

Université de Montréal

**L'arbitrage intérimaire des différends dans le secteur de la
construction : application et perspectives au Québec**

par Marilou Dostie-Nicol

Faculté de droit

Mémoire présenté
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise (LL. M.) en droit des affaires

Août 2019

© Dostie-Nicol Marilou, 2019

Résumé

Ce mémoire se penche sur l'opportunité d'introduire en droit civil québécois l'arbitrage intérimaire obligatoire pour les différends du secteur de la construction. Ce mécanisme est principalement utilisé dans les pays de « common law » pour un règlement rapide des différends en matière de construction. Ce domaine d'activité est propice aux litiges, notamment en raison des aspects techniques, de la diversité et du nombre d'acteurs impliqués et des sommes en jeu, particulièrement en contexte de grands chantiers. Les procédures judiciaires peuvent être longues et fastidieuses. Ces délais se traduisent par des coûts supplémentaires pour les parties, non seulement pour la procédure elle-même, mais également pour la prolongation du projet (salaires, machineries, assurances, etc.). Devant ces défis, les juridictions de *common law* ont développé un processus qui se veut expéditif pour régler les différends en temps réel et en minimiser l'impact jusqu'à la procédure finale, une fois les travaux terminés. Le but est d'éviter qu'un différend ne dégénère ou paralyse le projet jusqu'à en compromettre la réalisation. À notre connaissance, aucune juridiction de droit civil ne prévoit un tel mécanisme, bien que les défis soient à priori les mêmes. Nous nous interrogeons sur les raisons expliquant cette absence. Le nouveau *Code de procédure civile* tend vers les modes alternatifs des différends et dans ce contexte, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'incorporer un mécanisme semblable pour l'industrie de la construction au Québec. Enfin, nous étudierons les adaptations qui pourraient être nécessaires à l'application d'un tel processus, issu de la common law, en droit civil québécois.

Mots-clés : arbitrage, arbitrage intérimaire, construction, différends, modes privés de prévention et règlement des différends

Abstract

This master thesis explores the possibility of introducing a compulsory interim arbitration mechanism for the resolution of disputes in the construction sector in Quebec civil law. As of today, such procedure is mainly used in common law jurisdictions for the rapid settlement of construction disputes. Construction is a sector that is particularly prone to litigation, mainly because of the technical aspects, the diversity and the number of actors as well as the sums involved, particularly in the context of major projects. Court proceedings can be long and tedious. These delays result in additional costs for the parties, not only for the procedure itself, but also for the extension of the project (wages, machinery, insurance, etc.). In response to these challenges, common law jurisdictions have developed an expeditious process to resolve disputes in real time and minimize their impact until final proceedings are completed. The aim is to prevent a dispute from escalating and eventually, paralyze the project itself and jeopardizes its realization. To our knowledge, no civil law jurisdiction provides for such a mechanism, although the challenges are *a priori* the same. We question the reasons for this absence. The new *Code of Civil Procedure* tends towards alternative dispute resolution and in this context, we are wondering about the possibility of incorporating a similar mechanism for the construction industry in Quebec. Finally, we will evaluate the adaptations that may be advised for the application of such a process, because of its common law, origins, in Quebec civil law.

Keywords : arbitration, adjudication, construction, disputes, alternative dispute resolution (ADR)

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iii
Liste des sigles.....	vii
Liste des abréviations.....	viii
Remerciements.....	x
Introduction.....	1
Problématique et question de recherche.....	4
Hypothèse de recherche.....	5
Présentation du sujet.....	5
Pertinence de l'étude.....	5
A) L'adoption du Nouveau Code de procédure civile du Québec.....	6
B) Spécificités de l'industrie de la construction.....	7
Méthodologie : approche et défis du droit comparé.....	17
1. Le droit comparé, d'abord une approche.....	18
1.1 Tentative de définition.....	18
1.2 Bref rappel historique.....	19
1.3 Choix méthodologiques préalables.....	19
1.4 Principales écoles de pensée.....	20
2. Défis et limites du droit comparé.....	22
2.1 Choix des critères de comparaison.....	22
2.2 Excès dans les ressemblances et différences.....	23
2.3 Caractère superficiel de la comparaison.....	24
2.4 Caractère systématique de la comparaison et risque de la superposition.....	24
3. Comparaison droit civil- <i>common law</i> en droit civil québécois.....	26
3.1 Linguistique et traduction juridique.....	27
3.2 L'importance du système juridique.....	27
4. Méthode retenue.....	30
Structure de l'exposé.....	32

Chapitre I : L'arbitrage intérimaire selon le modèle britannique	33
A) Présentation et grandes lignes de l'arbitrage intérimaire	33
1. Définition et éléments-clés	33
1.1 Traitement législatif et caractère contraignant.....	34
1.2 Importance des qualifications du tiers	36
1.3 Rapidité du processus	37
2. Historique de l'arbitrage intérimaire au Royaume-Uni	38
2.1 Problématique d'origine.....	38
2.2 Solutions proposées	39
B) Cadre juridique.....	41
1. Cadre législatif.....	41
1.1 Législation primaire	41
1.2 Législation secondaire	42
2. Cadre judiciaire.....	44
2.1 En première instance.....	44
2.2 En appel	47
C) L'arbitrage intérimaire : dispositions législatives et interprétation jurisprudentielle	48
1. Période précédant l'arbitrage : conditions d'application et conditions d'ouverture .	48
1.1 Conditions d'application.....	48
1.2 Conditions d'ouverture et restrictions.....	57
2. Déroulement de l'arbitrage intérimaire.....	67
2.1 L'avis d'arbitrage.....	67
2.2 L'arbitre	69
2.3 Demande d'arbitrage.....	77
2.4 Déroulement de l'arbitrage intérimaire.....	79
3. Période post-arbitrage intérimaire.....	88
3.1 Fin de l'arbitrage.....	88
3.2 Décision intérimaire.....	90
3.3 Exécution volontaire, contestation et exécution forcée	94
3.4 Détermination finale	100
Chapitre II : L'arbitrage conventionnel des différends au Québec.....	101

A)	Présentation de l'arbitrage au Québec	103
1.	Définition et principales caractéristiques.....	103
1.1	Définition	103
1.2	Nature et principes	109
1.3	Formes et types	110
2.	Historique général et utilisation dans l'industrie la construction.....	113
2.1	Bref historique : de la reconnaissance à la promotion	113
2.2	Usages dans l'industrie de la construction.....	115
2.3	Avantages et inconvénients pour les acteurs de la construction.....	116
B)	Cadre juridique de l'arbitrage	123
1.	Cadre législatif.....	123
1.1	Le droit commun.....	123
1.2	Le droit administratif	125
2.	Cadre judiciaire de l'arbitrage	127
2.1	En première instance.....	127
2.2	En appel	128
C)	Déroulement selon le <i>Code de procédure civile</i>	129
1.	Période précédant l'arbitrage	129
1.1	Conditions d'application et restrictions	129
1.2	Conditions d'ouverture	131
2.	Déroulement de l'arbitrage	134
2.1	L'avis d'arbitrage.....	134
2.2	L'arbitre	137
2.3	Déroulement de l'arbitrage	148
3.	Période post-arbitrage et fin de l'arbitrage	155
3.1	Fin de l'arbitrage.....	155
3.2	Sentence arbitrale et exécution volontaire	156
3.3	Homologation et exécution forcée	160
3.4	Demande en annulation.....	161
Chapitre III : Analyse comparative et perspectives d'importation		163
A)	Éléments juridiques convergents ou équivalents	164

1.	La présence d'un tiers	164
2.	Nature juridictionnelle de la procédure.....	165
3.	Effet contraignant de la décision.....	165
B)	Éléments juridiques divergents et possibles vides juridiques	167
1.	Conditions d'application et d'ouverture	167
1.1	Conditions d'application.....	168
1.2	Conditions d'ouverture	171
2.	La demande d'arbitrage	173
3.	La décision intérimaire	174
3.1	Nature et effets juridiques.....	174
3.2	Recours contre la décision ou la sentence : contestation et annulation	175
C)	Perspectives d'importation et étude de cas	178
1.	Les mesures d'exception, véhicule possible de l'arbitrage intérimaire?	179
1.1	Définition et but des mesures d'exception.....	179
1.2	Nature et effets juridiques.....	180
2.	Le Projet pilote.....	183
2.1	Présentation.....	184
2.2	Détails du dispositif	187
2.3	Comparaison avec l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel	197
3.	Le dispositif décrit dans le Projet pilote s'apparente-t-il à un autre mode?.....	201
3.1	La détermination par expert ou expertise : conception générale	201
3.2	Similitudes avec l'arbitrage	203
3.3	Approche canadienne : <i>Sport Maska Inc. c. Zittner</i>	206
4.	L'hypothèque légale de la construction : quelles implications?	212
	Conclusion	214
	Bibliographie.....	i

Liste des sigles

C.c.Q.	<i>Code civil du Québec</i>
C.p.c.	<i>Code de procédure du Québec</i>
CSC, R.C.S.	Cour suprême du Canada
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
IMAQ	Institut de médiation et d'arbitrage du Québec
HGRA	Housing Grants Construction and Regeneration Act
R. du B.	Revue du Barreau du Québec
R. du B. can	Revue du Barreau Canadien
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.J.T.	Revue juridique Thémis
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
SCC	The Scheme for Construction Contracts
S.O.	Statutes of Ontario

Liste des abréviations

Al.

Art.

Etc.

Et ss.

p., pp.

Par.

Id.

Alinéa (s)

Article (s)

Et cætera

Et suivants (es)

Page (s)

Paragraphe (s)

Idem.

À mes parents, Guylaine et Richard

Remerciements

Je remercie ma directrice de mémoire, Me Catherine Piché, pour sa direction, sa disponibilité et ses conseils.

Introduction

À priori, aucun cocontractant n'est à l'abri de la survenance d'un différend au cours de la relation contractuelle. Certaines industries semblent en revanche propices aux différends. C'est le cas de l'industrie de la construction. La question n'est pas de savoir si un différend surviendra, mais bien quand et entre quels intervenants. L'escalade peut être rapide et l'impasse, durable. Par exemple, un malentendu peut survenir à propos d'un élément d'exécution. Faute de terrain d'entente, les travaux pourraient être suspendus et les sous-traitants, non-payés. En plus d'être une industrie où les litiges semblent être la norme plus que l'exception, l'arrêt des paiements qui accompagne généralement les différends de la construction affecte toute la pyramide des paiements et peut littéralement paralyser le chantier.

Il s'agit du cas classique que les intervenants de l'industrie souhaitent éviter. C'est dans ce contexte qu'est entrée en vigueur la *Loi sur la Construction*¹ en Ontario. Pour la première fois en droit canadien, une loi fait de l'arbitrage intérimaire le mode privilégié de règlement des différends du secteur de la construction. Elle donne suite au rapport intitulé « Établir un juste équilibre »², commandé conjointement par le ministère du Procureur général et le ministère du Développement économique, de l'Emploi et de l'Infrastructure de l'Ontario³. Les auteurs avaient pour mandat de se pencher sur la législation alors en vigueur dans le but de la moderniser. Parmi les enjeux principaux figuraient la promptitude des paiements et l'efficacité des méthodes de règlement des différends⁴.

¹ *Loi sur la construction*, LRO, c.30. Elle remplace *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.R.O. 1990, c. C.30.

² B. REYNOLDS et S. VOGEL, *Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario, 2016*, en ligne : <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/cla_report/> (page consultée le 2 février 2019). Ce document n'est pas paginé.

³ Le rapport fut remis le 30 avril 2016. Des 101 recommandations formulées, 98 furent adoptées.

⁴ B. REYNOLDS et S. VOGEL, *Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario*, préc., note 2. Voir l'introduction.

À ce chapitre il est ressorti des observations des auteurs que l'industrie manquait de moyens rapides et souples pour trancher ses différends en cours de projet, même de façon intérimaire. Quant à l'arbitrage classique, souvent présenté comme une solution plus rapide et moins coûteuse, sa judiciarisation le rend moins attractif. On lui reproche aujourd'hui de présenter les mêmes symptômes que le système judiciaire dont il se voulait l'alternative, peut-être victime de son propre succès.

Nous verrons que certaines particularités de l'industrie de la construction la rendent, d'une part, prédisposée aux litiges et, d'autre part, fragile aux lenteurs judiciaires que peuvent entraîner les différends. Cette combinaison explique sans doute pourquoi les législations sur paiements rapides, incluant ou non l'arbitrage intérimaire, semblent pour l'instant ne concerner que cette industrie⁵. Devant ce constat et à la recherche de solutions, les auteurs du rapport ont recommandé, entre autres, l'instauration de l'arbitrage intérimaire⁶. Cette proposition fut retenue par le législateur ontarien.

L'expression originale anglaise est « adjudication » et renvoie à l'action de trancher, de rendre justice, de juger. En droit civil français, il s'entend généralement de l'octroi d'une chose à une personne, qu'il s'agisse d'un contrat public, d'une vente aux enchères d'un bien et aussi lorsqu'une partie obtient gain de cause devant un tribunal. En effet, la célèbre formule : *adjudé!* peut s'appliquer à tous ces cas de figure. Le Royaume-Uni l'a quant à lui employé dans le sens de « juger » lorsqu'il adopte en 1996 la législation instaurant l'arbitrage intérimaire comme mode statutaire de règlement des différends du secteur de la construction. Le Chapitre I est entièrement consacré à l'arbitrage intérimaire, mais il peut être brièvement défini comme un mode extrajudiciaire de règlement des différends au cours duquel un tiers neutre rend une décision intérimaire contraignante et exécutoire jusqu'à la décision finale, le cas échéant.

⁵ B. REYNOLDS et S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2. Voir le Chapitre 8.

⁶ *Id.* Les auteurs ont recommandé l'instauration qui demeure volontaire et non contraignante.

