985) 19 R.J.T. 127, voir aussi Jean-Gabriel CASTEL, Droit international privé québécois, Toronto, Butterworths, 1980, p. 531 et al. Marc L. PAQUET, «Grandeurs et misères de la représentation parfaite en droit commercial international» (1984) 44 R. du B. 71 et al., Ethel GROFFIER, Précis de droit international privé québécois, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1984, 140 à 141.
 3. Jeffrey A. TALPIS, «Aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec», (1976) C.P. du N. 215, 219 à 234, Walter S. JOHNSON, Conflict of Laws, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, p. 650 à 659, J. TASCHEREAU, «La représentation des sociétés commerciales et la preuve des pouvoirs de représentation en droit international privé», (1969-70) 72 R. du N. 555 à 566 et 615 à 628, aux pages 616 à 627.

principal à être conclu entre le tiers et le représenté et, compte tenu de ce que la procuration et d'autres éléments pouvaient révéler, d'après la loi régissant la relation interne (entre le représenté et représentant).

L'objectif du présent texte est donc, dans une première partie, de tout simplement exposer la situation juridique selon le droit actuel. Subséquemment, nous examinerons la représentation volontaire et organique dans l'optique du nouveau Code civil afin de savoir si ladite situation est améliorée. Et enfin, nous offrirons quelques suggestions pour l'amélioration des règles applicables en cette matière.

Chapitre I LA REPRESENTATION VOLONTAIRE

Section 1 Distinctions entre la représentation légale, la représentation judiciaire et la représentation volontaire

Les relations qui se forment lorsqu'une personne, le représentant, agit ou prétend agir pour le compte d'une autre personne, le représenté, dans une relation avec un tiers sont généralement régies par le droit de la représentation.

C'est soit par la loi, ou par une décision, judiciaire ou administrative, ou par la volonté (expresse ou présumée) d'une personne que le représentant obtient son pouvoir d'agir pour le compte d'une autre personne.

Le critère sur lequel repose la distinction entre ces modes de représentation est la source de pouvoir qui les fondent.

Dans la représentation légale, le représentant reçoit ses pouvoirs de la loi. Ladite représentation légale peut s'entendre au sens large, et au sens restreint⁴.

Au sens restreint, cela signifie que le législateur confie à une personne physique déterminée, le pouvoir d'en représenter une autre. Ce phénomène est extrêmement rare et certains ordres juridiques, notamment la common law, le réprouvent totalement. Dans notre loi, on retrouve quelques exemples de représentation légale; pensons seulement au mandat tacite existant entre époux, conformément à l'article 447 C.c.Q. (quoique certains pourraient voir dans cette règle

4. La représentation organique est au départ légal mais peut aussi soulever un cas de représentation volontaire, voir infra.

un cas de représentation volontaire, par la volonté présumée des époux).

Au sens large, la représentation légale comprendrait aussi la représentation judiciaire. En effet, il est exceptionnel même dans les pays continentaux que le représentant soit désigné d'office par la loi; le plus souvent, une représentation est établie par une autorité judiciaire ou administrative. En droit québécois, la tutelle dative en constitue le meilleur exemple.

Dans la représentation volontaire, le représentant reçoit ses pouvoirs du représenté lui-même, expressément ou tacitement. Contrairement, à la représentation légale, la représentation volontaire dépend, pour sa formation, de la volonté d'une personne d'être représentée par une autre personne dans ses rapports avec une troisième personne. En droit québécois, cet acte est couramment appelé le mandat conventionnel.

Section 2 Qualification des cas de représentation volontaire

Si on retient que le critère essentiel de la représentation volontaire est la présence d'une initiative expresse ou présumée de la part du représenté d'être représenté par une autre personne, la représentation volontaire doit comprendre toutes les sortes de mandats connus en droit québécois, ainsi que plusieurs sortes de représentations volontaires inconnues de notre droit mais que l'on se doit de reconnaître selon les règles de droit international privé. Il est en effet normal, pour les fins du droit international privé, que la catégorie contienne plus que le «mandat» du droit interne québécois.

Dans cette optique, il est justifié d'inclure dans la représentation volontaire la représentation directe ou parfaite⁵: c'est le cas classique du mandat où le représentant agit au nom du représenté (article 1715 C.c.B.-C.⁶ de notre droit), où le mandataire agit ouvertement en tant que tel et engage, de fait, la responsabilité du mandant.

Il y a aussi, dans notre droit interne, la représentation indirecte ou imparfaite où le mandataire agit en son nom propre mais pour le compte du mandant. Ce mandataire est, à l'égard du tiers, partie à l'acte mais demeure un représentant à l'égard du mandant. Le cas le plus

5. Voir M.L. PAQUET, loc. cit., supra, note 2.

6. 1715. C.c.B.-C. «Le mandataire agissant au nom du mandant et dans les limites de son mandat n'est pas responsable personnellement envers les tiers avec qui il contracte...»

répandu de la représentation indirecte est celui du commissionnaire qui achète ou vend des marchandises pour le compte du représenté en son nom propre. L'existence de ce type de représentation est reconnue à l'article 1736 C.c.B.-C.⁷.

Un cas qui se rapproche de cette représentation indirecte est celui du mandat «clandestin», dissimulé ou occulte, c'est-à-dire, inconnu du tiers avec lequel traite le mandataire. Ce mandat où le mandataire agit en son propre nom, qui est implicitement reconnu en notre droit interne par l'article 1716 C.c.B.-C. est aussi appelé le contrat de prête-nom.

Notre loi soumet enfin le courtier au droit commun du mandat, ce qui en fait étant par conséquent un autre cas de représentation volontaire (article 1736 C.c.B.-C.)⁸. Ce courtier est la personne que le représenté autorise à agir comme intermédiaire pour le mettre en contact avec un tiers afin de lui permettre de conclure directement une opération avec ce tiers. En fait, il y a plusieurs catégories de courtiers et généralement ce sont tous des cas de représentation volontaire même si leurs activités sont régies par des lois spéciales (ex.: courtiers d'assurances, en immeubles, en valeurs mobilières)⁹.

En dernier lieu, il y a le cas du faux agent ou «falsus procurator», personne désignée comme représentant mais qui a outrepassé ses pouvoirs ou a agi sans pouvoir ou qui prétend agir comme représentant sans aucune autorisation préalable. Si on peut considérer que les actes de cette personne sont fondés sur une apparence de pouvoir de représentation, il est convenable de classer les droits et obligations ainsi créés entre le tiers et le représenté, pour les

-
7. 1736. C.c.B.-C., «Un facteur ou marchand à commission, est un agent employé à acheter ou à vendre des marchandises pour un autre, soit en son propre nom ou au nom du principal, de qui il reçoit une rétribution communément appelée commission».
 8. 1716. C.c.B.-C. «Le mandataire qui agit en son propre nom est responsable envers les tiers avec qui il contracte, sans préjudice aux droits de ces derniers contre le mandant».
 9. Voir art. 1735 C.c.B.-C. «Le courtier est celui qui exerce le commerce ou la profession de négocier entre les parties les achats et ventes ou autres opérations licites. Il peut être le mandataire des deux parties et par ses actes les obliger toutes deux relativement à l'affaire pour laquelle elles l'emploient». Les principales catégories de courtiers qui sont régies par des lois spéciales sont les courtiers d'assurances, (Loi sur les courtiers d'assurances, L.R.Q., c. C-74), les courtiers en immeubles, (Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q. c. C-73), les courtiers en valeurs mobilières (Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., c. V-1.1.). Il demeurent cependant sujet aux règles communes sur le mandat. Voir Claude FABIEN, «Les règles du mandat» dans Répertoire en droit-mandat, Doctrine, Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986, p. 1, à la p. 97.

fins du droit international privé, de la même manière que les autres cas plus évidents et classiques de représentation volontaire, même si la source de l'obligation est la loi.

Enfin, le critère ci-haut décrit pour fonder la classification en droit international privé est établi sans égard au fait que la représentation soit bénévole ou rémunérée, que le représentant soit professionnel ou non et que l'acte envisagé soit civil ou commercial. De plus, le fait que certains types de représentation soient soumis à des règles d'exception mineures ou à une législation particulière ne doit pas nous empêcher de les considérer comme des cas de représentation volontaire¹⁰ si la volonté expresse ou présumée d'une personne d'être représentée par une autre apparaît dans les faits.

Cependant, même si juridiquement et économiquement la relation entre le fabricant et le distributeur exclusif présente certains aspects semblables à ceux qui peuvent exister dans les relations internes entre le représentant et le représenté, les intermédiaires tels les concessionnaires, les distributeurs exclusifs et les franchisés devraient être exclus de la catégorie «représentation volontaire». Ces intermédiaires qui achètent directement d'un producteur et revendent à des tiers ne font pas partie de la catégorie «représentation volontaire» parce qu'ils agissent pour leur propre compte et assument la totalité des risques qui découlent des contrats qu'ils concluent¹¹. Il dépasse l'objet de ce document de faire une analyse critique pour voir en détail si les activités de nombreux agents commerciaux ou employés du représenté doivent être régies par des règles de droit international privé concernant la représentation volontaire et si ces activités doivent être régies par des règles particulières de conflits (ex.: contrat de travail).

Finalement, du point de vue des règles de droit international privé, les mêmes règles s'appliqueront à tous les types de représentation volontaire.