Vingt ans après son adoption au Royaume-Uni⁷, l'Ontario devient ainsi la première juridiction en Amérique à enchâsser législativement cette procédure pour son industrie de la construction. Nous verrons dans les prochains mois et années si d'autres provinces lui emboîteront le pas. Ottawa examine également une procédure similaire dans le cadre d'une réforme visant à améliorer la rapidité des paiements de ses partenaires⁸. La Saskatchewan⁹ a également exprimé son intérêt alors que le Manitoba en est déjà à la seconde lecture du projet de loi 218¹⁰. Cet engouement n'a selon nous rien de surprenant puisque, pour les raisons que nous exposerons plus loin, les différends sont récurrents dans l'industrie de la construction.

À l'heure actuelle et à notre connaissance, aucune juridiction civiliste n'a de mécanisme semblable. L'arbitrage intérimaire est un mécanisme issu du Royaume-Uni, une juridiction de *common law*. De plus, les juridictions étrangères qui l'ont adopté, de même que celles qui l'envisagent, sont également des juridictions de *common law*. Nous nous sommes interrogés sur les raisons de cette absence, en partie parce que l'industrie de la construction québécoise semble présenter les mêmes problématiques en matière des paiements¹¹. Cette analyse se veut une exploration des perspectives d'incorporation du modèle britannique d'arbitrage intérimaire en droit civil québécois. Le lancement du *Projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés*¹² (ci-après « Projet pilote ») par le gouvernement du Québec nous conforte dans l'intérêt suscité par ce mécanisme.

⁷ Entrée en vigueur en 1998.

⁸ Le 8 juin 2018, les auteurs du rapport ontarien remettaient le rapport qui leur a été commandé par le ministère Services publics et Approvisionnement Canada : R. Bruce Reynolds et Sharon C. Vogel, *Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire*, en ligne : <<https://www.cca-acc.com/wp-content/uploads/2018/08/Établissement-d'un-cadre-fédéral.pdf>>. (page consultée le 2 février 2019).

⁹ <https://www.cisc-icca.ca/le-gouvernement-de-la-saskatchewan-sengage-a-appliquer-la-loi-sur-les-paiements-sans-delai/?lang=fr> (page consultée le 2 février 2019).

¹⁰ Le 26 avril 2018, le Manitoba acceptait en seconde lecture le projet de loi 218 intitulé : « Loi sur le paiement sans délai dans l'industrie de la construction ».

¹¹ À ce sujet, voir le rapport : Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, *Étude d'impact des retards de paiement dans l'industrie de la construction au Québec*, 2015, en ligne : <<http://aermq.qc.ca/wp-content/uploads/2016/08/rapport-coalition-contre-retrad-paiement.pdf>>. (page consultée le 27 août 2019).

¹² *Projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés*, (2018) 150 G.O. II, 5063.

Problématique et question de recherche

La problématique à l'origine de notre réflexion est donc la difficulté de résoudre les différends pendant les travaux dans l'industrie de la construction. L'arbitrage conventionnel dans ces circonstances engendre souvent la suspension des travaux et, avec eux, les paiements qui y sont associés pour les entrepreneurs et sous-entrepreneurs. Le processus accapare en effet des ressources humaines et financières et les parties ne peuvent poursuivre les travaux devant tant d'incertitude. L'arbitrage conventionnel est selon nous mal adapté au règlement des différends en temps réel.

Or, c'est précisément l'objectif du modèle britannique d'arbitrage intérimaire. La décision est obligatoire sur une base intérimaire seulement. Les parties peuvent donc poursuivre les travaux, car l'impasse est momentanément dénouée. Elles conservent tous leurs recours et pourront disposer du différend de façon finale à la fin des travaux.

L'adaptation d'un droit étranger est une opération délicate. Le cas de l'arbitrage intérimaire tel qu'élaboré au Royaume-Uni présente une difficulté supplémentaire. En effet, tout exercice d'incorporation suppose le dépassement du clivage *common law*/droit civil. La question que nous nous posons est la suivante : « Le modèle britannique d'arbitrage intérimaire des différends du secteur de la construction est-il compatible avec les règles de la procédure civile québécoise et si oui, peut-il est adopté ? »

Il nous paraît évident que toute importation suppose une, voire plusieurs, modifications législatives. Nous irons donc au-delà de la lettre afin de distinguer les incompatibilités de façade des incompatibilités de fond, soit les éléments qu'il serait difficile, voire impossible, à concilier sans modifications majeures des cadres juridiques et judiciaires actuels.

Hypothèse de recherche

Nous émettons l'hypothèse que le droit commun actuel permet l'introduction de l'arbitrage intérimaire, et ce, sans remise en cause ou modification de fond du droit québécois en matière de règlement des différends. Selon nous, les dispositions sur l'arbitrage du *Code de procédure civile* constituent une assise juridique suffisante à l'importation de l'arbitrage intérimaire. D'entrée de jeu, le caractère intérimaire de la décision semble le seul obstacle majeur à surmonter. Cette étude nous permettra d'évaluer si cette difficulté est néanmoins surmontable.

Présentation du sujet

Cette partie a pour objectif de présenter le sujet d'étude avant d'en analyser les subtilités. Nous exposerons dans un premier temps la pertinence du sujet d'étude dans le contexte canadien et québécois. Nous aborderons ensuite les caractéristiques et spécificités de l'industrie de la construction qui militent pour un traitement législatif spécifique et adapté à ses besoins, particulièrement en matière de règlement des différends. Enfin, la méthodologie et la structure de ce travail seront présentées.

Pertinence de l'étude

Au-delà de la pertinence de la procédure elle-même, l'adoption du Nouveau *Code de procédure civile* et l'adoption du Projet pilote témoignent de l'intérêt du législateur et des responsables politiques pour les modes alternatifs de règlement des différends et nous invitent à nous y intéresser plus tôt que tard.

A) L'adoption du Nouveau Code de procédure civile du Québec

L'intérêt et l'ouverture du droit civil québécois face aux modes alternatifs de règlement des différends ne datent pas d'hier¹³. Le Québec fut d'ailleurs une province pionnière en la matière, ayant introduit les premières dispositions sur l'arbitrage dès la réforme du *Code civil du Bas-Canada*, prédécesseur du *Code civil*. Il ne fait aucun doute que les modes alternatifs de règlement des différends sont mis à l'avant-scène par le législateur dans le nouveau *Code de procédure civile*¹⁴. Il ressort de la lettre et de l'esprit du nouveau *Code de procédure civile* que le législateur voulait instaurer un changement de comportements des parties comme de leurs procureurs de façon à favoriser la coopération et le dialogue. Son article 1 est à cet égard évocateur. En plus de sa position chronologique, les termes sont affirmatifs : « [...] Les parties *doivent* considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend *avant* de s'adresser aux tribunaux »¹⁵ (notre emphase). L'obligation de les considérer en amont de la procédure judiciaire est donc de droit nouveau. La ministre de la Justice au moment de l'adoption, Mme Vallée, a également ajouté ce commentaire, qui traduit avec fidélité le changement de culture espéré par l'introduction d'une telle disposition :

« Le dernier alinéa fait obligation aux parties de considérer le recours aux modes privés avant de saisir les tribunaux de leur différend. Cette règle, qui s'inscrit dans l'approche de coopération préconisée par la disposition préliminaire, exige des parties qu'elles examinent attentivement cette voie dans leur prise de décision. Bien qu'elle ne soit pas contraignante au point de rendre irrecevable l'action en justice qui n'aurait pas été précédée d'une tentative de règlement, la disposition devrait, en raison de son caractère impératif, entraîner un changement important dans le rôle des juristes qui devraient désormais présenter à leurs clients un ensemble de possibilités pour la résolution des conflits. Ce changement

¹³ Principalement grâce à l'impulsion donnée par le commerce international. La comparaison entre la loi antérieure et la loi actuelle confirme que le législateur québécois exprime une volonté très nette de hisser le régime québécois de l'arbitrage conventionnel au premier rang des législations qui, dans le monde, se veulent progressistes en cette matière, voir John E. C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne » (1987) C.P. du N. 507 à la p. 523, cité dans *La Laurentienne-vie, compagnie d'assurance Inc. c. L'Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1238 (C.A.), par. 23., en ligne : <<https://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/01/b8/lesmodesamiabilesdereglementdesdifferends.pdf>> (page consultée le 12 mars 2019).

¹⁴ Voir notamment la réflexion de plusieurs auteurs dans Stéphane Bernatchez (dir.) et Louise Lalonde (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile du Québec : « Approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke.

¹⁵ Art. 1 al.3 C.p.c.

s'imposera d'autant plus puisque, si le différend est porté devant les tribunaux, les parties devront faire état de la considération apportée à cette voie dans le protocole de l'instance, tel que le prévoit l'article 148. »¹⁶

Il est vrai que l'on prête aux modes privés de prévention et règlement des différends plusieurs vertus, comme la rapidité, la simplicité et la flexibilité, bref, autant de caractéristiques dont le système judiciaire actuel semble manquer. Contribuer à leur développement et à leur utilisation est donc dans l'intérêt de la justice¹⁷, justice que ces modes doivent côtoyer dans un esprit de complémentarité et non de compétition.

B) Spécificités de l'industrie de la construction

Le système judiciaire n'est pas réputé pour être rapide¹⁸. En 2018, le Barreau du Québec pressait d'ailleurs les autorités compétentes d'éviter un « effet Jordan » en matière civile¹⁹. L'industrie de la construction n'est évidemment pas la seule à subir cette situation. En revanche, cette dernière est reconnue pour être propice aux litiges²⁰, au point où l'on peut se demander s'ils sont inhérents à l'activité. Il est vrai que plusieurs caractéristiques font d'elle un terrain fertile pour les différends. De surcroît, nous verrons que sa structure et son fonctionnement ont tendance à alimenter les différends et à aggraver leurs conséquences plutôt qu'à les résorber. Ce sont entre autres ces particularités qui ont encouragé puis convaincu le législateur ontarien²¹, et

¹⁶ Commentaire de la ministre de la justice sur l'art.1 C.p.c. dans Claire CARRIER et Hubert REID, *Code de procédure civile du Québec : Jurisprudence et doctrine*, 34^e éd., coll. Collection Alter Ego, Wilson & Lafleur, 2019.

¹⁷ Entendue comme la justice classique, soit celle émanant de l'État via les tribunaux judiciaires.

¹⁸ Déjà en 1998, l'auteur Pierre Bienvenu soulignait l'importance des délais. PIERRE BIENVENU, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends », dans *La Construction au Québec : perspectives juridiques (1998)*, Wilson & Lafleur, à la page 762.

¹⁹ Barreau du Québec, *Pour un système de justice en santé*, 2018. <https://www.barreau.qc.ca/media/1176/rapport-demandes-financement-justice.pdf> (page consultée le 28 juillet 2019).

²⁰ INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, *Guide des modes de prévention et de règlement des différends pour la construction*, mai 2017, p. 1. RACHEL BENDAYAN et OLIVIER F. KOTT, « L'arbitrage international et domestique : toujours la meilleure solution pour résoudre les litiges dans le domaine de la construction ? Considérations pratiques et juridiques », dans *Développements récents en droit de la construction (2011)*, coll. Service de la formation continue, Barreau du Québec à la page 31. P. BIENVENU, « L'arbitrage comme mode de règlement des différends », préc., note 18, p. 761.

²¹ B. REYNOLDS ET S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2.

britannique²² avant lui, d'élaborer un mode de règlement qui tienne compte des besoins spécifiques de l'industrie. Parmi les nombreux éléments expliquant la récurrence des litiges dans l'industrie de la construction, ceux que nous aborderons ressortent de la littérature comme étant les principaux. Leurs conséquences sur les parties seront aussi abordées. Ces observations valent pour la plupart des projets et l'impact des différends variera notamment en importance selon l'ampleur du chantier. Les défis que l'industrie de la construction doit relever sont d'ordre technique, humain, contractuel et économique.

1. Complexité technique

L'une des premières caractéristiques de l'industrie de la construction est la complexité technique des projets. Sauf exception, chaque construction est unique. Même si les parties ont déjà réalisé des travaux semblables, il subsiste généralement une part d'aléas. La complexité technique se manifeste notamment par la spécialisation des professionnels dont le concours est souvent nécessaire à la réalisation de l'ouvrage. Des difficultés peuvent surgir autant à la phase de conception qu'au moment de construire, d'autant plus que ces dernières peuvent être poursuivies de façon simultanée²³. La mise en service peut également représenter un défi²⁴. Le volume réglementaire reflète également cet état de fait. En effet, pour des raisons de santé et de sécurité, le choix des méthodes et matériaux de construction ne peut être improvisé. À cet égard, l'article 2100 C.c.Q. prévoit :

« L'entrepreneur et le prestataire de services sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client, avec prudence et diligence. Ils sont aussi tenus, suivant la nature de l'ouvrage à réaliser ou du service à fournir, d'agir conformément aux usages et règles de leur art, et de s'assurer, le cas échéant, que l'ouvrage réalisé ou le service fourni est conforme au contrat.

²² SIR MICHAEL LATHAM, *Constructing the Team. Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Agreements in the United Kingdom Construction Industry*, 1994.

²³ Aussi appelée « construction en fast-track ». John W. Hinchey, *Fast-Track International Construction Arbitrations*, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers 2013*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, Fordham Law School annual conference, 2013, p. 227-257, p. 227.

²⁴ Par exemple, la mise en service du Réseau express métropolitain fut reporté de près de deux ans, notamment en raison de problèmes de sécurité liés au tunnel du Mont-Royal. <https://www.lapresse.ca/actualites/enquetes/201910/01/01-5243546-rem-deux-ans-de-plus-pour-securiser-le-tunnel.php> (page consultée le 1er décembre 2019).

Lorsqu'ils sont tenus au résultat, ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité qu'en prouvant la force majeure ».

Selon les termes du contrat, ces intervenants peuvent donc avoir une obligation de résultat²⁵. De plus, mentionnons qu'en droit civil québécois, leur responsabilité peut être engagée en cas de perte de l'immeuble²⁶. Il n'est donc pas rare que les litiges en construction requièrent une preuve, factuelle et scientifique, volumineuse²⁷. Elle est composée le plus souvent de plusieurs documents techniques et contient généralement une, voire plusieurs, expertises ou témoignages d'experts. Nous verrons au Chapitre I ce que le législateur britannique a prévu pour répondre à cette réalité²⁸.

2. Multiplicité et diversité des intervenants

Conséquence directe de la complexité et de l'ampleur des projets, la quantité et la diversité des acteurs impliqués ne facilitent en rien la gestion du chantier. On attribue d'ailleurs au facteur humain ou comportemental une part appréciable dans la survenance des litiges²⁹. Même lorsqu'une formule clés en main est retenue, l'entrepreneur principal aura probablement recours à des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux³⁰. Lorsque la construction et la conception sont effectuées par des entités différentes, ces dernières doivent communiquer efficacement. On l'aura compris, le grand nombre d'acteurs représente un défi majeur en termes

²⁵ Art. 2100 C.c.Q.

²⁶ Art. 2117 à 2119 C.c.Q.

²⁷ À un point tel que l'ICC a publié le rapport intitulé : « Final Report of Construction Industry Arbitrations », qui propose aux parties de bonnes pratiques en matière d'administration de la preuve pour les litiges en construction. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Final Report on Construction Industry Arbitrations*, 2001, en ligne : <http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0017.htm> (page consultée le 14 octobre 2018). JANE JENKINS, *International Construction Arbitration Law*, Second Edition, 1, coll. Arbitration in Context Series, Kluwer Law International, 2013, p. 1.

²⁸ La nature, l'ampleur et la complexité des différends soumis à l'arbitrage intérimaire et la difficulté que pose la preuve dans ces cas est l'une des réserves les plus récurrentes quant à la capacité de l'arbitrage intérimaire à disposer du différend dans les délais impartis.

²⁹ ARCADIS, *Global Construction Disputes Report 2019: Laying the Foundations for success*, 2019, p. 14. https://images.arcadis.com/media/5/D/1/%7B5D16141D-B883-4398-BB35-218023E1F4F6%7DRP_GCDR_AL20190620_Final.pdf?_ga=2.234935873.171188006.1564536362-180693294.1537954172 (page consultée le 30 juillet 2019).

³⁰ J. JENKINS, préc., note 27, p. 2.

de coordination, à l'intérieur comme à l'extérieur du chantier, en amont comme en aval. Selon la longueur du projet, ces efforts de communication et de coordination devront être soutenus tout au long du projet.

À cet effort s'ajoute la délicate balance des intérêts présents. Si ultimement tous ont intérêt à ce que le projet se déroule dans les temps et selon le budget prévu, cette convergence se transforme en divergence lorsque survient un différend sur un point donné. Si le droit commun place le client d'un côté et l'entrepreneur ou le prestataire de service de l'autre, la réalité ne se réduit pas à ces deux camps. Au contraire, les retards de paiement constituent un bon exemple. Selon le différend, les intérêts des investisseurs, des prêteurs, des assureurs, des cautions, des fournisseurs de matériaux et autres intervenants peuvent être en jeu.

3. Complexité juridique et contractuelle

Ces observations nous amènent à aborder les relations contractuelles qu'entretiennent tous ces intervenants. Elles sont plus ou moins complexes ou élaborées selon la nature du travail à effectuer et des sommes investies. Le contrat principal, les contrats de sous-traitances et autres conventions satellites ont pour fonction d'établir les droits et obligations de chacun. L'allocation des risques en matière de contrat de construction peut faire l'objet d'une étude entière tant elle peut s'avérer complexe. Pour fragmenter la responsabilité, les parties peuvent choisir de séparer les fonctions de conception et de construction³¹. Malgré un interlocuteur direct en moins, les projets livrés clés en main incluent tout de même plusieurs sous-entrepreneurs et fournisseurs, comme mentionnés plus haut. De plus, il n'est pas rare que pour certains projets d'ampleur, typiquement les appels d'offres internationaux, les professionnels se regroupent sous diverses formes contractuelles, comme le *joint-venture*³². Quant aux partenariats public-privé, leurs particularités justifient une étude distincte.

³¹ J. JENKINS, préc., note 27, p. 2.

³² Co-entreprise. David H. Kauffman, *The Construction Hypothesis: Insights Into Quebec Lien and Construction Law*, Wilson & Lafleur, 2015, p. 244-245, par. 471 et suivants.

Il convient également de souligner l'utilisation de plus en plus courante de contrat type dans le domaine de la construction³³. Ces contrats sont élaborés par des entités publiques ou privées spécialisées dans le domaine³⁴. Ils contiennent généralement des mécanismes contractuels pour gérer les modifications et ajustements en cours de contrat. L'enjeu de ces outils demeure leur adaptation aux besoins particuliers des parties. Le contrat final doit en effet être cohérent. L'usage récurrent permet une relative prévisibilité. En effet, certains deviennent si courants qu'une jurisprudence s'en est dégagée³⁵.

Autre symptôme du nombre d'intervenants et de la diversité des relations contractuelles que cela engendre, la jonction³⁶ d'instances et les interventions forcées³⁷ sont monnaie courante dans les litiges judiciairisés³⁸. En effet, les litiges multi-parties ou multi-contrats semblent plus fréquents dans l'industrie de la construction qu'ailleurs³⁹. Comme tous différends, la judiciarisation entraîne des coûts et des délais supplémentaires. La nature contradictoire du procès judiciaire est également susceptible de miner la relation des parties.

4. Les conséquences économiques

Les différends peuvent avoir des conséquences particulièrement importantes dans cette industrie. Celles qui nous préoccupent sont d'abord d'ordre économique : il s'agit des retards

³³ J. JENKINS, préc., note 27, p. 2.

³⁴ Au niveau mondial, les contrats-type de la FIDIC sont parmi les plus utilisés. Au Canada, le Comité Canadien des Documents de Construction offre également des modèles de contrats : <http://www.ccdc.org/fr/>.

³⁵ Par exemple, les contrats-types élaborés par la FIDIC sont particulièrement connus et utilisés dans les projets internationaux de construction. J. JENKINS, préc., note 27, p. 2

³⁶ Art. 210 C.p.c et suivants.

³⁷ Art.188-190 C.p.c.

³⁸ D'ailleurs, la difficulté de le faire en matière d'arbitrage est perçue par une partie de la doctrine comme un inconvénient. En effet, il demeure possible de le prévoir contractuellement : « En outre, en l'absence d'accord entre les parties, un demandeur risque de se voir refuser par une institution d'arbitrage la possibilité d'entreprendre un arbitrage multipartite contre plusieurs défendeurs. Certaines législations permettent aux tribunaux judiciaires d'ordonner la jonction ou « consolidation » de plusieurs arbitrages, mais elles nécessitent le plus souvent le consentement des parties. »

Voir la section 6.3 dans P. BIENVENU, préc., note 18, p. 800, 801.

³⁹ *Id.*,763, 764. À ce sujet, voir aussi l'ouvrage de Dimitar Kondev : Dimitar Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, Chichester, West Sussex, United Kingdom ; Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons Ltd., 2017. Il s'agit d'une deuxième réserve souvent invoquée concernant la capacité de l'arbitrage intérimaire à régler ce type de litige.

de paiement. Le problème n'est pas qu'anecdotique, au point où l'on pourrait se demander s'il existe une « culture » du retard de paiement dans la construction. Ils sont la problématique principale visée par les législations sur le paiement rapide⁴⁰. Au Royaume-Uni, les conclusions⁴¹ de Sir. Michael Latham à cet effet demeurent d'actualité et pertinentes. Il ressort des législations sur les paiements rapides que si l'industrie de la construction n'a pas le monopole des inconvénients liés aux litiges qui s'éternisent, elle est certainement l'une des plus affectées. Notamment en raison des structures commerciales impliquant souvent des sous-entrepreneurs, des besoins particuliers en termes de trésorerie et de la nature pyramidale de la chaîne des paiements, les conséquences économiques ou financières des différends sont décuplées⁴².

Tout d'abord, s'il est rare qu'un entrepreneur ou fournisseur de service soit payé avant d'avoir fourni sa prestation⁴³, il est tout aussi rare qu'il ne reçoive son paiement qu'à la fin des travaux. La plupart des paiements sont dits progressifs⁴⁴. Ils s'échelonnent sur toute la durée du projet selon un calendrier établi ou selon l'achèvement de phases déterminées ou encore selon une combinaison des deux. Leur libération se fait généralement par l'émission d'un certificat de conformité, avalisé par un expert-conseil mandaté à cet effet par le donneur d'ouvrage, le plus souvent un ingénieur ou un architecte⁴⁵. Pour le donneur d'ouvrage, cela permet d'exercer un certain contrôle sur la qualité et de conserver un incitatif.

⁴⁰ Notamment, aux États-Unis via les différents *Prompt Payment Act*, amendés pour la dernière fois en 1988 : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-102/pdf/STATUTE-102-Pg2455.pdf> (page consultée le 5 août 2019).

⁴¹ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, pp. 9, 31, 36.

⁴² Prism Economics and Analysis, *The Need for a Prompt Payment Act in Federal Government Construction*, p. 15, en ligne : <<https://mca.ca/wp-content/uploads/2015/08/Prism-Economics-Prompt-Payment-Report-2013.pdf>>. (page consultée le 25 août 2019). Le rapport mentionne d'ailleurs : « Late payment is a problem in every industry. However, the unique structure of the construction industry amplifies the consequences of late payment. The construction industry is distinct from other industries because of its complex system of contracting and sub-contracting. The system maximizes the benefits of specialization. However, to function, the system of contracting and sub-contracting requires that cash flows through many levels of a pyramid structure. An interruption in the payment flow anywhere in the construction pyramid has a cascading effect down the rest of the contracting and sub-contracting chain ».

⁴³ Art. 2111 al.1 C.c.Q. : « Le client n'est pas tenu de payer le prix avant la réception des travaux. »

⁴⁴ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 29.

⁴⁵ *Id.*, p.29. J. JENKINS, préc., note 27, p. 28. Le Code civil prévoit également des dispositions supplétives lorsque l'ouvrage est réalisé par phase à l'article 2114.

De plus, l'alinéa 2 de l'article 2111 C.c.Q. permet au client de retenir une somme suffisante pour couvrir les réparations et corrections nécessaires en cas de vices apparents. Lorsqu'il est question d'ouvrages immobiliers, l'article 2123 C.c.Q. permet les retenues relatives aux créances de ceux pouvant faire valoir une l'hypothèque légale de la construction sur l'ouvrage en question. Cependant, il doit être souligné que rien n'empêche les parties de prévoir les retenues dans leur contrat.

Plusieurs raisons peuvent expliquer le retard dans les paiements⁴⁶. Par exemple, s'il anticipe un différend pouvant entraîner l'arrêt des travaux, le donneur d'ouvrage pourrait être tenté de suspendre les paiements pour protéger ses droits⁴⁷. Et s'il n'est pas obligatoire d'effectuer des retenues dans toutes les juridictions, il s'agit d'une pratique courante⁴⁸. Si elles n'ont pas été prévues ou encore considérées excessives par l'entrepreneur, ce dernier pourrait à son tour être tenté de suspendre les travaux. Le « cercle vicieux des liquidités »⁴⁹ est installé. Si cette situation est désagréable pour l'employeur qui peut lui aussi souffrir économiquement de ce retard, elle peut être fatale à l'entrepreneur, dont les dépenses en matériaux et main-d'œuvre, notamment, se poursuivent⁵⁰. Malgré les moyens légaux et contractuels disponibles pour en atténuer les effets, ce déséquilibre en faveur de l'employeur est décrié par les principaux intéressés, qui se plaignent d'être ainsi « vaincus à l'usure »⁵¹. Cette asymétrie est encore plus évidente lorsqu'il

⁴⁶ Par exemple, des retards dans l'émission des certificats ou dans l'approbation des modifications. Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 32.

⁴⁷ En revanche, la prudence est de mise. En effet, la défense d'exception d'inexécution de l'article 1591 C.c.Q. ne pourra être soulevée avec succès pour une suspension hâtive et injustifiée. Le client peut effectuer des retenues en vertu de l'alinéa deux de l'article 2111 C.c.Q. Il peut également le faire en vertu de l'article 2123 C.c.Q.

Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 31

⁴⁸ *Id.*, p. 43.

⁴⁹ *Id.*, p. 11.

⁵⁰ B. REYNOLDS et S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2, p. 220 lorsque converti en format PDF.

⁵¹ Faute d'avoir les liquidités ou la trésorerie suffisante. Cependant, on ne peut généraliser la mauvaise foi de certains donneurs d'ouvrage. Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 9, 31, 36.

s'agit de contrats publics⁵² ou lorsque des sous-traitants et fournisseurs spécialisés sont impliqués⁵³.

La trésorerie, vitale pour toute entreprise, est donc particulièrement sollicitée dans l'industrie de la construction. En plus de prévoir sa trésorerie en fonction des retenues, prévues ou non, l'entrepreneur peut avoir à effectuer certaines dépenses dans l'optique d'obtenir un contrat⁵⁴. Une fois le contrat obtenu, l'entrepreneur mobilise la force de travail et les équipements dont il a besoin pour accomplir les travaux. Dans la foulée, il commande ses matériaux et retient les services de sous-traitants au besoin. Il s'agit donc d'une industrie où les sommes avancées avant le début des prestations demeurent importantes.

Enfin, l'ordre pyramidal⁵⁵ des paiements fragilise encore plus la trésorerie des entrepreneurs, car les paiements ont un « effet boule de neige »⁵⁶. En règle générale, les paiements proviennent du haut de la pyramide et se dirigent vers le bas. Le client occupe le haut de la pyramide, l'entrepreneur général et les professionnels le milieu et les sous-entrepreneurs et fournisseurs de matériaux, le bas. S'il survient un différend avec un élément de la chaîne, les niveaux inférieurs s'en trouvent pénalisés, même si aucun manquement ne peut leur être imputé par

⁵² Le gouvernement fédéral et provincial étudient actuellement les avenues possibles pour implanter une législation de paiement rapide. Québec a d'ailleurs lancé un projet pilote sur le sujet : *Projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés*, (2018) 150 G.O. II, 5063.