10. Voir René QUENAUDON, Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire, (1984), R.C.D. I.P., pp. 23 et seq. notamment 416-418. F. RIGAUX, Le statut de la représentation. Etude de droit international privé comparé, Leyde, 1962, pp. 3 à 21. SCHMITTOFF, «Agency in International Trade», (1970) I Rec. Cours de La Haye, p. 106, à la p. 120.

11. Voir N. L'HEUREUX, «La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce», (1977) 18 Cahier de droit 397, p. 404 à 414. C. FABIEN, loc. cit., p. 100, Actes et documents de la treizième session, de la conférence de La Haye de droit international privé, La Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation conclue le 14 mars 1978, Rapport Karsten, p. 381.

Mentionnons aussi que, généralement, l'utilisation dans ce texte des termes «représenté et représentant» au lieu de «mandant et mandataire», (seuls termes utilisés dans notre droit), respecte notre opinion à l'effet que la catégorie doit être plus large que celle appelée «mandat» et que la désignation représentation volontaire ou conventionnelle est très satisfaisante à cet égard.

Chapitre II LOI(S) APPLICABLE(S) A LA REPRESENTATION VOLONTAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE QUEBECOIS (selon le droit en vigueur, De Lege Lata)

Section 1 La représentation internationale: critères

Le choix de la loi applicable en matière de représentation volontaire constitue un problème dans les cas suivants:

- 1) lorsque les faits essentiels surviennent dans plus d'une juridiction ou dans une juridiction autre que celle du for;
- 2) lorsqu'une question de représentation volontaire est soulevée;
- 3) lorsque les règles substantielles des juridictions touchées sont en conflit en offrant des solutions différentes au litige, ou lorsque l'application des règles impératives du for ou d'un Etat étranger s'imposent.

Par exemple, un représenté domicilié en France nomme quelqu'un domicilié en Allemagne pour le représenter dans un contrat de vente à être conclu au Québec avec un tiers qui y réside; quelle(s) loi(s) déterminera(ont) les rapports entre: le représenté et le représentant? le représenté et le tiers? le représentant et le tiers?

Section 2 Le principe de la séparation ou les rattachements différents pour les relations internes et externes

Le rapport typique tripartite de la représentation volontaire implique une relation interne, celle qui existe entre le représenté et le représentant, et une relation externe, celle qui existe entre le représenté et le tiers et celle entre le représentant et le tiers.

En l'absence d'éléments étrangers, i.e. d'un problème de droit international privé, une seule loi s'applique, celle du for, que la représentation soit envisagée comme un simple effet du contrat entre le représenté et le représentant ou complètement dissocié de celui-ci.

Si on ajoute des éléments pertinents d'extranéité, il pourrait se poser un problème de détermination de la loi applicable que le Droit International Privé s'efforce de résoudre.

Deux grandes idées ont guidé les différents Etats dans leur choix des règles de droit international privé régissant la représentation volontaire. Il nous semble opportun à ce moment-ci d'en donner un bref aperçu.

Il y a d'abord la théorie de la séparation appelée aussi théorie de Laband¹². Elle se résume brièvement comme suit: le pouvoir de représentation doit être distingué du contrat sous-jacent. Donc lorsqu'il y a mandat ce dernier vise uniquement les relations contractuelles entre le représenté et le représentant (côté interne de la relation), et se limite aux devoirs et prérogatives du représentant. Ce mandat n'a rien à voir avec le pouvoir de représentation du représentant (côté externe de la relation).

Dans les pays reconnaissant la théorie séparatiste, on considère que le contrat de représentation confère non seulement une autorisation interne (ou des pouvoirs internes de représentation qui définissent les actes que l'intermédiaire peut faire en vertu de l'autorisation), mais aussi des pouvoirs externes de représentation qui peuvent dans certains cas être plus étendus que l'autorisation interne donnée au représentant, et qui lui donnent le pouvoir d'engager le représenté, même s'il ne s'est pas conformé aux instructions de celui-ci.

Plusieurs pays ont adopté cette théorie, comme la Suisse, l'Allemagne, la Turquie, la Grèce, la Suède, le Danemark, la Norvège, la Finlande, le Japon, la Thaïlande, l'U.R.S.S., la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Hongrie et l'Italie. Il n'en est pas surprenant, dès lors, de constater que ces pays adoptent des rattachements séparés aux rapports internes et externes soumettant chacun d'entre eux à des règles de conflits différentes.

D'autre part, il y a théorie de l'Agency ou de l'identité.

12. Laband «Die Stellvertretung beiden Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch» (1866) discutée dans l'article de Peter HAY et W. MULLER-FREIENFELS, «Agency in the conflict of law and the 1978 Hague convention», (1979) 27 A.J.C.L. 4 aux pp. 4 à 6 et dans W. MULLER-FREIENFELS, «Legal Relations in the Law of Agency» (1964) 13 A.J.C.L. p. 197 à 200., SCHMITTHOFF, loc. cit., supra, note 10, M. L. PAQUET, loc. cit., supra, note 2.

D'après cette théorie, contrairement à la théorie de la séparation, le pouvoir de représentation n'est pas considéré comme un élément autonome mais plutôt comme une conséquence du rapport juridique entre le représentant et le représenté (effet du mandat).

Plusieurs Etats, dont les pays anglo-saxons reconnaissent parfaitement cette théorie.

D'autres ont une vision juridique parallèle à ce principe. Ces juridictions sont la France et les systèmes qui ont pris le Code civil français pour modèle. Il s'agit de l'Espagne, du Portugal, du Brésil, du Québec, du Chili, de la Louisiane, de la Belgique, de l'Argentine et des Pays-Bas. Ceux-ci considèrent les pouvoirs du représentant comme l'effet externe d'un mandat, un sous-produit des relations entre le représenté et le représentant.

Par conséquent, pour l'ensemble de ces pays, l'application du principe de la séparation au plan international apparaît plus difficile à justifier. Par contre, tous ces systèmes juridiques dans leur droit interne, admettent que dans certains cas, le tiers doit être protégé contre le risque de découvrir que l'acte du représentant ne liait pas le représenté en raison des limites internes que le représenté avait imposées aux pouvoirs du représentant d'agir à son compte. En pareil cas, les pouvoirs du représentant de lier le représenté sont plus étendus que son autorisation interne. Alors, ces systèmes prévoient des règles pour la protection des tiers et la sécurité des transactions. Par contre, les moyens d'arriver au résultat recherché varient d'un système à un autre.

Dans le Code civil français et la plupart des systèmes qui ont pris celui-ci pour modèle, le résultat recherché a, le plus souvent, été obtenu grâce à la théorie de l'apparence selon laquelle le représenté est lié envers un tiers qui a de bonnes raisons de croire que l'acte du représentant avait été autorisé par le représenté.

Dans le même sens, le droit québécois prévoit que le mandat puisse être lié, à certaines conditions, envers un tiers par le pouvoir apparent d'un mandataire qui a agi sans qualité de représentant comme s'il en avait vraiment eu le pouvoir. Ce principe consacré à l'article 1730 C.c.B.-C. est aussi confirmé aux articles 1728, 1869, 1743 et 1748 du même Code.

C'est donc cette protection des tiers et de la sécurité des transactions, notamment par le mandat apparent, qui justifie le

principe de la séparation des rattachements sur le plan international en droit québécois.

Section 3 Loi applicable à la relation interne (représenté-représentant)

Sous-section 1 Désignation expresse

Le contrat liant le représenté et le représentant suit la règle de l'autonomie de la volonté établie à l'article 8 C.c.B.-C. Le droit québécois donne la priorité à l'autonomie de la volonté des parties pour décider quelle loi sera applicable à leur contrat.

Les parties en cause peuvent donc choisir la loi applicable à leur contrat dans la mesure où il existe un élément d'extranéité. Les tribunaux ont toujours accepté d'appliquer la loi des parties même s'il n'y a aucun lien avec le pays choisi. Cependant, les praticiens québécois prennent en considération les théories des Etats voisins lorsqu'ils conseillent leurs clients et par prudence voient à ce qu'il y ait un certain lien entre les faits et la loi du pays choisi.

Sous-section 2 Absence de désignation

En l'absence d'une désignation expresse par les parties, nos tribunaux recherchent la volonté présumée des parties, tirée du contrat ainsi que des circonstances qui l'entourent, avec une présomption que la loi voulue est la loi du lieu où le contrat a été conclu (article 8 C.c.B.-C.).

La difficulté de déterminer la loi applicable au contrat de mandat, en l'absence d'un choix exprès, est très réelle. Parfois, les contrats sont conclus par correspondance, selon différents moyens de communication, et parfois, la présence d'une procuration unilatérale signée dans un pays pour être utilisée ailleurs créent une grande incertitude quant à la volonté présumée des parties. La jurisprudence est à toute fin pratique inexistante en la matière, et dans les quelques arrêts où la question s'est posée, la loi québécoise a été appliquée en vertu de la présomption d'identité¹³.

13. Ethel GROFFIER, loc. cit., supra, note 2, p. 130 et supra, note 1: arrêts cités.

Sous-section 3 Pertinence d'une procuration

Très souvent, dans le commerce international en général, et même pour une seule transaction internationale à accomplir, les parties ont recours à la procuration et non à la convention de représentation. Généralement, elle se limite à la nomination du représentant et à la détermination de ses pouvoirs de représentation. C'est l'acceptation expresse ou implicite de cette offre de représentation (la procuration) qui forme le contrat de représentation et qui, en théorie, aide à déterminer la loi applicable.

La procuration ne doit en aucun cas être confondue avec le contrat de représentation (mandat). La procuration est soit «l'instrumentum» qui fait preuve de l'existence d'un contrat de mandat, soit l'écrit qui fait preuve d'une offre de mandat.

Dans ce dernier cas, là où il n'y a jamais eu de contrat entre les parties, la procuration n'est qu'une offre de mandat. Dans ce cas, avant l'acceptation par le représentant, il existe quand même un acte unilatéral s'apparentant à un avant-contrat, ayant une existence juridique incontestable. De cet acte découle des droits et obligations de la part du futur représenté. Bien entendu cet acte n'engendre d'effets juridiques liés à la représentation que pour autant que le représentant accepte d'avoir à intervenir.

Par exemple, A est domicilié à Paris. Il est propriétaire d'un immeuble situé au Québec. Il désire vendre cette propriété. Il prépare alors une procuration et la signe. Il convoque B, domicilié au Québec et lui propose d'être son représentant. B n'accepte pas immédiatement car il désire prendre le temps de penser aux conséquences d'un consentement de sa part; si consentement de sa part il y a, celui-ci sera expédié par télex.

Dans l'intérim, la loi du domicile de A régirait sa capacité de faire cet acte unilatéral et les articles 7 et 1220(5) C.c.B.-C. régiraient la forme de celui-ci. En ce qui concerne la possibilité pour A de révoquer le désir exprimé dans l'acte avant l'acceptation de B, il me semble qu'elle relève de la loi régissant le fond de cet acte juridique (8 C.c.B.-C.).

Dès que le représentant accepte expressément ou tacitement l'offre du mandant il y a un contrat formé. Nous croyons qu'à partir de ce moment, la procuration devient un document pertinent qui aide à la détermination de la loi applicable à la relation interne.

Afin d'éviter tout doute quant à loi applicable pour régir les effets de la procuration (avant acceptation) et les rapports internes après acceptation, le représenté peut désigner dans sa procuration la loi applicable à chacun de ces actes et ce, ceux-ci, conformément à l'article 8 C.c.B.-C.

Sous-section 4 Application des lois impératives du for

Ladite loi désignée ou présumée adoptée s'appliquera à la relation interne sous réserve et sous les conditions et restrictions établies dans certaines lois québécoises nécessairement applicables. Ainsi, les activités professionnelles d'un certain nombre d'intermédiaires tels les notaires, les avocats, les courtiers, d'assurances, d'immeubles, de valeurs mobilières, etc... sont réglementées par des lois exigeant qu'ils soient titulaires d'un permis et se conforment à certaines règles strictes¹⁴. Ce sont évidemment des mesures de protection du public. Des problèmes complexes du champ d'application des dites lois pourraient se présenter. Pensons par exemple à l'applicabilité de la loi sur le courtage immobilier, à l'égard d'un courtier résidant au Québec lors d'une sollicitation d'acquéreurs américains relativement à des investissements à l'étranger.

Sous-section 5 Champ d'application de la loi régissant la relation interne (représenté-représentant)

La loi régissant la relation interne (représenté-représentant) régira, sous réserve des lois d'application nécessaires du for, les obligations des parties, les conditions d'exécution et les sanctions en cas d'inexécution de la représentation volontaire notamment: l'existence, l'étendue, la modification et la cessation des pouvoirs du représentant ainsi que les conséquences de leur dépassement ou de leur emploi abusif; la faculté pour le représentant de déléguer ses pouvoirs en tout ou en partie; la validité et les effets d'une clause de non concurrence; la licéité de l'objet du contrat; l'obligation pour le

14. Supra, note 9. Voir aussi des arrêts rendus dans les provinces de common law, cités par GROFFIER, loc. cit., supra, note 2, p. 133 à 134; notes 31 à 38. Voir aussi, par analogie, R. c. Thomas Equipment Ltd., (1979) 2 R.C.S. 529, Patrick GLENN, «Conflict of laws - Eviction of Proper Law of Contract by Legislation creating Provincial Offence - Extra-territorial Effect of Provincial Legislation - Where is an omission?», (1981) 59 R.B.C. 840 et J. TALPIS, «Legal rules which determine their own sphere of application: an proposal for their recognition in Quebec Private International Law», (1982-83) 17 R.J.T. 201.

représentant d'agir avec habileté, diligence, prudence et fidélité; l'admissibilité de la double représentation; la validité et les effets des clauses d'exclusivité et d'irrévocabilité; l'obligation du représenté d'indemniser, rémunérer et rembourser le représentant; la validité et les effets de la convention «del Credere» et le droit à «l'indemnité de clientèle».

Par contre, les règles relatives à la validité formelle du contrat de mandat ou de la procuration échappent à la loi régissant la relation interne.

Section 4 Loi applicable à la relation externe (représenté-tiers; et représentant-tiers)

Sous-section 1 Exposé du problème

Comme le dit le professeur Fabien, auteur d'un important ouvrage sur le mandat en droit québécois, «l'apparition du tiers dans le réseau des obligations constitue l'événement dominant de la vie du mandat»¹⁵. Cette intervention du représentant auprès des tiers est l'essence même de sa mission; si le représentant accomplit l'acte conformément à ses pouvoirs de représentation, il n'encourt aucune responsabilité envers le tiers dont le seul lien juridique sera avec le représenté. Le problème se présente quand le représentant agit sans pouvoir ou qu'il dépasse ses pouvoirs. La plupart des systèmes juridiques prévoient que dans certaines circonstances, et sous certaines conditions, le représenté sera lié avec le tiers malgré le fait que le représentant a outrepassé ses pouvoirs ou n'avait pas le pouvoir d'agir.

La présence d'éléments étrangers dans cet aspect du problème pose en premier lieu la question de la détermination de la loi qui doit régir les rapports entre le représenté et le tiers. Plusieurs situations peuvent se produire: le représentant a agi dans les limites de ses pouvoirs, ou sans pouvoir, ou a dépassé ses pouvoirs, le tout avec ou sans la connaissance du tiers de l'absence d'autorité d'agir du représentant. Plus particulièrement, quelle loi déterminera si le représenté est lié au tiers? La loi du lieu où le représentant a agi? La loi de la résidence ou domicile du représentant ou celle du représenté ou du tiers? La loi régissant la relation interne ou celle régissant le contrat principal?

15. Voir, C. FABIEN, *op. cit.*, supra, note 9, p. 203.

La situation ainsi présentée pose aussi, en deuxième lieu, le problème de la détermination de la loi applicable aux rapports entre le tiers et le représentant.

Ces deux problèmes, appelés les rapports externes, sont au coeur de la question de la représentation volontaire.

Sous-section 2 Les rapports représenté-tiers

a) solutions du droit positif

Il n'y a aucun arrêt que l'on pourrait citer comme autorité en cette matière¹⁶ et il n'y a pas non plus d'accord parmi les auteurs.

Pour M. Johnson qui envisageait le cas d'un intermédiaire nommé par un représenté à l'étranger pour agir au Québec, la loi québécoise détermine les conséquences de tout excès de pouvoir vis-à-vis du tiers, à moins que ce dernier n'ait eu connaissance des limites imposées aux pouvoirs du représentant¹⁷.

Selon le professeur Jean-G. Castel, on devrait se référer à la loi du lieu où le mandataire a agi en cas d'excès de pouvoir lorsqu'il n'existe aucun pouvoir en vertu du mandat, ceci afin de protéger les tiers¹⁸.

Maître Jacques Taschereau¹⁹ et le professeur Ethel Groffier²⁰ suggèrent que les auteurs supportent le rattachement à la loi du lieu où le mandataire a agi pour régir cette relation externe. D'après Me J. Taschereau:

«Les auteurs confirment que le mandataire étant censé agir sur le territoire du Québec, c'est la loi du Québec qui doit être présumée s'appliquer et les tiers peuvent prendre cette présomption pour acquise»²¹.

16. Voir GROFFIER, loc. cit., supra, note 2, p. 130 et 136.

17. Op. cit., supra, note 2, p. 650.

18. Op. cit., supra, note 2, p. 531.

19. Op. cit., supra, note 2, p. 626.

20. GROFFIER, Loc. cit., supra, note 2, p. 136 à 137.

21. Loc. cit., note 2, p. 626.

Pour Madame Groffier:

«Le besoin de protection du tiers amène la plupart des auteurs à appliquer aux effets du pouvoir de représentation la loi du pays où le représentant a agi»²².

Le soussigné, dans un article intitulé «Aspects juridiques de l'activité des sociétés et corporations étrangères au Québec», prétendait que les pouvoirs de représentation vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire, la relation externe, devait être régie par la loi régissant le contrat principal à être conclu par le tiers et le mandant²³. Cette dernière théorie, acceptée par une partie de la doctrine française, et admise en Angleterre, se justifie par le but du mandat qui est de former le contrat, liant le représenté et le tiers. Cette solution, qui présente l'avantage d'éviter les difficultés de qualification, favorise le tiers qui participe à la détermination de la loi applicable.

Evidemment, le grand danger avec ce dernier rattachement est que le représentant pourrait, de connivence avec le tiers, désigner la loi applicable au contrat au détriment des intérêts et expectatives du représenté.