⁵³ Ces derniers sont souvent payés lorsque leurs employeurs, souvent l'entrepreneur général, est payé. L'Ontario et le Royaume-Uni ont bien tenté d'éradiquer cette culture du *pay when paid*, mais les récents amendements ontariens démontrent que plusieurs continuent de contourner la loi. L'expression *pay when paid* est traduite par « clauses de paiement sur paiement ». Les auteurs de l'étude recommandent d'ailleurs que l'usage de telles clauses soit encadré, voir Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11. Cette page du document n'est pas paginée. Voir la section « Exigibilité du paiement ». Prism Economics and Analysis, *The Need for a Prompt Payment Act in Federal Government Construction*, p. 15, en ligne : <<https://mcac.ca/wp-content/uploads/2015/08/Prism-Economics-Prompt-Payment-Report-2013.pdf>>. (page consultée le 25 août 2019).

⁵⁴ Par exemple, celles liées à la préparation d'appels d'offres.

⁵⁵ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 1. PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, p. 6.

⁵⁶ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 37.

ailleurs⁵⁷. De plus, les sommes payées en retard le sont rarement avec intérêts, ce qui affecterait négativement les habitudes de paiement⁵⁸. Un cercle vicieux des paiements peut être particulièrement dommageable pour les plus petites structures⁵⁹, qui ne bénéficient pas forcément d'une trésorerie comparable à celles des grands groupes. Leurs possibilités et conditions d'emprunts diffèrent également, de quoi accroître leur vulnérabilité aux retards de paiements⁶⁰. Or, l'industrie de la construction du Québec est majoritairement composée de très petites entreprises⁶¹.

Quant au donneur d'ouvrage, ce dernier a également intérêt à limiter les conséquences des interruptions de paiements. D'une part, afin d'éviter le risque de suspension de son chantier et des coûts que cela pourrait entraîner⁶². D'autre part, à moyen terme, il a également avantage à limiter la fréquence, la durée et l'importance des retards de paiement pour conserver son attractivité et ses partenaires d'affaires. De plus, cela décourage des pratiques commerciales qui ne sont pas dans son intérêt, telle l'inflation des soumissions en amont⁶³. Enfin, les donneurs d'ouvrages y gagnent lorsque le couple offre et demande joue en leur faveur. Ils ont tout intérêt à ce que le marché demeure compétitif et diversifié⁶⁴.

⁵⁷ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 1. REYNOLDS et S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2. PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, p. 10.

⁵⁸ PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, p. 19.

⁵⁹ REYNOLDS et S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2, p.120 (PDF).

⁶⁰ PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, pp. 1,2.

⁶¹ En 2017, 82% des employeurs en construction ont 5 salariés ou moins. Tableau B1, Statistiques annuelles de l'industrie de la construction 2017, https://www.ccg.org/~media/PDF/Recherche/StatistiquesHistoriques/2017/intro_stats_2017.pdf (page consultée le 14 octobre 2018). Voir également Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 8.

⁶² Par exemple, un retard dans la livraison d'un hôtel retarde sa date d'ouverture et peut entraîner une perte de revenus pour l'année de construction.

⁶³ Voir les données recueillies par l'études : Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 56. REYNOLDS et S. VOGEL, *Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario*, préc., note 2, p. 209 (PDF).

⁶⁴ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 55. PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, p. 9.

Pour l'industrie, les retards de paiement se traduisent notamment par l'augmentation des coûts des projets, la diminution ou le report d'investissements et une baisse de productivité puisque les entrepreneurs spécialisés ne peuvent se permettre de conduire plusieurs chantiers simultanément s'ils ne sont pas payés à temps⁶⁵.

Enfin, les options en matière de règlement des différends, qu'elles soient judiciaires ou extrajudiciaires, semblent plus adaptées au risque de *défait* de paiement qu'au risque de *retard* de paiement, selon certains observateurs⁶⁶. Par exemple, le recours basé sur l'hypothèque légale de la construction suppose la fin des travaux⁶⁷. Quant aux cautionnements⁶⁸ d'exécution et de main d'œuvre, ils garantissent les obligations de l'entrepreneur et non celles du client. Le cautionnement ne serait donc d'aucune utilité à l'entrepreneur face au donneur d'ouvrage dans un cas de retard de paiement. De plus, les montants des retards doivent justifier les coûts et les délais qu'impliquent le procès civil et l'arbitrage conventionnel. De surcroît, les deux parties seront aux prises avec une décision définitive, sous réserve d'un appel, alors que les travaux ne sont pas terminés.

Ajoutons que ces modes ne permettent pas, à quelques exceptions près, d'éviter l'arrêt ou la paralysie des travaux. Bref, les retards de paiement ont des répercussions en cascades et, dans une industrie où ils sont la règle⁶⁹ plus que l'exception, le règlement rapide des différends devient un enjeu majeur. Le règlement précoce des litiges est dans l'intérêt de tous. L'arbitrage intérimaire se veut une solution pour, à tout le moins, réduire l'escalade des coûts et des tensions.

⁶⁵ PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, pp. 6,7.

⁶⁶ Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 11. PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, p. 3.

⁶⁷ Art. 2727 C.c.Q.

⁶⁸ Art. 2333 C.c.Q.

⁶⁹ La durée moyenne des comptes clients dans l'industrie de la construction est plus élevée que dans les autres industries. PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, préc., note 53, p. 5.

Méthodologie : approche et défis du droit comparé

Nous comparons intuitivement au quotidien. La comparaison est un réflexe naturel pour appréhender la complexité du réel. En sciences exactes comme en sciences sociales, la comparaison est utilisée dans plusieurs disciplines⁷⁰. Le droit comparé, ou l'analyse comparative du droit, peut s'avérer une approche riche d'enseignements⁷¹. Si son intérêt et son apport ne sont plus sérieusement remis en cause par la plupart des juristes, son ambiguïté épistémologique et le flou méthodologique qui l'entoure continuent de susciter une certaine ambivalence, plusieurs réserves et même quelques suspicions⁷². Nous verrons qu'au-delà du malaise théorique, le droit comparé a une réelle utilité pratique.

Le droit comparé s'est imposé comme l'approche privilégiée pour répondre à notre question de recherche, elle-même posée en termes comparatifs. En effet, notre question n'est pas de savoir si l'arbitrage intérimaire des différends de la construction est possible en droit québécois⁷³, mais bien si le modèle britannique d'arbitrage intérimaire est transposable dans notre droit de la procédure civile et si oui, comment s'articulerait une telle importation. Selon nous, l'exploitation adéquate de ce point de référence qu'est le droit britannique n'aurait pas été possible sans le recours au droit comparé. Nous adopterons la position du législateur qui, ayant toute la latitude requise, n'hésite plus aujourd'hui à s'inspirer ouvertement du droit étranger lorsqu'il est amené à légiférer⁷⁴.

⁷⁰ Stefan GOLTZBERG, *Le droit comparé*, coll. Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 2018, p. 35. Parmi les sciences sociales, citons la sociologie comparée, la littérature comparée, l'histoire comparée, la linguistique comparée etc.

⁷¹ « Le droit comparé est plus fréquent, plus utile qu'on le croit : beaucoup de textes juridiques, y compris législatifs, sont le fruit d'une étude comparative (...) ». S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 1.

⁷² Marc ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, p. 7.

⁷³ Nous estimons que les articles 2 C.p.c. et 6 C.p.c. permettent aux parties de prévoir contractuellement un mécanisme identique à celui étudié.

⁷⁴ Phénomène aussi appelé « transfert volontaire ». Cette expression utilisée pour parler du transfert d'origine jurisprudentielle. Markus MÜLLER-CHEN, Christoph MÜLLER et Corinne WIDMER LÜCHINGER, *Comparative Private Law*, Zurich, Dike, 2015, pp. 101, 102. Cécile Vigour, « Faire varier les échelles dans la comparaison », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 à la page 347. M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, pp. 29,30. Voir également le chapitre 3.

Dans cette section, nous présenterons dans un premier temps l'approche qu'est le droit comparé et, parmi les différentes méthodes répertoriées, celle que nous avons retenue pour la présente étude. Nous aborderons ensuite les défis et enjeux méthodologiques que ce choix comporte. Enfin, nous soulignerons les particularités d'une comparaison dans le contexte de mixité juridique du droit québécois.

1. Le droit comparé, d'abord une approche

1.1 Tentative de définition

À ce jour, aucun consensus ne ressort de la littérature quant à la définition de ce qu'est le droit comparé. En revanche, un certain terrain d'entente semble avoir été trouvé sur ce que le droit comparé n'est pas. Comme pour plusieurs concepts difficiles à cerner, le droit comparé est souvent défini par la négative. Ainsi, il est généralement admis que le droit comparé ne soit pas une branche du droit, comprise comme un corpus normatif composé de règles qui gouvernent, prescrivent ou interdisent la conduite dans un domaine donné et sur un territoire⁷⁵. Nous rejoignons l'idée dominante selon laquelle le droit comparé est d'abord une approche d'analyse qui se caractérise par la confrontation de deux ou plusieurs éléments de droit, généralement issus de droits différents⁷⁶. Le droit comparé ne serait donc pas du droit substantif. Il se situerait plus près du procédé, mais ne saurait être réduit à ce dernier. En effet, il aspire à expliquer et à évaluer les ressemblances et différences, ce qui va au-delà de la simple description⁷⁷.

⁷⁵ M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, p. 4.

⁷⁶ *Id.*, p. 3.

⁷⁷ *Id.*, pp. 4, 9.

1.2 Bref rappel historique

Le réflexe comparatiste dans l'analyse du droit ne date pas d'hier⁷⁸. Certains auteurs la retracent jusque dans l'antiquité⁷⁹ et identifient quelques balbutiements au 18^e siècle⁸⁰. La littérature retient cependant l'année 1900 comme date de naissance du droit comparé en tant que discipline « indépendante et autonome »⁸¹. Nous considérons que le droit comparé en tant qu'approche plus qu'en tant que branche n'a plus à démontrer sa légitimité ni sa pertinence. Il est un outil d'analyse juridique, parmi d'autres.

1.3 Choix méthodologiques préalables

Nous partageons la conception selon laquelle le droit comparé réfère d'abord à un moyen d'étudier le droit, d'une part par la constatation des ressemblances et divergences entre au moins deux éléments juridiques et, d'autre part, par la réflexion qui s'ensuit. Cependant, le droit comparé ne saurait être vu comme une méthode homogène pour autant⁸². Il n'y a pas de consensus sur *la* méthode appropriée en droit comparé ni sur les conditions de validité des méthodes existantes⁸³. Quoi comparer et comment le comparer ne font pas l'unanimité. Ainsi l'on peut identifier plusieurs écoles de pensée, courants et théories du droit comparé. Ces dernières se distinguent essentiellement par la réponse qu'elles apportent à ces questions.

⁷⁸ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 8.

⁷⁹ M. ANCEL, préc., note 72, p. 12.

⁸⁰ En particulier, l'ouvrage « L'Esprit des Lois » de Montesquieu, qui repose en grande partie sur la comparaison des autres systèmes de droit et législations. *Id.*

⁸¹ M. ANCEL, préc., note 72, p. 17., citant le rapport de synthèse de Raymond Saleilles, parmi les principaux animateurs du congrès. Le droit comparé est alors présumé avoir pour objet de : « dégager de l'ensemble des institutions particulières un fond commun, ou tout au moins des points de rapprochement susceptibles de faire apparaître, sous la diversité apparente des formes, l'unité foncière de la vie juridique universelle ». M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, p. 26.

⁸² Marie-Claire Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », 57-1 Revue internationale de droit comparé 7-27, 23.

⁸³ Marie-Claire Ponthoreau, « Comparaison et raisonnement juridique », dans Comparer les droits, résolument, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 à la page 539.

L'un des premiers choix méthodologiques réside dans la définition qu'aura le terme « droit » dans le cadre d'une étude donnée. Nous faisons référence ici aux sources du droit. S'agit-il uniquement du droit positif compris comme le corpus législatif et réglementaire ? De la jurisprudence ? De la doctrine ? Ces choix s'avèrent de plus en plus difficiles dans le contexte normatif actuel, où de nouveaux acteurs prennent place aux côtés des sources traditionnelles ou classiques du droit. De plus, si le droit comparé s'est d'abord manifesté sous la forme d'une législation comparée, il ne saurait aujourd'hui y être réduit⁸⁴. Chaque source entraîne son lot de difficultés et de limites. Par exemple, la législation comparée comporte nécessairement un enjeu linguistique alors que la jurisprudence comparée nécessite une mise en contexte conséquente.

À la question du comment, les réponses sont aussi diversifiées qu'il existe de méthodes et sous-méthodes. Deux constantes se dégagent néanmoins de la littérature. L'analyse de droit comparé comporterait au minimum une description des droits à l'étude et une section portant sur les ressemblances et différences observées⁸⁵. Les deux opérations sont intimement liées, la première entraînant intuitivement la seconde. Selon les buts poursuivis, l'étude comparative peut se limiter à la description⁸⁶ ou elle peut être complétée par une analyse des éléments relevés.

1.4 Principales écoles de pensée

Nous allons résumer ici les deux principales écoles de pensée qui sont ressorties de notre recherche, soit l'école fonctionnaliste et l'école critique⁸⁷.

L'école fonctionnelle fut pendant longtemps la méthode de droit comparée privilégiée. Comme son nom le suggère, l'approche fonctionnelle se concentre sur la fonction des règles

⁸⁴ M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 82, p. 6.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Les classifications des droits sont un bon exemple d'étude comparative descriptive.

⁸⁷ Écoles qui possèdent leurs variantes et courants internes respectifs.

de droit, qui sont vues comme un outil de résolution de problèmes⁸⁸. La base de comparaison est donc l'existence de la même problématique dans deux droits, même si cette dernière s'exprime de manière différente⁸⁹. Les solutions que proposent les droits à l'étude seront ensuite analysées. Leur équivalence fonctionnelle sera déduite en fonction des conséquences concrètes qu'elles ont eues sur un même problème. L'accent est donc mis sur les effets du droit plutôt que sur ses sources ou sa nature⁹⁰. Pour cette école de pensée, la ressemblance est présumée jusqu'à preuve du contraire⁹¹. L'école fonctionnaliste est dépeinte comme ayant une aversion envers l'analyse transdisciplinaire et elle aurait tendance à minimiser l'étude des données non juridiques. Cependant, l'un de ses courants reconnaît la nécessité d'étudier le contexte⁹².