En conséquence de ce qui précède, il n'est pas possible de déterminer avec certitude le rattachement en droit positif québécois. Le prétendu rattachement au lieu où le mandataire a agi, même s'il est logique et fonctionnel dans la plupart des cas, est néanmoins inflexible et peut être fortuit quand il n'y a pas d'autres facteurs de rattachement dans le même Etat.

Quant au champ d'application de la loi régissant les rapports externes il s'ensuit que cette catégorie comprendrait notamment les effets à l'égard des tiers des actes accomplis par le représentant sans pouvoirs, ou en excès de ses pouvoirs accordés par son contrat (rapport interne).

Toutefois, il faudrait aussi rattacher à cette catégorie (rapport externe) les cas de cessation de pouvoirs, par exemple en raison du décès du représenté ou de son incapacité de contracter. Par conséquent, un contrat de mandat couvrant même l'éventualité de l'incapacité du mandat valide selon la loi de son domicile lors de la conclusion du

22. Loc. cit., note 2, p. 136.

23. Loc. cit., note 2, p. 231 à 233.

contrat ou par la loi régissant les rapports internes, peut être sans effet à l'égard d'un tiers, si la loi régissant les rapports externes considère qu'il y a cessation de l'autorité du mandataire, au cas de l'incapacité du mandant. Bien que cette solution pose certains problèmes pour le mandant qui voudrait faire régir l'administration de ses biens et de sa personne au cas de son incapacité²⁴, ses intérêts restent quand même protégés; il subsistera toujours la représentation légale.

- b) La connaissance par le tiers des restrictions de l'autorité du représentant

En droit québécois, seul Johnson fait allusion à ce problème où il fait exception de l'application de la loi du lieu où le mandataire a agi, et semble suggérer le rattachement à la loi régissant la relation interne.

«As in our hypothesis, the agent is to carry out his mandate here, the proper conflict principle to apply is that our law, most closely concerned in the execution of the mandate, must have been contemplated as alone operative. Questions will arise particularly out of doubts as to the extent of the implied authority of the agent to act. Under the law of a foreign country where the agent (who is to act here) was appointed, his authority may be more strictly limited than, for example, our article 1704 provides. But, if acting here, he does certain things implied by our law as within his authority, or incidental to that authority and necessary for the execution of this mandate, our law would govern except possibly where the third party dealing with him here had unequivocal

24. Laquelle est permisible suivant «La loi sur le caractère public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives» (Projet de loi 145) (articles 1701.1, 1731.1, 1755 C.c.B.-C.).

knowledge of the actual limitation of his authority under his appointment»²⁵.

Cependant, il serait loisible de retenir dans tous les cas l'application de la loi régissant les rapports externes. Cette solution impliquerait que la connaissance du tiers des limites des pouvoirs du mandataire serait considérée comme un des éléments qui entrerait dans la situation de fait régie par la loi applicable à la relation externe.

En conséquence, il n'y a pas de réponse claire dans notre droit malgré l'importance de la question.

- c) Désignation de la loi applicable aux rapports entre le représenté et le tiers

La possibilité de désigner la loi régissant le régime externe entre représenté et tiers, n'a jamais été discutée par les auteurs. De lege lata, nous ne voyons pas d'empêchement pour les parties d'avoir recours à cette option, malgré le fait que la représentation volontaire implique trois parties. Dans cette optique, le représenté pourrait lui-même désigner la loi dans une procuration et rendre la représentation conditionnelle à l'accord de toutes les parties sur ce point. Le choix pourrait aussi être fait par le représentant avec le tiers à moins que le représenté ne lui ait retiré ce droit.

Sous-section 3 Les rapports représentant-tiers

- a) Solutions du droit positif

La question de la loi applicable pour déterminer la responsabilité du représentant à l'égard du tiers, dans le cas où le représentant a outrepassé ses pouvoirs ou a agi sans pouvoir, n'a jamais été discutée par les auteurs, sauf par Mme Groffier²⁶ qui traite d'un exemple particulier de cette relation externe.

A notre avis, la même loi devrait s'appliquer aux deux aspects de la relation externe. En effet, dans plusieurs systèmes, les règles de fond applicables aux deux relations externes se complètent pour former un système unifié qui régit les deux relations. La séparation de ces deux aspects par des rattachements différents pourrait avoir comme conséquence que le tiers n'aurait de recours ni contre le représenté, ni contre le représentant. Il est donc plus logique de soumettre les deux

25. W.S. JOHNSON, *op. cit.*, supra, note 3, p. 650. Texte en italiques par nous.

26. Loc. cit., supra, note 2, p. 137.

relations à la même loi. De même, quand le litige porte sur la question de savoir si en vertu d'une loi déterminée le représentant est lié conjointement et/ou solidairement avec le représenté, il serait tout à fait mal venu que cette question soit soumise à une loi différente de celle qui décide si le représentant a lié le représenté envers le tiers.

- b) La pertinence de la connaissance par le tiers de l'absence d'autorité du représentant

La connaissance par le tiers de l'absence d'autorité du représentant serait, soit un élément à considérer dans l'application de ladite loi régissant les rapports externes, soit un facteur qui impliquerait un rattachement des droits du tiers à la loi régissant les rapports internes entre le représentant et le représenté.

- c) Désignation de la loi applicable

De plus, il semble qu'il n'y ait pas de difficulté, au moins sur le plan théorique, à soumettre la relation tiers représentant à la loi désignée par ces personnes quoique, en pratique, cette solution impliquerait que le représentant intervienne personnellement au contrat entre le représenté et le tiers, ou dans un contrat à part avec le tiers pour ainsi désigner expressément la loi applicable à la relation.

- d) Les règles impératives dans les rapports externes

Enfin, l'application de l'article 1738 C.c.B.-C. qui tient le «facteur» personnellement responsable envers le tiers avec qui il contracte quand son mandant a son domicile principal dans un autre pays, constitue un bel exemple d'une règle matérielle de droit international privé québécois²⁷. L'article ne précise pas son champ d'application, mais il est probable qu'il soit une règle matérielle qui dépend d'un rattachement à la loi du Québec par la méthode classique, plutôt qu'une règle qui soit tout à fait indépendante de la désignation de notre loi. En d'autres mots, il nous semble que l'article 1738 C.c.B.-C. devrait s'appliquer si la relation externe est régie par la loi du Québec suivant les règles ci-haut décrites. Comme Madame Groffier qui a adopté le rattachement à la loi du lieu où le mandataire a agi, le dit:

27. 1738 C.c.B.-C. «Le facteur qui a son principal dans un autre pays est responsable personnellement envers le tiers avec qui il contracte, que le nom du principal soit connu ou ne le soit pas. Le principal n'est pas responsable envers le tiers sur semblables contrats, à moins qu'il ne soit établi que le crédit a été donné également au principal comme facteur, ou au principal seul». Sur la notion générale des règles matérielles de droit international privé, voir J. TALPIS, «Les règles matérielles de droit international privé québécois», (1973) 8 R.J.T. 223.

«Il serait curieux d'appliquer la règle (1738 C.c.B.-C.) au cas où un tiers poursuivrait au Québec un facteur ayant agi à l'étranger, par exemple en France, dont le principal serait dans un autre pays, par exemple en Angleterre»²⁸.

Sous-section 4 Pertinence de la procuration dans le contexte de la loi applicable à la relation externe

Comme nous l'avons indiqué, la procuration a un statut «autonome» avant d'être acceptée par le futur représentant. Dans ce seul cas, portant encore le titre d'avant-contrat, une loi «particulière» viendra régir ses effets.

Cependant, dès que le représentant a accepté expressément ou tacitement la charge proposée par le représenté, la procuration en tant qu'acte, perd de son «impact» puisqu'elle n'est que l'écrit qui constate l'existence du mandat. Les droits et obligations de toutes les parties seront dès lors régis soit par la loi applicable à la relation interne ou externe. Il n'y aura dans ce cas aucune autre loi pour venir régir les effets de la procuration.

Dans ce contexte, les pouvoirs de représentation énoncés dans la procuration seront examinés et interprétés par rapport à la loi applicable à la relation externe, et non par rapport à une tierce loi séparée et existant pour régir les effets de la procuration (que cette loi soit retracée dans la procuration ou non). On retrouve au plus deux lois: celle régissant les rapports internes et celle régissant les rapports externes. Les termes utilisés et les pouvoirs énoncés dans une procuration existante pourraient aider à la détermination de l'un ou l'autre rattachement, sans pour autant en créer un troisième.

Abstraction faite des remarques précédentes, il est évident que la procuration en tant qu'instrument constatant le contrat entre le représenté et le représentant ou en tant qu'offre de contrat entre ces deux mêmes parties, doit être valide quant à la forme.

28. Loc. cit. supra, note 2, p. 138. Insertion de l'article est de nous.

Si la procuration a été faite à l'étranger, conformément à la loi du lieu où elle a été signée et si le praticien est satisfait d'avoir devant lui une preuve suffisante de sa validité suivant ladite loi, il pourra l'accepter conformément à l'article 7 C.c.B.-C. Alternativement, afin d'éviter les problèmes de la preuve d'une loi étrangère, une procuration faite dans la forme québécoise en vertu de la règle facultative de l'article 7 C.c.B.-C. ou celle faite conformément à l'article 1220 alinéa 5 C.c.B.-C. sera acceptable si le représentant doit agir au Québec, ou si le contrat principal est régi par notre loi²⁹.

Evidemment, les difficultés de la traduction d'une procuration dans une langue autre que le français ou l'anglais compliquent le travail du praticien et implique sa responsabilité professionnelle quant à l'interprétation des termes.

Le praticien, ayant déterminé la validité de la procuration quant à sa forme doit, d'après la loi régissant les rapports externes, s'interroger sur l'étendue et la durée des pouvoirs du représentant afin de déterminer si lesdits pouvoirs autorisent l'acte que le tiers se propose d'accomplir avec le représentant.

Comme il n'y a pas d'unanimité sur la loi applicable aux rapports externes en droit international privé québécois, le praticien doit s'assurer que l'acte est autorisé d'après la loi du lieu où le représentant doit agir, d'après la loi régissant le contrat principal, et même, compte tenu de ce que la procuration et d'autres éléments pourraient révéler, d'après la loi régissant la relation interne. Dans l'état actuel du droit québécois, sauf si tous ces rattachements mènent à la même loi, ou que les règles matérielles de chaque pays concerné soient uniformes, ou bien qu'une désignation expresse de la loi applicable soit incorporée dans la procuration (laquelle est acceptée par le tiers), toutes les parties en cause vivent dans l'incertitude quant à leurs droits.

Chapitre III LOI APPLICABLE A LA REPRESENTATION ORGANIQUE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

La représentation organique en droit international privé est à la fois une question de représentation légale et une question de représentation volontaire. Elle est, en conséquence, régie par diverses

29. Loc. cit., note 2, p. 232-233.

lois dépendamment de l'aspect du problème envisagé. Au départ, il faudra, établir la loi régissant le statut personnel de la personne morale en droit international privé québécois.

Section 1 Loi régissant le statut personnel de la personne morale

Dans notre droit, la loi qui détermine si une association, un groupement de personnes, une institution ou un organisme quelconque a une existence juridique (c'est-à-dire une personnalité propre et distincte de celle de ses membres), ne peut être que la loi de son statut personnel. En d'autres mots, on doit déterminer l'existence d'une personne morale par analogie avec l'état et la capacité d'une personne physique en se servant de la loi de son domicile conformément à l'article 6, alinéa 4, du Code civil du Bas-Canada et aux articles 57 et 58 Code de procédure civile. Il en résulte, entre autres choses, que les exigences pour avoir la personnalité juridique, ne sont pas nécessairement celles établies en droit québécois. Mais où se trouvera le domicile de la personne morale? Serait-ce au lieu où les formalités de la constitution ou d'incorporation ont été accomplies, comme on l'accepte en droit anglais et en droit anglo-américain, ou serait-ce plutôt au lieu de son siège social, tel qu'accepté par la loi française et celle d'autres pays européens? Nos tribunaux n'ont jamais eu besoin de statuer sur ce point parce que généralement le siège social ne peut être ailleurs qu'au lieu d'incorporation.

Notre droit, suivant ainsi toute la tradition anglo-saxonne, a opté pour localiser le domicile d'une personne morale, le lieu où les formalités de la constitution de la personne morale ont été accomplies. En conséquence, pour la corporation (société par actions), c'est la loi du lieu de sa création, c'est-à-dire le lieu de son incorporation; pour toutes les autres sociétés régies par le Code civil... et, pour les autres groupements, la loi du domicile correspond généralement au siège social où l'institution a été créée. Comme le dit clairement Walter Johnson:

«The proper principle, at once logical and convenient, is that the domicile of (a foreign) company, from the point of view of the forum, is in the country in which it was incorporated and clings to it always. Its status and capacity can

thus be ascertained by reference to its proper law»³⁰.

Section 2 Loi applicable à la détermination de l'organe représentatif de la personne morale

- 1) Les personnes morales doivent nécessairement agir par l'entremise de leurs organes. La loi régissant le statut personnel de la personne morale déterminera quels sont les organes de la personne morale. En conséquence, la détermination de l'organe représentatif de la personne morale est une question de représentation légale définie par la loi applicable à la création de la personne morale, à savoir la loi applicable à son statut personnel.
- 2) Dans la mesure où la loi régissant le statut personnel de la personne morale considère que l'organe représentatif de la personne morale est le conseil d'administration ou l'assemblée de ses membres, comme la Loi sur les compagnies de la province de Québec et non pas une personne physique, alors la représentation faite par l'entremise d'une ou de plusieurs personnes physiques, sera considérée comme étant un cas de représentation volontaire³¹. Donc, les rapports internes seront régis par le statut personnel de la personne morale tandis que les rapports externes seront régis par la loi établie suite au processus suivi au chapitre II, section 4 de ce document.
- 3) Dans la mesure où la loi régissant le statut personnel de la personne morale prévoit que l'organe représentatif de la personne morale est une ou plusieurs personnes physiques³², à savoir les officiers, dirigeants ayant des

30. W.S. JOHNSON, *op. cit.*, supra, note 3.

31. L.R.Q., c. C-38, notamment article 123.83 qui prévoit: «Les administrateurs, officiers et autres représentants de la compagnie sont considérés comme des mandataires de la compagnie».

32. A titre d'exemples de représentation organique où des individus ont le pouvoir de représentation par la loi, citons la loi néerlandaise où le pouvoir de représenter une entité morale est dévolu par la loi au Conseil d'administration dans son entier et à chacun des membres du Conseil d'administration individuellement, ainsi que la loi suisse où le pouvoir de représentation d'une «Aktiengesellschaft» dans des transactions avec des tiers est dévolu aux membres du Conseil

pouvoirs de représentation par la loi même, la représentation n'est pas volontaire, mais légale. En conséquence, si le représentant dépasse son autorité suivant cette loi, il ne devient pas pour autant agent et les conséquences de ses actes sont en principe régies par la loi régissant le statut personnel de la personne morale.

Cependant, en faisant abstraction du fait que l'organe représentatif est une personne physique qui agit au-delà des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi, celui-ci pourrait, tout comme le représentant dans un cas de représentation volontaire, être considéré comme mandataire (représentant) de la personne morale et lier le représenté lorsque la loi régissant la relation externe protège le tiers par voie de mandat apparent, d'estoppel ou autrement.

Section 3 Valeur et efficacité de la délégation de pouvoirs par l'organe de représentation et examen de l'instrument de représentation

Conformément à une loi étrangère, lorsque l'organe décisionnel compétent (le Conseil d'administration ou un individu) nomme un agent ou un mandataire pour représenter la personne morale, cette nomination prend normalement la forme d'un règlement, d'une résolution, d'une procuration ou d'une délégation dont la validité formelle sera régie par l'article 7 C.c.B.-C. et le *locus regit actum*.

Les difficultés quant à la preuve de la teneur du droit étranger du lieu où l'acte est signée, ont amené des praticiens à préférer plutôt les procurations faites conformément à l'alinéa 5 de l'article 1220 C.c.B.-C. et qui établissant une validité *prima facie*.

Chapitre IV DE LEGE FERENDA

Dans la première partie du présent article, nous avons simplement décrit les règles actuelles du droit positif québécois sans appréciation critique. Dans cette deuxième partie, nous examinerons les règles qui affectent la représentation volontaire et organique dans l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Bas-Canada, déposé en juin 1988, et sous examen par l'Assemblée nationale du

d'administration (Verwaltungsrat).

Québec³³. Evidemment, toutes les règles proposées auraient un effet sur le sujet directement ou indirectement, mais il n'est pas question de faire une analyse exhaustive dans ce texte.

Section 1 Règles affectant généralement la représentation volontaire et organique

De façon générale, on retrouve dans l'avant-projet l'énoncé de la méthode conflictuelle classique ainsi que l'obligation d'appliquer les lois d'application nécessaires, y compris la méthode des règles matérielles à but international.

L'Avant-projet ne se contente pas de reconnaître l'existence des lois d'application nécessaires du juge saisi, mais il permet aussi de prendre en considération des lois étrangères du même type, même si elles appartiennent à un système juridique non désigné par les règles de conflit du for, si cette loi présente un lien étroit avec la situation. Cette règle qui se trouve aussi dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mai 1978 permet l'application, par exemple, des dispositions impératives de l'Etat où, soit le représenté ou le représentant à son établissement ou du lieu où l'exécution de l'acte principal aura lieu.

Comme dans la Convention de La Haye, le tribunal québécois n'est pas tenu d'appliquer ces dispositions de l'Avant-projet. Aussi l'article 3442 est-il facultatif. On peut espérer que la rédaction de l'article sera améliorée surtout pour éliminer du second paragraphe l'expression «au regard de la conception québécoise du droit».

3442. «Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception québécoise du droit l'exigent, une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit peut être prise en considération.

33. Laquelle a été faite par le soussigné et le Professeur G. GOLDSTEIN, «Analyse critique de l'Avant-projet du Québec en droit international privé», (1989) 91 R. du N. pp. 293, 456, 607; en ce qui concerne la représentation volontaire et organique, voir les pages 341 à 343 et 475 à 494.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application au regard de la conception québécoise du droit.»

Section 2 Règles affectant directement la représentation volontaire et organique

Sous-section 1 La représentation organique

En ce qui a trait à la représentation organique, le rattachement au lieu de la création de la personne morale est prévue par l'article 3450 A.P.

«La personne morale qui n'est pas constituée suivant les lois du Québec est régie, quant à son état et à sa capacité, par la loi du lieu de sa création, sous réserve, quant à son activité, des lois du Québec.

Les sociétés, compagnies, corporations, groupements et patrimoines organisés sont présumés être des personnes morales pour l'application du présent Livre».