Comme toutes les théories, la rigidité des postulats de l'approche fonctionnelle ne peut rendre compte adéquatement de la complexité du monde réel. En effet, dans la réalité, plusieurs autres éléments ont un impact sur le droit, mais leur étude est omise, car ils sont à l'extérieur du cadre théorique strict de la théorie fonctionnelle. Parmi les principaux griefs adressés à l'approche fonctionnelle, soulignons le risque lié à l'identification et à la présomption d'identité des « problèmes »⁹³. Comme précédemment mentionnés, ces derniers constituent la base commune de comparaison et, à ce titre, ils justifient la pertinence de la comparaison et les conclusions qui en découleront. Comment s'assurer qu'il y a identité des problèmes? En effet, plusieurs auteurs ont souligné « qu'il n'est pas certain que deux cultures se posent le *même* problème ; il est donc périlleux d'identifier deux réponses comme fonctionnellement équivalentes »⁹⁴.

⁸⁸ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 10. M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, pp. 57 à 64.

⁸⁹ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 10.

⁹⁰ Geoffrey SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », dans Comparer les droits, résolument, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 à la page 405.

⁹¹ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 10.

⁹² Il s'agit de l'approche par « formants juridiques ». M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, p. 60.

⁹³ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 13. M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, pp. 63 à 65.

⁹⁴ *Id.*

Quant à l'école critique, celle-ci s'est développée en partie en réponse au fonctionnalisme⁹⁵. Elle formule trois principales critiques : le manque d'emphase sur les enjeux de traduction, l'évacuation du contexte culturel et, enfin, la présomption de similitudes⁹⁶. Bien que les résultats d'une étude comparative critique soient potentiellement plus complets, cette méthode est selon nous ardue à réaliser en pratique en raison des facettes à aborder (économique, politique, sociologique, etc.) et comporte une part de subjectivité plus grande. Cependant, nous retenons de cette école de pensée la nécessité pour tout chercheur de ne pas s'enfermer dans des dogmes qui les priveraient d'un regard nouveau.

2. Défis et limites du droit comparé

En plus d'une remise en cause récurrente de sa légitimité juridique, la valeur scientifique du droit comparé fut également l'objet d'une littérature abondante⁹⁷. Le droit comparé présente plusieurs choix méthodologiques qui influenceront fortement le résultat de l'analyse. Nous citerons les plus récurrents et ceux qui nous apparaissent comme étant les plus compromettants.

2.1 Choix des critères de comparaison

Le recours au droit comparé suppose une différence. En effet, pourquoi comparer deux objets identiques ? Cependant, est-il possible, et pertinent, de comparer deux objets radicalement différents ? L'adage populaire « on ne compare pas des pommes et des oranges » en dit long sur la suspicion qui accompagne souvent la méthode comparative, en droit comme dans d'autres disciplines. Ces questions soulèvent à juste titre l'importance d'une base de comparaison pertinente. Ces « critères de comparabilité » assurent un

⁹⁵ G. SAMUEL, préc., note 90, p. 406. M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », préc., note 82, p. 15.

⁹⁶ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 17.

⁹⁷ M. ANCEL, préc., note 72, p. 30.

minimum de validité quant aux conclusions qui seront tirées de l'exercice⁹⁸. Établir cette base de comparaison, dans un souci d'objectivité, est plus délicat dans le contexte des sciences sociales, dont les critères sont forcément teintés par le chercheur⁹⁹. En droit, l'exercice est particulièrement délicat lorsque les droits à l'étude sont issus de deux systèmes juridiques différents, car une notion ou un concept peut ne pas avoir d'équivalent.

Dans la présente étude, le droit britannique sera d'abord comparé au droit québécois sur la base des règles de procédures régissant, d'une part, l'arbitrage intérimaire et, d'autre part, l'arbitrage conventionnel. Notre base de comparaison est donc essentiellement la nature arbitrale des procédures. Nous considérons que le caractère intérimaire du modèle britannique est accessoire, et sa réelle conséquence concerne principalement la décision et non la nature du processus. Selon nous, son déroulement présente suffisamment de similitudes pour constituer une base de comparaison. Enfin, l'origine statutaire de l'arbitrage intérimaire au Royaume-Uni facilite l'interprétation de la jurisprudence qui en a découlé. Ce statut lui donne préséance sur la *common law* au sens de droit non écrit.

2.2 Excès dans les ressemblances et différences

L'une des premières étapes du droit comparé est l'identification de similitudes et distinctions. Selon la question de recherche et les critères de comparaison retenus, le chercheur peut verser dans la *parallélomanie* ou la *parallélobie*. « La parallélomanie est la tendance à surinterpréter certaines ressemblances »¹⁰⁰. À l'opposé, la *parallélobie* nie toute ressemblance, allant jusqu'à refuser la comparaison elle-même¹⁰¹. En plus du

⁹⁸ CATHERINE VALCKE, « « Droit » : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », dans Comparer les droits, résolument, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 à la page 109.

⁹⁹ « Plusieurs types de comparaison étant possibles, le problème méthodologique fondamental tient à la justification des critères de comparaison. » M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », préc., note 82, p. 17.

¹⁰⁰ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 1.

¹⁰¹ *Id.*, p. 7.

nombre et de l'intensité présumée des ressemblances et différences, leur hiérarchisation quant à la question de recherche est forcément teintée d'une certaine subjectivité¹⁰².

2.3 Caractère superficiel de la comparaison

Il fut à maintes reprises reproché au droit comparé de ne rester qu'en surface. Cette méthode ne permettrait qu'une connaissance superficielle, car essentiellement descriptive. Nous concédons qu'une comparaison descriptive ou trop étroite ne peut qu'être superficielle. C'est pourquoi dans le cadre de cette étude, la description sera suivie d'une analyse des éléments relevés. De plus, cette micro-comparaison sera complétée par une macro-comparaison, qui pourra infirmer ou confirmer les conclusions trouvées¹⁰³. En effet, deux éléments peuvent sembler interchangeables en eux-mêmes, mais non d'un point de vue systémique. Enfin, l'analyse du contexte plus large des règles nous permet d'éliminer en partie ces fausses ressemblances et fausses différences, principalement induites par la lettre de la loi¹⁰⁴.

2.4 Caractère systématique de la comparaison et risque de la superposition

L'une des difficultés qu'implique le choix du droit comparé est de conserver l'élément comparatif, et ce, tout au long de l'analyse. En effet, la simple description de droits distincts, mais mis côte à côte, sans aucune autre interaction, ne saurait constituer du droit comparé; il s'agit davantage d'une superposition. Nous comprenons de la littérature que la comparaison implique un élément d'analyse. L'auteur doit faire interagir les droits qu'il compare. Étant donné que la description est selon nous nécessaire, car elle permet une connaissance de base des deux systèmes, elle doit être suivie d'une analyse comparative des éléments de ressemblance et de divergence. De plus, que la comparaison ait lieu à l'étape de la description, à l'étape de l'analyse ou aux deux, le chercheur doit demeurer

¹⁰² MARIE-LAURE et MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France à la page 142.

¹⁰³ M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, pp. 61, 62.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 107.

systematique dans sa comparaison. Autrement dit, dans la mesure du possible, l'ensemble des éléments de comparaison mentionnés dans un droit doivent également être traités dans l'autre droit à l'étude. Si une notion, un dispositif ou encore un principe est considéré comme inexistant ou sans équivalent, cet état de fait doit être porté à la connaissance du lecteur, qui sera à même de se faire sa propre idée.

Cette approche systématique engendrera une certaine redondance, mais elle est selon nous nécessaire. En effet, nous ne pourrions tirer de conclusions valides si le processus sur lequel elles reposent manquait de rigueur à cet égard¹⁰⁵.

Le droit britannique étant étranger à la plupart des juristes québécois, nous estimons préférable de le traiter séparément.

¹⁰⁵ M.-C. PONTHEAU, « Comparaison et raisonnement juridique », préc., note 83, p. 540.

3. Comparaison droit civil-*common law* en droit civil québécois

Le Québec est une juridiction dite de droit mixte¹⁰⁶. Pour des raisons historiques¹⁰⁷, le droit privé relève du droit civil et le droit public, dans une large mesure, de la *common law*¹⁰⁸. La dichotomie entre droit civil et *common law* est ancienne¹⁰⁹. La logique binaire est également plus intelligible, notamment en raison de sa simplicité. Cependant, ces droits ne sont pas opposés en soi, ils sont *mis* en opposition. Au Québec, les relations qu'entretiennent le droit civil et la *common law* ne se limitent pas à une simple juxtaposition ou une cohabitation¹¹⁰. Dès le début de leur formation, les juristes canadiens sont donc sensibilisés aux influences et interactions entre les deux systèmes. Cette dynamique est autant le fait du législateur que des tribunaux et des praticiens¹¹¹.

Si le droit civil québécois et la *common law* canadienne se côtoient, ils n'en demeurent pas moins différents. En plus des limites propres à la méthode comparée, d'autres difficultés s'ajoutent lorsqu'il est question de comparer deux ou plusieurs droits, surtout lorsqu'ils sont tirés de deux traditions juridiques différentes¹¹². Les deux principaux défis sont de comprendre le dispositif étranger pour ensuite être en mesure de le transposer de manière compatible avec le droit hôte. Ces difficultés se manifestent sous différentes facettes, la plus évidente en l'espèce étant selon nous la langue, mais également les différences de structure.

¹⁰⁶ S. GOLTZBERG, préc., note 70 p. 36. Mentionnons également l'Écosse, la Louisiane, les Philippines et Israël. Pour certains, un droit mixte est celui élaboré, interprété et appliqué en tenant compte de plus d'un système de droit. <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f2-b2/bf2c.html>

¹⁰⁷ Alors que la Proclamation Royale de 1763 impose le droit anglais en Nouvelle-France, l'Acte de Québec de 1774 ramène le droit civil en matière privées. Benoît MOORE, « Le droit civil au Canada », Revue de l'ERSUMA, Numéro spécial, Mars 2014 p. 33-46, à la page. 35.

¹⁰⁸ Le droit privé étant compris essentiellement comme les matières du Code civil. Le droit public s'entend au sens large, soit le droit qui met en cause les intérêts de l'État tels le droit pénal et le droit administratif. S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 35. 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 RCS 919, 1996 CanLII 153 (CSC). B. MOORE, préc., note 107, p33.

¹⁰⁹ C'est du moins ce que suggère la littérature consultée.

¹¹⁰ L'influence de la *common law* sur le droit civil serait beaucoup plus marquée que l'inverse. B. MOORE, préc., note 107, p. 40.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² Difficultés qui ne se posent pas ou se posent moins si deux juridictions civilistes sont comparées par exemple.

3.1 Linguistique et traduction juridique

La comparaison littérale est sans doute l'un des pièges les plus évidents de la comparaison entre deux langues. Le juriste ne peut donc se contenter de la lettre. Qu'il s'agisse du même terme ou d'une traduction, le recours aux autres méthodes d'interprétation est nécessaire, peu importe la méthode choisie¹¹³. Il devient indispensable dans le cadre d'un exercice de comparaison de textes de loi rédigés dans deux langues différentes et issus de deux systèmes juridiques différents. En effet, un même terme peut renvoyer à différents concepts et vice versa¹¹⁴. Quant aux traductions, elles demeurent une interprétation et, à ce titre, teintées par le traducteur et son contexte¹¹⁵. Pour toutes ces raisons, les juristes canadiens redoublent de prudence lorsqu'ils se prêtent à cet exercice. La vigilance est d'autant plus requise lorsqu'un texte britannique est l'objet de la comparaison. En effet, contrairement aux textes fédéraux et à certains textes provinciaux¹¹⁶, les textes britanniques ne sont pas pensés en d'autres langues ni rédigés dans un souci d'application dans un autre système juridique, faute de besoin à cet égard¹¹⁷. Le législateur anglais n'a donc pas le souci d'être compris par des justiciables issus d'un autre système juridique que le sien. La mise en contexte, l'étude de la jurisprudence et la doctrine permettent de confronter le texte à son environnement et ainsi confronter les premières impressions laissées par la traduction.

3.2 L'importance du système juridique

La traditionnelle *summa divisio* entre droit civil¹¹⁸ et *common law* ne date pas d'hier. Ces deux traditions ne sont pas homogènes et ne sauraient résumer l'entière des systèmes

¹¹³ Voir l'ouvrage suivant : Pierre-André Côté, Mathieu Devinat et Stéphane Beaulac, *Interprétation des lois*, 4e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

¹¹⁴ M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, p. 108.

¹¹⁵ Pour en lire plus sur l'enjeu de la traduction dans le droit comparé, voir Simone GLANERT, « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, à la page 279.

¹¹⁶ Le juge Pigeon dans l'arrêt *Sous-ministre du Rev. (Qué.) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, pp. 41, 42 : « Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents: le droit civil du Québec et la Common Law des autres provinces. »

¹¹⁷ Il est vrai que le Royaume-Uni compte trois juridictions, mais elles sont toutes trois de *common law*.

¹¹⁸ Aussi appelé droit romano-germanique.

juridiques¹¹⁹. Cependant, elles sont certainement les plus abordées, car les plus répandues, essentiellement pour des raisons historiques. Au-delà de la langue, c'est bien la présence d'une autre tradition juridique qui rend la comparaison entre droit civil et *common law* délicate d'un point de vue méthodologique. En effet, les cultures et traditions juridiques diffèrent dans leur construction, leurs principes et concepts, leurs raisonnements et leurs institutions¹²⁰. Cela explique la réserve traditionnelle¹²¹ qu'expriment les juristes canadiens quant à l'échange de concepts et principes de part et d'autre, particulièrement dans un contexte judiciaire. Présentées sous forme dichotomique par habitude, nous rappelons qu'une différence entre des traditions juridiques n'équivaut pas à les considérer comme étant en opposition. Des précédents de transferts jurisprudentiels¹²² ou législatifs¹²³ démontrent que ces deux traditions ne sont pas en soi mutuellement exclusives/incompatibles. L'organisation du droit en tant que système distingue cette discipline des autres sciences sociales. En droit, chaque élément doit être analysé à la lumière du système auquel il appartient afin de ne pas tirer des conclusions hâtives. Dans le cas qui nous occupe, il faudra par exemple tenir compte de l'absence, au Québec, de législation spécifique portant sur l'exécution du contrat de construction¹²⁴. La même prudence s'impose lorsqu'il est question de jurisprudence comparée et en particulier lorsqu'il s'agit d'une jurisprudence issue d'une juridiction de *common law* ou mixte de *common law* et de droit civil. En effet, cette jurisprudence est concrète, pragmatique et tenue de respecter le principe d'autorité du précédent¹²⁵. Un tel exposé est si fortement imprégné du contexte propre à la juridiction dont il est issu et aux faits de l'espèce que le

¹¹⁹ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 34.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ On parle même du caractère subversif du droit comparé, dans Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé » (2000), 52 *Revue internationale de droit comparé* 3, pp. 503-527.

¹²² Voir B. MOORE, « Le droit civil au Canada », préc., note 107, pp. 41.

¹²³ Le cas de la fiducie est par exemple. Voir Jacques BEAULNES, *Droit des fiducies*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015. Autre exemple, la liberté complète de tester est une notion héritée de la *common law*. Les recours collectifs également. B. MOORE, préc., note 107, pp. 40, 43.

¹²⁴ L'un des éléments à considérer pour le législateur en vue d'une importation du modèle britannique est l'absence de législation régissant les rapports commerciaux dans l'industrie de la construction de manière comparable aux régimes britannique et ontarien. En effet, les règles du Code civil régissant les contrats d'entreprises ne sont pas entièrement *spécifiques* au contrat de construction. Enfin, certaines lois et règlements s'appliquent aux contrats publics de construction seulement et ne peuvent s'étendre aux contrats entre personnes privées.

¹²⁵ B. MOORE, préc., note 107, pp. 40, 46.

raisonnement est plus difficilement transposable et généralement limité aux faits analogues¹²⁶. En somme, nous rejoignons les propos du professeur Benoit Moore : « Or il ne faut pas écarter une notion au seul motif qu'elle est propre, voire emblématique, à un autre système ou qu'elle peut parfois y connaître des dérivés. L'essentiel est d'abord de s'assurer que la notion est utile, que l'emprunt est nécessaire et que l'implantation se fasse en conformité avec l'esprit du système importateur »¹²⁷.

¹²⁶ Par rapport au juge purement civiliste qui « statue » plus qu'il ne tente de convaincre. B. MOORE, préc., note 107, p. 46.

¹²⁷ *Id.*, pp. 40, 43.

4. Méthode retenue

La méthode retenue pour répondre à notre question de recherche est celle de l'école fonctionnaliste. Malgré ses griefs, elle demeure selon nous la méthode la plus élaborée en termes d'étapes à réaliser. Si la résolution de problème n'est pas la seule fonction du droit et que l'on ne peut l'y résoudre, il ne fait aucun doute que l'adoption de l'arbitrage intérimaire et l'intérêt qu'il suscite chez les législateurs étrangers découlent de son caractère fonctionnel. Cette école de pensée constitue selon nous « un point de départ en vertu duquel deux droits peuvent être mis en communication sur le plan pratique. »¹²⁸

Elle s'effectue généralement en cinq étapes, soit « l'identification du problème en termes fonctionnels, le choix des droits à comparer, la description de ces droits, l'identification des similitudes et des différences, une évaluation critique »¹²⁹. Cet ordre de présentation se prête bien à notre problématique, qui découle directement de la constatation d'un problème réel dans l'industrie de la construction : les retards de paiement. Le Royaume-Uni nous a semblé le droit le plus approprié puisqu'il est celui qui a élaboré l'arbitrage intérimaire. Nous souhaitons comparer le modèle d'origine, car, étant d'origine, il n'a pas été altéré par la lecture qu'en ont fait les juridictions qui l'ont importé.

Bien que le fonctionnalisme constitue le socle méthodologique de notre étude, nous tenterons de répondre aux critiques que nous avons relevées en adoptant une position plus nuancée. Parmi les postulats que nous récusons, mentionnons la portée restrictive du concept de « droit ». Contrairement à ce que veut la doctrine fonctionnaliste, nous estimons que toute source de droit est pertinente, à divers degrés. Notre point de départ sera la législation, mais son analyse sera enrichie des apports de la jurisprudence et de la doctrine. De plus, le caractère juridique de cet exercice n'équivaut pas à une évacuation complète du fait social. Pour les raisons que nous avons abordées en début d'exposé, il ne saurait être question d'un

¹²⁸ G. SAMUEL, préc., note 90, p. 411.

¹²⁹ S. GOLTZBERG, préc., note 70, p. 11. M. MÜLLER-CHEN, C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, préc., note 74, p. 58.

calque pur et simple de la solution britannique vers le droit québécois. Sans verser dans la sociologie juridique et dans la mesure où un élément non-juridique est pertinent, par exemple les pratiques commerciales dans la construction, nous les inclurons dans notre analyse. Enfin, concernant le danger d'une comparaison sur un problème faussement équivalent, il ressort de plusieurs rapports¹³⁰ que le problème central ayant motivé l'instauration de l'arbitrage intérimaire au Royaume-Uni présente une similitude suffisante avec celui qui motive le gouvernement du Québec à lancer un projet pilote sur l'arbitrage intérimaire. Dans les deux cas, il s'agit essentiellement des retards de paiements dans l'industrie de la construction.

En somme, le droit comparé n'est pas une approche homogène. La littérature n'offre aucun critère universellement accepté à partir duquel la validité d'une étude comparative peut être confrontée¹³¹. D'ailleurs, le choix de tels critères serait lui aussi subjectif. Peut-être plus que toute autre approche, le résultat d'une étude de droit comparée est étroitement lié aux choix méthodologiques du chercheur, eux-mêmes faits en fonction de la question de recherche, à son tour influencée par les buts poursuivis. Devant ce constat, il semble que la meilleure garantie que le chercheur puisse offrir soit la transparence dans la présentation des objectifs poursuivis, dans l'explication de ses choix méthodologiques et dans leur application au fil de son analyse¹³².

¹³⁰ Notamment, le Rapport final de Raymond Chabot Grant Thornton et la Coalition contre les retards de paiement dans la construction. Voir aussi le rapport « Établir un juste équilibre », où ses auteurs se basent essentiellement sur le droit britannique pour répondre à la problématique des retards de paiement dans l'industrie de la construction ontarienne. Voir aussi le site internet dédié au projet pilote du gouvernement québécois : [https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews\[tt_news\]=502](https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews[tt_news]=502) (page consultée le 7 décembre 2019).

¹³¹ M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », préc., note 82, p. 18.

¹³² *Id.*

Structure de l'exposé

Cet exposé procèdera en trois temps. Le Chapitre I portera sur le modèle britannique d'arbitrage intérimaire. Sa fonction est de préparer et de renseigner le lecteur sur cette procédure relativement méconnue de la communauté juridique au Québec et au Canada. Les vingt années de jurisprudence et doctrine sur le sujet nous permettent un certain recul. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur les silences, les insuffisances ou encore les imprécisions de la loi. La doctrine a quant à elle pu commenter le tout, autant la loi que les précédents. Il aurait été ardu d'avoir un portrait aussi critique si la procédure à l'étude était celle de l'Ontario par exemple. Venant d'être adoptée, nous n'aurions pas bénéficié d'une documentation aussi critique.

Le Chapitre II reprendra sensiblement le même exercice pour l'arbitrage conventionnel en droit québécois. Le but de ce deuxième chapitre est d'identifier les principales caractéristiques de l'arbitrage en prévision de l'exercice de comparaison qui suivra au Chapitre III. Le Chapitre II vise également à identifier les lacunes de l'arbitrage conventionnel dans le règlement des différends de la construction au Québec.

Le Chapitre III évaluera si les griefs contre l'arbitrage conventionnel trouvent réponse dans l'arbitrage intérimaire. Dans l'affirmative, l'analyse comparative des deux procédures nous permettra d'évaluer les perspectives d'importation. En effet, même si l'instauration de l'arbitrage intérimaire était bénéfique pour l'industrie de la construction, encore faut-il qu'elle puisse s'inscrire et s'intégrer dans le droit québécois. Les éléments seront regroupés en thèmes et abordés de façon chronologique.

Chapitre I : L'arbitrage intérimaire selon le modèle britannique

Le Chapitre I a pour but de présenter le modèle britannique d'arbitrage intérimaire, tel que prévu par le législateur et interprété par la jurisprudence et la doctrine. Après avoir dressé les grandes lignes (A), nous discuterons brièvement du cadre juridique (B) afin que le lecteur ait une idée du contexte dans lequel se déploie et évolue l'arbitrage intérimaire. Nous présenterons finalement les principales étapes de la procédure dans le détail (C).

A) Présentation et grandes lignes de l'arbitrage intérimaire

Dans cette section, nous présenterons la procédure d'arbitrage intérimaire adoptée par le Royaume-Uni en termes généraux. Le but est de définir brièvement les éléments-clés afin que le lecteur ait une idée générale de cette procédure peu connue. Ces derniers seront approfondis au point C) lors de l'étude des dispositions législatives. Nous nous contentons donc ici d'en tracer les grandes lignes.

1. Définition et éléments-clés

L'arbitrage intérimaire est un mode privé de règlement des différends où les parties soumettent leur différend à un tiers dont la décision sera contraignante sur une base intérimaire¹³³. Il n'est donc pas réservé à l'industrie de la construction, bien qu'à notre connaissance, elle soit le seul secteur d'activités à avoir bénéficié d'un enchâssement législatif de l'arbitrage intérimaire.

¹³³ JAMES PICKAVANCE, *A Practical Guide to Construction Adjudication*, Wiley Blackwell, 2016, p. 3 par.1.01.

La nouveauté du modèle britannique comparé à l'arbitrage strictement contractuel est le statut législatif dont bénéficie l'arbitrage intérimaire et le caractère contraignant de la décision qui en découle. L'importance de la qualification du tiers appelé à trancher le différend et la rapidité du processus sont également considérées comme des caractéristiques et particularités de la procédure anglaise¹³⁴. Tous ces éléments distinguent l'arbitrage intérimaire de l'arbitrage classique et des autres modes privés de règlement des différends.

1.1 Traitement législatif et caractère contraignant

Le traitement législatif accordé à l'arbitrage intérimaire est sans doute l'élément qui surprend le plus les juristes. Il se décline en deux volets, soit le caractère obligatoire du processus et le caractère contraignant de la décision.

a) L'enchâssement législatif et le caractère obligatoire du processus

Plusieurs juridictions reconnaissent les modes privés de règlement des différends. Cette reconnaissance s'accompagne généralement d'effets juridiques et, dans certains cas, de règles applicables, la plupart du temps à titre supplétif¹³⁵. À l'époque de l'adoption de la l'arbitrage intérimaire, il était également possible au Royaume-Uni de recourir à ce mode sur une base contractuelle. Le législateur britannique a cependant opté pour l'arbitrage intérimaire statutaire, c'est-à-dire prévu par des dispositions législatives¹³⁶. Selon le régime britannique, cela se traduit par l'existence d'un « droit à l'arbitrage intérimaire »¹³⁷.

¹³⁴ B. REYNOLDS et S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2., p. 270 (PDF).

¹³⁵ Par exemple, le *Code de procédure civile* contient des dispositions sur la conduite d'une médiation ou d'un arbitrage soit les articles 605 à 619 C.p.c. pour la médiation et les articles 620 à 655 C.p.c. pour l'arbitrage. Les parties peuvent s'en inspirer et ces dernières s'appliquent à titre supplétif en vertu de l'art. 6 C.p.c.

¹³⁶ Avant l'introduction de l'arbitrage intérimaire par voie législative, sa version contractuelle était utilisée depuis les années 1970. R. B. REYNOLDS et S. C. VOGEL, « Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire », préc., note 8, p. 182.

¹³⁷ R. B. REYNOLDS et S. C. VOGEL, « Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire », préc., note 8, p. 182. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 3, par. 1.02.

L'article 108(1) *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*¹³⁸ (ci-après « HGRA ») prévoit que toute partie à un contrat de construction *a le droit* de référer un différend qui surgit dudit contrat à l'arbitrage intérimaire :

« 108. –(1) A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section. [...] » (nos soulignements).

Déclencher un arbitrage intérimaire est donc un droit. Les parties choisissent de l'exercer : « The contract shall enable a party to give notice at any time of his intention to refer a dispute to adjudication; » (nos soulignements)¹³⁹.

Le contrat doit permettre aux parties de déclencher un arbitrage. La loi palie toute lacune à cet égard, car elle s'applique en cas de silence ou d'insuffisance, et ce, en vertu de l'article 108(5) HGRA. Les parties ne sont donc pas obligées de procéder par arbitrage intérimaire. Elles peuvent choisir, d'un commun accord, d'opter pour un autre mode ou même se tourner vers les tribunaux judiciaires. En revanche, si l'une d'entre elles exerce son droit à l'arbitrage intérimaire, l'autre partie ne peut y faire échec en y opposant une autre procédure.

Au Royaume-Uni, il s'agissait d'une première. En effet, aucun gouvernement n'avait auparavant imposé un mode *privé* de règlement des différends dans une industrie en particulier. Ce changement ne fut pas sans provoquer une certaine résistance, notamment en raison du droit immuable de recourir aux tribunaux de droit commun¹⁴⁰. Dans le cas d'un arbitrage consensuel, cette renonciation se justifiait jusqu'alors par le principe de l'autonomie de la volonté. Ici, l'obligation de prendre part à l'arbitrage n'est pas contractuelle, mais légale. Depuis l'instauration de l'arbitrage intérimaire, les parties sont

¹³⁸ c. 53 (R.U).

¹³⁹ art. 108(2)(a) HGRA.