Avant de traiter de la règle particulière touchant la représentation prévue à l'articles 3451 A.P., il faudrait aborder brièvement le champ d'application de l'article 347³⁴ C.c.Q. dans le contexte de l'article 3450 A.P. ainsi que l'article 3449 A.P. protégeant la sécurité des transactions au Québec.

Ledit article 347 C.c.Q., (une règle de droit interne) établit une très grande protection pour le tiers de bonne foi qui contracte avec un groupement de personnes sans personnalité juridique, mais qui a agi comme personne morale à l'égard du tiers. Cette disposition protège le tiers qui n'est pas toujours au courant des subtilités de constitution des personnes morales. Elle se lit:

347. «Le tribunal peut, pour statuer sur l'action d'un tiers de bonne foi, décider

34. Projet de loi 20, 1987, ch. 18, adopté le 15 avril 1987.

qu'une personne ou un groupement qui n'a pas le statut de personne morale est tenu au même titre qu'une personne morale s'il a agi comme tel à l'égard des tiers».

Le tribunal québécois pourrait considérer cet article d'application nécessaire en raison de la teneur de l'article 3439 et protégera ainsi le tiers résidant au Québec qui a contracté au Québec avec un groupement de personnes, peu importe le domicile ou la résidence de ce dernier.

En ce qui concerne la capacité de la personne morale créée à l'étranger ou plutôt les problèmes d'incapacité ou de restriction, il faut tenir compte de l'article 3449 de l'Avant-projet qui prévoit:

«La partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'État de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon la loi du Québec lorsque l'acte y a été passé, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité».

On peut se demander si l'article 3449 couvre aussi les personnes morales. Il n'est pas certain que la loi du Québec veuille protéger le tiers contre les incapacités des compagnies étrangères. En effet, la protection du droit interne n'est pas complète et le niveau de celle-ci varie selon que la compagnie a été constituée en vertu de la loi fédérale ou provinciale³⁵. Par conséquent, il n'est pas évident qu'une

35. Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985) c. C-44, art. 16, 17 et 18. Loi sur les compagnies, supra, art. 123.30 «Les tiers ne sont pas présumés avoir connaissance du contenu d'un document relatif à la compagnie du seul fait de son enregistrement ou du fait que ce document peut être consulté dans les bureaux de la compagnie» et aussi l'art. 123.31 «Les tiers peuvent présumer que: 1) La compagnie exerce ses pouvoirs conformément à ses statuts, à ses règlements et à la convention unanime des actionnaires ou à la déclaration visée dans l'article 123.91; 2) les documents envoyés à l'inspecteur général et enregistrés en vertu de la présente partie contiennent des renseignements véridiques; 3) les administrateurs ou officiers de la compagnie occupent valablement leurs fonctions et exercent légalement les pouvoirs qui en découlent; 4) les documents de la compagnie provenant d'un de ses administrateurs, officiers ou autres mandataires sont valides». Dans la Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, c. 33 et 1978 S.C. c. 9 annexe, art. 18 prévoit: «La société, ou ses cautions, ne peuvent alléguer contre les personnes qui ont traité avec elle ou sont ses ayants droit que: a) les statuts, règlements et

politique de protection s'impose au plan international, bien que les risques soient plus grands à ce niveau puisque le tiers aura difficilement accès aux informations relatives à la compagnie étrangère, à supposer qu'il ait connu son domicile étranger.

Cependant, en droit interne, la protection des tiers augmente: la doctrine de la «constructive notice» a ainsi été abolie pour certaines compagnies fédérales et son impact est également réduit en droit provincial. Toutefois, si l'on voulait appliquer l'article 3449 non seulement aux individus domiciliés à l'étranger, mais aux compagnies étrangères, on se trouverait cependant devant un problème spécifique: on ne peut pas déterminer la capacité «normale» de la compagnie étrangère en regard de «la loi du Québec» puisqu'il y a dualité du droit (fédérale et provincial) en matière de droit des compagnies et que cette capacité diffère selon le droit applicable à la constitution. La meilleure façon de protéger le tiers de bonne foi serait de laisser au juge le choix d'appliquer le régime (provincial ou fédéral) le plus favorable. On aurait ainsi un article se terminant par: « (...) capable selon la loi la plus favorable applicable au Québec (...)».

L'autre solution, que nous ne favorisons toutefois pas, est de déclarer que l'article 3449 ne peut s'appliquer aux personnes morales: il suffit de remplacer «la partie» par «la personne physique». Cette dernière solution, qui favorisant ainsi la prévisibilité et la sécurité du droit, doit néanmoins céder le pas devant la politique prédominante de la sécurité des transactions. En conséquence, il nous semble qu'il est préférable que ledit article 3449 A.P. s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales.

conventions unanimes des actionnaires n'ont pas été observés; b) les personnes nommées dans le dernier avis envoyé au Directeur conformément à l'article 101 ou 108 ne sont pas ses administrateurs; c) son siège social ne se trouve pas au lieu indiqué dans le dernier avis envoyé au Directeur conformément à l'article 19; d) la personne qu'elle a présentée comme l'un de ses administrateurs, dirigeants ou mandataires n'a pas été régulièrement nommée ou n'a pas l'autorité nécessaire pour occuper les fonctions découlant normalement soit du poste, soit de l'activité commerciale de la société; e) un document émanant régulièrement de l'un de ses administrateurs, dirigeants ou mandataires n'est ni valable ni authentique; ou f) n'ont pas été autorisées l'aide financière visée à l'article 42 que les opérations visées au paragraphe 183.2 sauf si ces personnes, en raison de leur poste au sein de la société ou de leurs relations avec celle-ci, connaissaient ou auraient dû connaître la situation réelle. Voir aussi C. FABIEN, loc. cit., pp. 347 à 348, 352 à 353; Richard GAUDREAU, «Les compagnies et les tiers contractants: étude des doctrines de la «Constructive notice» et de l'indoor management» (1982) 42 R. du B. 485 à 563. La solution de retenir simplement la rédaction actuelle n'impliquera aucune distinction entre les personnes physiques et morales et le juge décidera alors de la protection à accorder au tiers.

Notre loi, comme l'Avant-projet rattache la représentation organique à la loi du statut personnel de la personne morale (article 3450 A.P.).

Par l'article 3451 de l'Avant-projet, le législateur s'attaque concrètement au problème majeur de l'étendue du pouvoir de représentation d'une personne morale. Il se lit comme suit:

«La personne morale qui est partie à un acte juridique ne peut pas invoquer les restrictions au pouvoir de représentation des personnes qui agissent pour elle si ces restrictions n'existaient pas selon la loi du Québec lorsque l'acte y a été passé, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître ces restrictions».

En vertu de cet article, la personne morale ne pourra pas faire valoir les restrictions à son pouvoir de représentation d'un organe prévu par la loi étrangère de son incorporation, lorsque la loi du Québec ne les connaît pas et lorsque l'acte y a été passé, à moins que l'autre partie n'ait connu ou aurait dû connaître ces restrictions³⁶.

Cet article 3451 A.P. pose un problème majeur. Puisque la représentation volontaire (le mandat) est régie dans l'Avant-projet par une disposition de portée plus générale (art. 3483 A.P.), on peut prétendre que l'article 3451 A.P. ne concerne que la protection d'un tiers en cas de représentation légale, soit la représentation morale par une personne physique, agissant comme l'un de ses organes («représentation organique»). Dans cette optique, à la différence de ce qui existe dans les droits européens, il ne semble pas qu'au Québec un individu puisse représenter une personne morale en tant qu'organe de la compagnie autrement que par la représentation volontaire (mandat). Par conséquent, on ne peut comparer les restrictions au pouvoir de représentation «selon la loi du Québec» à celles édictées par la loi étrangère du lieu de création de la personne morale.

«La loi du Québec» - ou plutôt, la double législation applicable au Québec - ne protège donc aucunement le tiers contre les restrictions étrangères.

36. TALPIS et GOLDSTEIN, loc. cit., supra, note 31, à la page 341.

Toujours dans la même optique, une interprétation littérale de l'article 3451 A.P. aurait pour conséquence de permettre aux compagnies étrangères d'invoquer à l'encontre des Québécois toutes les restrictions aux pouvoirs de représentation des personnes qui agissent pour elles, selon la loi étrangère. Il est donc inutile. Si effectivement le législateur avait l'intention de limiter la portée de cette disposition à la représentation légale organique d'une personne morale, il nous paraît plus sage de supprimer l'article 3451: premièrement, en raison de l'absence d'un critère de base pour son application au Québec puisqu'une telle représentation n'y existe pas; deuxièmement, parce que la loi du Québec n'est pas unifiée de toute façon; et troisièmement, parce qu'en l'absence d'une telle disposition, l'article 3450 A.P. suffirait.

En effet, l'application de l'article 3451 A.P. reviendrait à valider des transactions effectuées au Québec, malgré les restrictions de pouvoirs qu'une loi étrangère imposerait à la personne physique-organe de la compagnie étrangère ayant des pouvoirs de représentation par la loi. Or dans la mesure où la situation correspondait à celle décrite dans l'article 3451 A.P. et si le tiers était résident du Québec, il serait tout-à-fait possible que la transaction soit validée par la voie du mandat apparent (article 1730 C.c.B.-C.) applicable en vertu de l'article 3483 de l'Avant-projet. L'organe de la compagnie étrangère serait alors considéré comme son mandataire et elle serait donc liée de toute façon envers le tiers québécois. Dans l'hypothèse où l'article 3483 A.P. ne rendrait pas la loi québécoise applicable et en l'absence de situation d'une protection du tiers autrement par la loi régissant les rapports externes suivant ledit article 3484 A.P., l'article 3450 s'appliquerait seul et, du point de vue des intrêts québécois, aucune protection supplémentaire ne s'impose.