¹⁴⁰ Notamment reconnu par l'article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

tout de même libres d'établir les modalités qui leur conviennent le mieux, sous réserve de respecter les exigences minimales établies par la HGRA et le *Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998* (ci-après « SCC »)¹⁴¹.

b) L'effet contraignant de la décision

L'arbitrage intérimaire n'aurait probablement pas connu un si grand succès s'il n'avait pas produit de décisions contraignantes et exécutoires. Le but de l'arbitrage intérimaire est de réduire l'impact des différends susceptibles de nuire ou de paralyser un chantier en permettant leur prompt résolution. Dans ce contexte, un processus malgré sa rapidité, perd en attractivité si des étapes, des délais et des coûts additionnels sont requis. L'arbitrage intérimaire raterait sa cible si les parties devaient systématiquement recourir à l'intervention des tribunaux judiciaires pour rendre la décision contraignante et exécutoire. Afin que les parties s'exécutent dans les meilleurs délais, la décision de l'arbitre intérimaire est contraignante et exécutoire dès sa réception¹⁴². Seule l'exécution forcée requiert l'intervention des tribunaux de droit commun¹⁴³. Enfin, cela permet de justifier le caractère obligatoire de l'arbitrage intérimaire. En effet, il aurait été difficilement justifiable d'imposer une procédure sans cette contrepartie. Nous verrons plus en détail à la section C) les règles et principes qui s'appliquent aux décisions intérimaires, à leur exécution ainsi qu'aux interactions possibles avec la sentence ou le jugement final, le cas échéant.

1.2 Importance des qualifications du tiers

Nous l'avons vu, la complexité technique est un des facteurs expliquant l'abondance, la durée et les coûts importants des litiges découlant des contrats de construction. Vu les délais impartis, le succès de l'arbitrage intérimaire dépend en grande partie des

¹⁴¹ Statutory Instrument 1998 No. 649. R. B. REYNOLDS et S. C. VOGEL, « Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire », préc., note 8, p. 182.

¹⁴² Art.21 et 23 SCC.

¹⁴³ L'arbitre intérimaire n'a pas le pouvoir d'ordonner des mesures d'exécution comme la saisie en vertu de la HGRA ou du SCC.

qualifications et de l'expérience du tiers retenu. Contrairement à l'arbitrage ou au procès final, l'arbitre intérimaire ne dispose pas d'autant de temps pour se familiariser avec le dossier, solliciter plusieurs experts ou encore prendre connaissance de toute la preuve écrite, généralement assez volumineuse. Afin de pouvoir se concentrer sur les droits et obligations des parties dans le dossier en cause, l'arbitre intérimaire doit au préalable avoir une certaine expertise sur les questions qui lui seront soumises. Le Royaume-Uni s'était déjà penché sur l'importance de l'expertise du décideur en la matière. Avant même l'avènement de l'arbitrage intérimaire, les questions particulièrement complexes sur le plan technique étaient soumises à des juges qualifiés, et ce, depuis 1870¹⁴⁴.

1.3 Rapidité du processus

Enfin, l'arbitrage intérimaire surprend par sa rapidité. Il s'agissait là d'une préoccupation majeure des acteurs de l'industrie de la construction et une condition *sine qua non* pour susciter l'intérêt des principaux intéressés¹⁴⁵. L'arbitrage intérimaire est souvent qualifié de *rough justice* ou justice expéditive¹⁴⁶. Cette expression traduit l'objectif de ce mécanisme qui, selon certains, est de rendre une décision rapidement et non de rendre la « meilleure » décision¹⁴⁷. En effet, les conséquences financières des délais étant particulièrement préoccupantes dans cette industrie¹⁴⁸, il s'agit d'un moindre mal, d'autant plus que des corrections pourront être apportées si les parties choisissent de régler ou de se rendre jusqu'au procès ou à l'arbitrage final.

¹⁴⁴ Official Referee, voir <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/queens-bench-division/courts-of-the-queens-bench-division/technology-and-construction-court/history/>

¹⁴⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 3, par. 1.02.

¹⁴⁶ CHRISTOPHER TO, « Adjudication - a Form of 'Rough Justice' ? », (2017) Volume 2017-Issue 4 *Asian Dispute Review* 184-189, 185.

¹⁴⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 3, par. 1.02.

¹⁴⁸ Notamment en raison des coûts de la main d'œuvre, des équipements parfois loués, du retard de l'entrée dans les lieux pour le donneur d'ouvrage, etc.

2. Historique de l'arbitrage intérimaire au Royaume-Uni

L'arbitrage intérimaire est instauré par l'article 108(1) de la HGRA. Elle fut amendée par la *Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009*¹⁴⁹. Nous traiterons du cadre législatif à la section B. La présente section se veut un rappel historique et une mise en contexte des étapes ayant mené à l'adoption de l'arbitrage intérimaire comme mode privilégié de règlement des différends issus des contrats de construction.

2.1 Problématique d'origine

La problématique au cœur de l'adoption de l'arbitrage intérimaire pour l'industrie de la construction demeure essentiellement la même, peu importe les juridictions, et ce, plus de 20 ans après l'adoption de la HGRA. Comme la plupart des juridictions ayant adopté une forme ou une autre d'arbitrage intérimaire pour son industrie de la construction, ce sont en partie les retards de paiement qui ont été à l'origine de la réflexion au Royaume-Uni¹⁵⁰. Il ressort du rapport de Sir Latham que les professionnels et les acteurs du secteur déploraient les retards de paiement et les délais déraisonnables des recours existants. En effet, autant les recours judiciaires que les arbitrages classiques pouvaient prendre au mieux des mois et au pire, des années. Pour l'industrie, cet état de fait engendrait de nombreux problèmes commerciaux, dont le phénomène « d'intimidation commerciale » où la partie la plus faible économiquement prenait le risque de s'engager dans une « guerre d'usure »¹⁵¹. Pressés par la récession du début des années quatre-vingt-dix, le gouvernement et l'industrie ont mandaté conjointement Sir Michael Latham pour conduire une étude sur le cadre juridique et, en particulier, sur l'aspect contractuel des pratiques commerciales en matière de paiements¹⁵².

¹⁴⁹ 2009, c. 20.

¹⁵⁰ SIR MICHEAL LATHAM, *Constructing the Team. Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Agreements in the United Kingdom Construction Industry*, 1994.

¹⁵¹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 4., par. 1.06.

¹⁵² SIR MICHEAL LATHAM, préc., note 150.

2.2 Solutions proposées

Le législateur britannique retiendra la plupart des recommandations du rapport¹⁵³ rendu par Sir Latham, dont la 26^e recommandation préconisant la mise en place de l'arbitrage intérimaire statutaire. La plupart des juridictions reconnaissant et prévoyant des modes privés de règlement des différends l'ont généralement fait dans une perspective supplétive de volonté, notamment en raison du caractère fondamental du droit d'avoir recours à la justice publique. L'élément de contrainte fut néanmoins considéré comme un facteur déterminant dans l'efficacité du mécanisme et l'atteinte des objectifs de la HGRA. Le passage suivant du juge Dyson dans l'affaire *Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd*¹⁵⁴ résume bien l'intention du législateur britannique en introduisant l'arbitrage intérimaire :

« The intention of Parliament in enacting the Act was plain. It was to introduce a speedy mechanism for settling disputes in construction contracts on a provisional interim basis, and requiring the decisions of adjudicators to be enforced pending the final determination of disputes by arbitration, litigation or agreement. [...] The timetable for arbitrage intérimaire's is very tight (see section 108 of the Act). Many would say unreasonably tight, and likely to result in injustice. Parliament must be taken to have been aware of this. [...] It is clear that Parliament intended that the arbitrage intérimaire should be conducted in a manner which those familiar with the grinding detail of the traditional approach to the resolution of construction disputes apparently find difficult to accept. But Parliament has not abolished arbitration and litigation of construction disputes. It has merely introduced an intervening provisional stage in the dispute resolution process. Crucially, it has made it clear that decisions of adjudicators are binding and are to be complied with until the dispute is finally resolved. »

Il suffit d'un coup d'œil à la table des matières de la HGRA pour réaliser que l'arbitrage intérimaire ne constitue qu'une petite portion d'un texte, même s'il constitue un bouleversement de l'industrie. La HGRA a une plus large portée et s'inscrit dans un dessin plus large d'amélioration du cadre juridique de l'industrie¹⁵⁵. D'ailleurs, seule la Partie II porte spécifiquement sur les contrats de construction. Une part appréciable du reste de la

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ [1999] EWHC 254 (TCC), par. 22.

¹⁵⁵ Le rapport de Sir. Latham est à l'origine de la HGRA et traite de plusieurs problématiques de l'industrie de la construction à ce moment-là, dont les retards de paiements.

Partie II porte essentiellement sur les paiements. Certaines clauses contractuelles ont été interdites, telles les clauses dites de *paiement sur paiement*, d'usage courant dans la construction¹⁵⁶. Ces clauses soumettent le paiement de l'entrepreneur général à ses sous-traitants à la condition de recevoir son propre paiement du maître d'ouvrage. Le Royaume-Uni n'est pas la seule juridiction à avoir adopté une législation sur les paiements rapides pour son industrie de la construction¹⁵⁷, et celles ayant adopté son modèle d'arbitrage intérimaire se sont généralement également dotées de telles règles¹⁵⁸. Devant l'importation quasi systématique de ces deux éléments, et le projet-pilote du gouvernement du Québec ne fait pas exception, on ne peut que se demander si l'un peut être importé sans l'autre.

¹⁵⁶ Art. 113 HGRA.

¹⁵⁷ La plupart de ses juridictions sont d'anciennes colonies britanniques, par exemple l'Australie, Hong-Kong et les États-Unis d'Amérique. Pour une analyse comparative, voir B. REYNOLDS et S. VOGEL, « Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario », préc., note 2.

¹⁵⁸ La dernière en date, l'Ontario, possédait déjà des règles spécifiques aux contrats de construction dans sa *Loi sur la Construction*, L.R.O., 1990, chap. C.30.

B) Cadre juridique

Dans cette section, nous aborderons les contextes législatif et judiciaire au sein desquels l'arbitrage intérimaire évolue au Royaume-Uni.

1. Cadre législatif

1.1 Législation primaire

Aussi appelée *Acts of Parliament* ou *Statutes*, la législation primaire est celle qui est votée par le Parlement britannique¹⁵⁹. Sauf exception, elle a vocation à s'appliquer sur tout le territoire sans nécessiter l'aval d'une autre autorité législative. En matière d'arbitrage intérimaire, la HGRA est la législation primaire. Elle fut amendée en 2009 par la *Local Democracy, Economic, Development and Construction Act 2009*¹⁶⁰ (ci-après LDEC). Il s'agit d'une loi dite omnibus. Elle a entre autres élargi le champ d'application de la HGRA et par le fait même l'arbitrage intérimaire. L'expression « *stutory adjudication* » marque simplement l'origine statutaire de la norme. En *common law*, la *statute law* émane d'une autorité législative, par opposition aux lois édictées par l'organe exécutif (*regulatory law*) ou encore au droit établi par la jurisprudence (*commom law* ou *judge made law*)¹⁶¹.

Jusqu'à-là purement contractuel et privé, l'arbitrage intérimaire devient donc un mode statutaire de règlement des différends. Comme mentionné plus haut, la portion consacrée à l'arbitrage intérimaire dans la HGRA est relativement courte par rapport aux bouleversements qu'elle a provoqués dans l'industrie de la construction. Selon nous, le peu d'articles dans la HGRA s'explique entre autres par la commodité que cela permet.

¹⁵⁹ <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/acts-of-parliament/> (page consultée le 19 février 2019).
[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-636-2498?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-636-2498?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

¹⁶⁰ Entrée en vigueur le 1er octobre 2011.

¹⁶¹ Ressource du portail linguistique du canada, <http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra&i=1&index=alt&srchtxt=DROIT%20STATUTAIRE> (page consultée le 2 mars 2019).

En effet, il devient de plus en plus commun pour les législateurs, y compris le législateur britannique, d'ancrer le fond d'une mesure dans une loi et d'en détailler les modalités dans un instrument distinct, généralement via un règlement. Cette approche a le mérite d'alléger la lecture des textes de loi¹⁶². De plus, cela s'inscrit parfaitement dans la logique voulant que la législation primaire soit rédigée en termes généraux alors que les détails sont contenus dans les législations secondaires, présumées mieux adaptées, car propres à chaque juridiction.

1.2 Législation secondaire

La législation secondaire, aussi appelée législation déléguée ou subordonnée, est le fait d'entités autres que le Parlement britannique. Ce pouvoir est prévu dans la législation primaire à laquelle la législation secondaire est rattachée¹⁶³. Pour des raisons politiques et historiques, l'Irlande du Nord, le Pays de Galles et l'Écosse bénéficient d'une large autonomie en matière législative. Cette autonomie se traduit notamment par l'existence de trois assemblées législatives distinctes¹⁶⁴. Ces assemblées adoptent donc, entre autres, la législation secondaire prévue dans divers lois et statuts. La législation secondaire prend généralement la forme de règlements¹⁶⁵.

Les règles qui détaillent l'application de l'arbitrage intérimaire sont des règlements et constituent donc une législation secondaire. Elles diffèrent selon les juridictions. L'Angleterre et le Pays de Galles sont les juridictions qui représentent la majorité du Royaume-Uni en termes démographique et économique. C'est la raison pour laquelle leurs règles, le SCC, seront celles à l'étude¹⁶⁶. En 2011, le *Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 2011* (ci-après « SCC 2011 »)¹⁶⁷ fut adopté

¹⁶² Certains soupçonnent également une facilité à modifier des instruments plus simples, tels les règlements. Source

¹⁶³ <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/secondary-legislation/> (page consultée le 19 février 2019).

¹⁶⁴ Le Royaume-Uni d'Angleterre et d'Irlande du Nord demeure cependant un état unitaire. Les trois assemblées sont celle du Royaume-Uni et l'Irlande du Nord, de l'Écosse et du Pays de Galles.

¹⁶⁵ <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/secondary-legislation/> (page consultée le 19 février 2019).

¹⁶⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 4., par. 1.06.