Finalement, et toujours dans cette optique, l'on peut encore ajouter comme argument à l'encontre de l'article 3451 qu'il ne nous semble pas y avoir de raison évidente de protéger d'avantage le tiers québécois dans la situation de représentation légale organique que dans les autres cas de représentation légale³⁷.

Cependant, on pourrait aussi prétendre que ledit article 3451 A.P. s'applique aussi à la représentation volontaire d'une personne morale. Suivant cette interprétation, l'article 3451 serait une

37. Ibid, p. 342 et J. A. TALPIS, «Quelques réflexions sur l'Avant-projet du droit international privé notamment en matière de droit de droit de la famille», (1989) C.P. du N. 29 à 120 p. 114-15.

application particulière de la représentation organique qui s'ajoutent à la règle plus générale de l'article 3483 A.P. Dans cette optique, l'article ne serait pas inutile et pourrait demeurer dans le Code civil. Cette dernière hypothèse présente toutefois des difficultés d'application vu le double régime selon la loi québécoise. Toutefois, si le législateur décidait de la retenir, il devrait néanmoins clarifier la rédaction de l'article 3451.

Sous-section 2 La représentation volontaire

A) Principe de séparation

L'Avant-projet opte clairement pour le principe de la séparation étant donné que l'article 3483 qui traite de l'existence et l'étendue des pouvoirs du mandataire... dans la relation avec un tiers, ainsi que des conditions auxquelles leur responsabilité ou celle du mandant peut être engagé... laissant les rapports internes être régis par les règles générales sur le fond des actes juridiques aux articles 3477 et 3480, le tout conformément au droit positif québécois ainsi qu'à la tendance actuelle dans plusieurs autres pays. Les termes utilisés sont suffisamment large pour faciliter les difficultés de qualification entre les rapports internes et externes, ainsi que les problèmes de l'exercice des pouvoirs du mandataire³⁸.

B) Critique des termes utilisés: mandant-mandataire

On peut regretter cependant, que le législateur utilise les termes mandant-mandataire. Il nous semble que la notion de mandat n'est ni suffisamment internationalisée, ni suffisamment large pour comprendre toutes les sortes de situations où quelqu'un exprime sa volonté expressément ou implicitement d'être représenté par une partie. En effet, on peut se demander si l'expression «représentation volontaire ou conventionnelle» plus large, mais plus internationale serait plus pertinente? Il ne faut pas oublier que le droit international privé n'est pas strictement le reflet des institutions internes, au plan international. L'élargissement de la catégorie de rattachement permettra la qualification des cas de représentation volontaire ou conventionnelle inconnus du droit Québécois.

38. Voir, supra, section 4; sous-section 1; partie b).

C) Loi applicable aux rapports internes (représenté-représentant)

En ce qui concerne la loi applicable aux rapports internes: mandant-mandataire, l'article 3477 de l'Avant-projet suit la tendance internationale permettant aux parties de désigner la loi de leur préférence, quelque soit le degré de rattachement de leur relation à cette loi et quelque soient les motifs sur lesquels reposent leur choix. A défaut de désignation expresse dans l'acte, le tribunal se bornera à examiner les dispositions du contrat conclu entre les parties pour découvrir de ce que celles-ci avaient en vue au moment de leur accord. Ceci modifie le droit actuel en vertu duquel, en l'absence de désignation expresse, le juge examine toutes les circonstances entourant le contrat, en vue de la recherche de leur volonté présumée, ledit article 3477 prévoit:

3477. «L'acte juridique présentant un élément d'extranéité est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

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

Par ailleurs, l'article 3478 qui prévoit:

3478. «Si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, ce choix est considéré comme sans effet et la loi applicable est celle qui aurait été désignée en l'absence d'un tel choix».

La désignation expresse d'une loi rendant le contrat nul n'est pas considérée effective et le juge recherche alors le rattachement objectif du contrat. Cette disposition très utile reflète, sur le plan du fond des actes, politique en faveur de leur validité, déjà exprimée sur le plan de leur forme par des rattachements alternatifs³⁹.

39. TALPIS, loc. cit., supra, note 38 à la p. 342.

Les articles suivants de l'Avant-projet (art. 3479 et 3480) énoncent le principe très important du rattachement objectif d'un contrat. Ils prévoient:

3479. «En l'absence de désignation de la loi dans l'acte, les tribunaux appliquent celle de l'Etat qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte».
3480. «Les liens les plus étroits sont réputés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte à sa résidence habituelle ou si celui-ci est conclu dans l'exercice de l'activité d'une entreprise, son établissement».

En conséquence, en l'absence de rattachement subjectif, l'article 3479 soumet le contrat à sa proper law, celle qui présente «les liens les plus étroits» avec l'acte compte tenu des circonstances qui l'entourent. Mais l'Avant-projet a ceci de particulier qu'il définit assez strictement cette loi, dans l'article 3480 par le biais de la «prestation caractéristique de l'acte»: les liens les plus étroits sont réputés exister avec la loi de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence habituelle...

Plusieurs remarques s'imposent. D'abord, cette notion de «prestation caractéristique» est apparue en droit civil dans la jurisprudence suisse, en réaction probablement aux théories de common law et de proper law. Il s'agit d'une tentative d'améliorer la flexibilité de la règle de conflit contractuelle de droit civil - la loi d'autonomie - tout en respectant l'esprit du droit civil. De là, cette notion s'est répandue. Elle figure dans la loi suisse⁴⁰ et dans la Convention de Rome de 1980⁴¹ sur les obligations contractuelles. Mais la prestation caractéristique ne peut mener à la loi applicable que par l'intermédiaire d'un autre facteur de rattachement, centré dans l'Avant-projet sur la résidence de celui qui doit la fournir⁴².

40. Ibid., p. 477.

41. Loi fédérale suisse sur le droit international privé, art. 117.

42. Convention sur la Loi applicable aux obligations contractuelles, Rome, 19 juin 1980, 80/CEE.

Non satisfait d'adopter une règle de conflit assez révolutionnaire - du moins pour le droit québécois - puisque l'on y trouve la version civiliste de la *proper law* («les liens des plus étroits...») et la notion de «prestation caractéristique», - le législateur n'a pas hésité à en faire une présomption très forte: en droit québécois, le contrat est réputé avoir les liens les plus étroits avec la loi de l'Etat de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir cette prestation. En ce qui concerne le mandat, ce serait logiquement la loi de la résidence habituelle du mandataire qui s'appliquerait. Il semble dangereux de se précipiter de la sorte dans une voie qui n'est pas encore bien balisée, sans autre espoir de retour que la clause échappatoire⁴³.

L'article 3480 impose au juge la lourde tâche de rechercher la nature de l'obligation essentielle d'un contrat, puis la prestation caractéristique et enfin le lieu de résidence du débiteur de cette prestation. Il doit ensuite rechercher (d'office, en ce qui concerne les lois des autres provinces, selon les futures règles de preuve québécoises) le contenu de la loi de ce lieu. Par ailleurs, celle-ci pourrait encore être écartée par le moyen de la clause échappatoire ou de l'exception d'ordre public. Reconnaissons que l'Avant-projet ne facilitera pas le travail des juges en cette matière. C'est pourquoi il aurait sans doute été plus simple de se passer de cette notion - très satisfaisante pour l'esprit, au demeurant - de prestation caractéristique en consacrant simplement le principe des liens les plus étroits, dans l'article 3479, et en ajoutant une série de dispositions flexibles destinées à guider le juge dans la recherche de ces liens avec des types de contrats particulièrement importants, comme le contrat de mandat; la règle pourrait prendre la formule suivante:

«En matière de contrat de mandat (ou de représentation conventionnelle ou volontaire), la loi ayant les liens les plus étroits avec ce contrat est présumée être celle de [...]».

Par ailleurs alternativement, si le législateur voulait retenir l'approche de la prestation caractéristique, il pouvait ajouter à l'instar de la loi suisse, une détermination de la personne qui doit fournir la

43. TALPIS et GOLDSTEIN, loc. cit., supra, note 31, p. 478.

prestation caractéristique, évitant ainsi l'insécurité juridique dans une certaine mesure.

D) Validité formelle des procurations et contrats de représentation volontaire

La politique favorisant la validité des actes juridiques est apparente dans l'Avant-projet, à cause de l'introduction de règles de conflits alternatives à l'article 3474, ce qui aura certainement une incidence positive sur la validité des contrats de représentation volontaire (mandat).

E) Force probante des actes d'un notaire étranger et des procurations sous seing privé signées à l'étranger

Les articles 3001, 3002 et 3003 de l'Avant-projet ont une grande importance pour la pratique internationale du droit en ce qu'il établissent la force probante des actes passés devant les notaires étrangers et celle des procurations signées sous seing privé à l'étranger en particulier. Dorénavant, d'après l'article 3001 A.P., les actes reçus devant des notaires étrangers feront preuve de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire de prouver la qualité et la signature de cet officier.

De plus, la même présomption de validité s'applique à l'égard d'une procuration sous seing privé signée en dehors du Québec, (article 3002) ce qui constitue une amélioration par rapport à l'actuel, l'alinéa 5 de l'article 1220 C.c.B.-C.

F) Loi applicable aux rapports externes

L'article 3483 propose, *ceteris paribus*, une règle de conflit couvrant les rapports externes, c'est-à-dire concernant la représentation volontaire identifié comme mandat; ce texte prévoit:

3483. «L'existence et l'étendue des pouvoirs du mandataire ou de l'administrateur du bien d'autrui dans leurs relations avec un tiers ainsi que les conditions auxquelles leur responsabilité ou celle du mandant ou du bénéficiaire de l'administration peut être engagée, sont régies par la loi de l'Etat dans lequel le mandataire ou l'administrateur a agi, si l'un ou l'autre, le mandant, le

bénéficiaire ou le tiers y a son domicile ou y réside habituellement ou, à défaut, par la loi qui a les liens les plus étroits avec la situation».

Cette disposition régit les rapports mandataire-tiers ainsi que la responsabilité du mandataire vis-à-vis du tiers, lesquels seront régis par la loi du lieu où le mandataire a agi si le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties se trouve aussi dans ce lieu, et à défaut, par la loi ayant des liens les plus étroits.

A l'instar de la Convention de La Haye sur la représentation. Cet article 3483 adopte la solution d'un rattachement général à la loi du lieu où le mandataire a agi, par le biais de la méthode d'un faisceau de points de contact. Cette solution a la faveur de tous et nous semble la plus pertinente.

On doit cependant noter que la rédaction de cette disposition est très ambiguë car elle semble vouloir dire que la loi du lieu où le mandataire a agi s'applique si l'une des trois parties du rapport juridique - le mandataire, le mandant ou le tiers - a son domicile ou sa résidence habituelle dans ce lieu.

Si ceci est bien l'interprétation que l'on doit tirer de cet article, nous estimons que l'on devrait le modifier pour ne conserver que le domicile ou la résidence du mandant ou du tiers qui sont les deux personnes réellement impliquées dans la situation⁴⁴.

Cependant, l'article 3483 exclut le choix par les parties de la loi applicable aux rapports externes. Il nous paraît au contraire important, toujours dans l'optique de la protection de toutes les parties, de leur permettre de choisir une loi qu'elles désignent, soit à la suite d'une proposition provenant directement du mandant, soit par le choix du mandataire, dans la mesure évidemment où le mandant lui donne un pouvoir suffisant pour choisir cette loi. La loi choisie devrait gouverner à la fois les rapports mandant-tiers et ceux existant entre le mandataire et le tiers. En effet, ces deux branches de relations forment une équation, un équilibre - par exemple au plan de la responsabilité - que l'application de deux lois différentes romprait fort probablement.

Par conséquent, nous estimons que le législateur ne peut logiquement écarter le choix de la loi applicable à la représentation -

44. Ibid., p. 479.

aux rapports externes - sans aller à l'encontre de sa politique de protection. Nous proposerions donc la rédaction suivante:

«A défaut de choix exprès, l'existence et l'étendue des pouvoirs du mandataire»...

De plus, il peut ne pas paraître justifiée de faire régir le pouvoir de représentation vis-à-vis du tiers - c'est-à-dire les excès de pouvoirs, etc... par la loi du lieu où le mandataire a agi si le tiers connaissait, ou aurait dû connaître, les restrictions à son pouvoir de représentation d'après la procuration, un document ou d'une autre manière. En effet, le but de l'article 3483 n'est pas de protéger les tiers de mauvaise foi⁴⁵.

Dans ce cas, deux solutions sont possibles. On peut d'abord faire régir l'effet de la connaissance par le tiers d'après la loi applicable à la relation externe (art. 3483 A.P.), à l'instar de la Convention de La Haye et (probablement) du droit positif. Celle-ci en effet, n'édicte aucune règle dérogatoire en cas de mauvaise foi du tiers, ou simplement en cas de connaissance des restrictions aux pouvoirs du mandataire.

L'autre solution serait d'adopter une règle spéciale qui soumettrait alors le rapport externe à la loi gouvernant le rapport interne - c'est-à-dire la loi relative au contrat du mandat - à la condition, toutefois, que les restrictions de pouvoir apparaissent de façon suffisamment précise dans la procuration ou d'une autre manière.

Cette seconde solution est sans doute plus pertinente du point de vue de la justice, bien que d'un point de vue pratique, elle apparaisse un peu plus complexe.

Dans cette optique, le législateur pourrait donc adopter la règle suivante (en la plaçant à la fin de l'article 3483):

«Abstraction faite de ce qui précède, lorsque le tiers connaît ou aurait dû connaître les restrictions aux pouvoirs du mandataire, l'existence et l'étendue de ces pouvoirs vis-à-vis du tiers est déterminée par la loi gouvernant les

45. Ibid., p. 492.

rappports entre le mandant et le mandataire».

Finalement, il importe peu, à cet égard, que le tiers ne connaisse pas le contenu de la loi gouvernant ces relations, car à partir du moment où il a connaissance de l'existence des restrictions, il doit chercher cette loi. Ceci incitera d'ailleurs les mandants à rédiger des procurations suffisamment précises.

Sur le plan théorique, nous croyons que cette dernière option est plus séduisante. Qu'est-ce qui peut être plus logique que de soumettre les effets de la représentation dans les rapports entre le représenté et le tiers à la loi régissant les rapports internes entre le représenté et le représentant lorsque le tiers a connaissance du fait que le représenté n'a pas autorisé le représentant à conclure le contrat ou à accomplir l'acte dont il s'agit? De plus, comme la loi applicable doit établir un équilibre entre les intérêts du tiers et ceux du représenté, entre la protection des droits acquis et la sécurité de la transaction, entre le commerce international et le commerce interne, si le tiers est effectivement au courant des pouvoirs du représentant, l'idée de la protéger par l'application probable de sa propre loi (si le représentant a agi à son lieu de résidence en dépit de sa mauvaise foi nous semble à priori inacceptable.

De plus, dans la mesure où le législateur déciderait de modifier l'article 3483 pour ainsi permettre le choix de la loi par les parties pour régir tous les aspects de la représentation (rapports internes et externes), cette option deviendrait dans un sens une acceptation de la loi régissant les rapports internes pour régir aussi les rapports externes.

Cependant, malgré tous les avantages de cette option comme la protection du commerce international et les droits acquis du représenté, nous sommes en faveur de l'autre option, c'est-à-dire celle de ne pas faire de rattachement séparé en cas de connaissance par le tiers des pouvoirs de représentation d'après la loi régissant les rapports internes. De plus, dans l'hypothèse où la loi régissant les rapports internes protège même le tiers de mauvaise foi contrairement à la loi régissant les rapports externes ou une situation tout à fait absurde. Nous croyons alors qu'il est préférable de laisser la question de la bonne ou mauvaise foi du tiers au droit matériel de la loi régissant les rapports externes, plutôt qu'aux règles de conflit de lois.

Il ne faut pas perdre de vue que la règle applicable aux rapports externes doit être normalement prévisible à la fois pour le représenté et pour le tiers afin d'équilibrer leur intérêts respectifs; que la règle de conflits doit autant que possible être pratiquement réalisable et que la règle doit être autant que possible claire et simple. Les difficultés de savoir si le tiers connaissait ou ne connaissait pas ou aurait dû connaître la loi régissant le pouvoir, devrait faire pencher le législateur à adopter la première option, c'est-à-dire de ne pas ajouter un rattachement supplémentaire. Et, si cette solution implique une diminution de la protection des droits du représenté, il pourra s'assurer au départ de la protection de ses droits par une imposition expresse de sa loi.

CONCLUSION

Dans un cas de représentation volontaire internationale, le travail du praticien devant préparer un contrat où un étranger est représenté par un représentant apparaît particulièrement difficile et laborieux. Les difficultés de déterminer la loi applicable (en l'absence d'un choix exprès) à la fois aux rapports internes (contrat de mandat) et aux rapports externes (pouvoirs de représentation), l'incidence et l'application des lois d'application nécessaire du for ainsi que celles des systèmes juridiques étrangers, la preuve du contenu de toutes les règles internes des systèmes impliqués et leur application compte tenu de l'ordre public du for, créent des problèmes lourds au niveau de la responsabilité personnelle et professionnelle du praticien⁴⁶.

On peut espérer que le législateur modifiera l'article 3483 de l'Avant-projet afin de permettre aux parties de choisir la loi applicable tant pour les rapports internes qu'externes, laquelle modification rendra plus simple le travail du praticien et respectera les intérêts de toutes les parties concernées.

De plus, il apparaît utile également, de prévoir une règle particulière pour le contrat du mandat (rapports internes), comme le législateur l'avait fait pour le contrat de vente, à l'exemple de la Convention de La Haye de 1978, sans pour autant accepter les rattachements y adoptés.

Quant à la représentation organique on peut espérer que le législateur repense l'article 3451 de l'Avant-projet. S'il décidait de la

46. Ibid., p. 493.

retenir, il faudrait toutefois qu'il en améliore la rédaction vu le double régime du droit des compagnies au Québec.

Enfin, dans le cadre du sujet de ce rapport, on pourrait espérer que le législateur élargisse la catégorie de «mandat» en la remplaçant par «représentation volontaire ou conventionnelle» afin de couvrir le plus grand nombre de cas de représentation volontaire et réduire ainsi les difficultés de qualification.