¹⁶⁷ Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2011, art. 1 SCC 2011.

pour refléter les changements apportés par la *Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009* (ci-après « LDEC »)¹⁶⁸, dont la partie huit amende la HGRA¹⁶⁹.

Deux régimes cohabitent donc. Dans ce travail, nous présenterons l'état du droit à jour¹⁷⁰. Pour l'heure, bien que la plupart des contrats en cours tombent sous les régimes des versions amendées, la majorité des dispositions des versions originales demeurent en vigueur, si bien que nous référerons généralement à la HGRA et au SCC¹⁷¹.

¹⁶⁸ 2009, c. 20.

¹⁶⁹ Articles 138 à 145 LDEC.

¹⁷⁰ Notez que ces lois n'ont pas été refondues par le législateur. Nous avons donc manuellement intégré les modifications. Nous nous sommes également basés sur la version refondue de James Pickavance dans J. PICKAVANCE, préc., note 133.

¹⁷¹ Une version amendée des deux textes est disponible à l'Annexe B. Ces versions sont inspirées des annexes 1 et 2 de James Pickavance, dans J. PICKAVANCE, préc., note 133, pp. 523-537.

2. Cadre judiciaire

Le succès de l'arbitrage intérimaire au Royaume-Uni est en partie attribuable à l'attitude des tribunaux judiciaires, qui ont fait de l'exécution la norme et l'annulation, l'exception¹⁷². Comme pour tout mode privé de règlement des différends, la réception judiciaire des décisions intérimaires est de première importance. En effet, ce type de procédure serait dénué d'intérêt si l'exécution des décisions qui en découlent était entravée par l'hostilité des tribunaux.

Comme nous le verrons à la section C), il n'y a pas de possibilité d'appel puisque la décision n'est pas définitive. Hormis l'éventualité d'un procès final, les tribunaux sont principalement appelés à se prononcer sur des demandes d'exécution ou d'annulation¹⁷³. Dans ces cas, les parties suivent les règles de procédures habituelles en matière civile. Au Royaume-Uni, il s'agit essentiellement des *Civil Procedure Rules*¹⁷⁴ (ci-après « CPR »).

2.1 En première instance

Comme au Québec, la compétence matérielle des tribunaux britanniques s'articule en fonction des matières et des montants. Les *County Courts* traitent de la plupart des réclamations civiles en première instance. Pour les différends plus complexes ou pour ceux dont les montants réclamés sont substantiels¹⁷⁵, la *High Court* aura généralement compétence. À l'image de la Cour supérieure au Québec, la *High Court* a une compétence générale, tant en matière civile que criminelle¹⁷⁶. Elle entend également les appels des tribunaux inférieurs, dont ceux des *County Courts*. C'est la *Queen's Bench*

¹⁷² *Id.*, p. 5, par. 1.08.

¹⁷³ Ils peuvent également se prononcer sur la juridiction des arbitres intérimaires lorsque sollicités par les parties.

¹⁷⁴ *The Civil Procedure Rules 1998*, 1998 no. 3132(L.17). Plusieurs amendements ont été apportés au fil des années, le dernier en date est l'amendement 106, entré en vigueur le 18 mars 2019. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> (page consultée le 3 avril 2019)

¹⁷⁵ Au-delà de 100 000 livres. Article 2.1 et 3.6(1) CPR Part 7. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07/pd_part07a (page consultée le 3 avril 2019).

¹⁷⁶ Où ont été présentés les litiges dont la valeur est moins de 100 000 livres.

Division qui entend la plupart des litiges en construction, en première instance ou en appel des tribunaux inférieurs¹⁷⁷. Elle entend également les demandes à propos des décisions intérimaires, en première instance. Bien que tous les juges de cette division soient compétents pour entendre de telles demandes, les parties les soumettent majoritairement aux juges de la *Technology and Construction Court* (ci-après « TCC »).

La TCC est l'une des trois divisions de la *High Court*¹⁷⁸. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un tribunal spécialisé en matière de technologie et de construction. Elle reprend, à partir d'octobre 1998, le mandat autrefois confié aux *Official Referees*. Ces derniers faisaient également partie de la *High Court*, mais en tant que juges de circuit¹⁷⁹. Ils tranchaient les différends jugés trop complexes par les *County Courts*. Au Royaume-Uni, les magistrats peuvent siéger sur d'autres cours que leur cour d'attache. Ainsi, il sera possible pour un juge de la TCC de siéger à la *County Court*¹⁸⁰. Cette façon de faire permet aux parties de bénéficier de l'expertise d'un juge spécialisé. Vu la popularité de l'arbitrage intérimaire, ce tribunal est devenu la principale instance qui entend les demandes liées aux arbitrages intérimaires¹⁸¹. En plus des règles générales, les parties souhaitant soumettre leur litige à la TCC doivent respecter la section 60 des CPR¹⁸². Cette section établit les règles spécifiques à la TCC¹⁸³. L'article 60.1 (3) définit les différends recevables devant ce tribunal: « (3) A claim may be brought as a TCC

¹⁷⁷ Présentés aux *County courts* par exemple.

¹⁷⁸ Les deux autres sont la Commercial Court et The Admiralty Courts; and administrators. <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/civil-jurisdiction/> (page consultée le 19 février).

¹⁷⁹ Les juges de circuit sont des juges qui tranchent uniquement des litiges en matières civile, criminelle ou familiale (le droit familial est distinct du civil en *common law* anglaise) particulièrement complexes ou dont les réclamations dépassant £15 000. <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/civil-jurisdiction/> (page consultée le 19 février) (valider si source législative, dans les CPR)

¹⁸⁰ <https://www.gov.uk/courts-tribunals/technology-and-construction-court> (page consultée le 19 février 2019).

¹⁸¹ Cela dit, en fonction des montants réclamés. En effet, la TCC n'entend généralement pas, sauf exceptions, les litiges ayant une valeur en deçà de £250, 000. Ainsi, lorsque le litige soulève une question juridique nouvelle ou particulièrement complexe ou encore comporte une dimension internationale, la TCC pourra accepter de se prononcer. <https://www.gov.uk/courts-tribunals/technology-and-construction-court> (page consultée le 19 février 2019).

¹⁸² En plus des *Practice Directions* y afférentes. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part60/pd_part60 (page consultée le 19 février 2019).

¹⁸³ Art. 60.1(1) CPR.

claim if – (a) it involves issues or questions which are technically complex; or (b) a trial by a TCC judge is desirable. (Practice Direction 60 gives examples of types of claims which may be appropriate to bring as TCC Claims) ». Les articles 2.1 et 2.2 des *Practice Directions* nous éclairent davantage:

« **2.1** The following are examples of the types of claim which it may be appropriate to bring as TCC claims –

(a) building or other construction disputes, including claims for the enforcement of the decisions of adjudicators under the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996;

(b) engineering disputes;

(c) claims by and against engineers, architects, surveyors, accountants and other specialised advisers relating to the services they provide;

(d) claims by and against local authorities relating to their statutory duties concerning the development of land or the construction of buildings;

(e) claims relating to the design, supply and installation of computers, computer software and related network systems;

(f) claims relating to the quality of goods sold or hired, and work done, materials supplied or services rendered;

(g) claims between landlord and tenant for breach of a repairing covenant;

(h) claims between neighbours, owners and occupiers of land in trespass, nuisance, etc;

(i) claims relating to the environment (for example, pollution cases);

(j) claims arising out of fires;

(k) claims involving taking of accounts where these are complicated; and

(l) challenges to decisions of arbitrators in construction and engineering disputes including applications for permission to appeal and appeals.

2.2 A claim given as an example in paragraph 2.1 will not be suitable for this specialist list unless it demonstrates the characteristics in rule 60.1(3). Similarly, the examples are not exhaustive and other types of claim may be appropriate to this specialist list »¹⁸⁴.

2.2 En appel

Les parties insatisfaites du jugement de première instance peuvent faire appel de cette décision sous certaines conditions. Elles seront abordées au point C). L'appel d'une décision de la TCC est logé à la *Court of Appeal* ou Cour d'appel, division civile. Un appel de cette même cour est présenté à la *Supreme Court*, le tribunal de dernière instance au Royaume-Uni.

¹⁸⁴ Practice Directions 60 : https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part60/pd_part60#IDAUKC2 (page consultée le 7 décembre 2019).

C) L'arbitrage intérimaire : dispositions législatives et interprétation jurisprudentielle

Dans ce chapitre, nous aborderons en détail les étapes de l'arbitrage intérimaire prévues dans la HGRA et dans le SCC. Ces règles fixent des seuils minimums et s'appliquent lorsque le contrat des parties est muet à ce sujet ou encore lorsqu'il ne respecte pas ces minimas¹⁸⁵. Différentes règles s'appliquent aux parties de l'arbitrage qui peuvent être regroupées en trois phases, soit avant, pendant et après l'arbitrage. Par souci chronologique, nous traiterons donc des étapes selon leur ordre réel d'apparition.

1. Période précédant l'arbitrage : conditions d'application et conditions d'ouverture

Comme son nom l'indique, cette section traitera des conditions à rencontrer pour être assujetti au régime statutaire et pour savoir si l'on est en droit de s'en prévaloir.

1.1 Conditions d'application

Les règles du SCC ne s'imposent aux parties que si la HGRA s'applique. Sa partie II portant sur l'arbitrage intérimaire s'applique automatiquement à tous les contrats de construction (a), conclus après son entrée en vigueur et dont les travaux (b) sont réalisés sur le territoire britannique (c). Nous verrons que certains contrats et travaux sont exclus du champ d'application de la HGRA(d).

a) Le « contrat » au sens de la HGRA

La première condition d'application de la HGRA est l'existence d'un contrat.

L'article 108(1) prévoit :

« 108 Right to refer disputes to adjudication

¹⁸⁵ Art. 2 SCC. Cet article prévoit que ces règles s'appliquent si le contrat ne respecte pas les paragraphes 1 à 4 de l'article 108 HGRA.

- (1) A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section.

For this purpose “dispute” includes any difference. »

Le régime légal d'arbitrage intérimaire ne s'impose que dans le cadre de différends contractuels. C'est l'interprétation qui découle des termes « arising under the contract ». Plus précisément, le différend doit *découler* du contrat et non simplement survenir à l'occasion d'un contrat¹⁸⁶. Les réclamations non contractuelles sont donc exclues du champ d'application du régime légal d'arbitrage intérimaire. En termes de formation, le contrat de construction n'est soumis à aucun formalisme. Depuis les amendements apportés en 2009 par la LDEC, un contrat intégralement écrit n'est plus une condition d'application de la HGRA. Le législateur a quelque peu modifié sa formule et exige maintenant que certains éléments¹⁸⁷ du contrat soient consignés par écrit si les parties souhaitent écarter l'application des *règles* de procédures statutaires. L'écrit n'écarte donc plus l'application du régime statutaire en entier. Au contraire, la suppression de cette condition d'application élargit le champ d'application de la HGRA avec pour résultat que plus de contrats sont ainsi assujettis à l'institution de l'arbitrage intérimaire.

À l'image du droit québécois, le consensualisme demeure donc la règle et non l'exception en droit anglais des contrats¹⁸⁸. En théorie, le contrat est formé par le simple échange des consentements, lui-même rendu possible par la rencontre d'une offre et d'une acceptation¹⁸⁹. En pratique toutefois, les tribunaux anglais ont également considéré que l'intention d'être lié et l'existence d'une contrepartie sont nécessaires¹⁹⁰.

¹⁸⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p.43, par. 4.02.

¹⁸⁷ Il s'agit des éléments se trouvant aux paragraphes 2,3 et 4 de l'article 108 HGRA. Ainsi, les contrats non-écrits n'échappent plus à l'application de la HGRA. Au contraire, ils se voient soumis automatiquement également au SCC, s'ils manquent à cette obligation.

¹⁸⁸ Julian BAILEY, *Construction Law*, Second edition, coll. Construction practice series, New York, White & Case, Informa Law from Routledge, 2016, p. 80, par. 2.69.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 62 et suivantes.

¹⁹⁰ *Id.*, p. 52, par. 2.10. Même si l'intention d'être lié est une composante de l'offre, les tribunaux semblent en faire un élément distinct qui doit être démontré. Quant à la présence de contrepartie, la doctrine anglaise y voit davantage de la morale que du droit.

Pour produire ses effets juridiques, l'échange de consentement doit minimalement porter sur les éléments essentiels¹⁹¹. En matière de contrat de construction, la jurisprudence britannique a déterminé qu'il s'agissait de l'identité des parties, de la description des travaux envisagés, du délai imparti pour les réaliser et enfin du prix¹⁹².

Comme pour la plupart des actes juridiques, l'écrit facilite la preuve de l'existence du contrat et surtout, ses termes. Malgré cet avantage certain, le contrat verbal, en tout ou en partie, demeure courant dans l'industrie de la construction¹⁹³. Dans tous les cas, les éléments essentiels devront se trouver dans l'offre afin que l'on puisse conclure à l'existence d'un contrat suite à son acceptation. Dans le doute, les parties peuvent saisir les tribunaux de droit commun qui se prononceront par jugement sommaire¹⁹⁴. La question peut également être soulevée devant l'arbitre appelé à statuer sur sa juridiction. L'existence du contrat de construction est une question de fait¹⁹⁵.

Pour les besoins de l'arbitrage intérimaire, le législateur britannique a défini ce qu'est un contrat de construction. L'article 104 HGRA prévoit divers contrats:

« **104.** –(1) In this Part a “construction contract” means an agreement with a person for any of the following—

- (a) the carrying out of construction operations;
- (b) arranging for the carrying out of construction operations by others, whether under sub-contract to him or otherwise;
- (c) providing his own labour, or the labour of others, for the carrying out of construction operations.

(2) References in this Part to a construction contract include an agreement—

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p.45, par. 4.11.

¹⁹³ Étrangement, compte tenu de tous les détails liés à la réalisation d'un ouvrage. Par exemple, les partenaires commerciaux de longue date peuvent procéder par bons de commande ou lettres d'intention, le tout chapeauté par un contrat-cadre ou non. Certains éléments peuvent avoir été communiqués verbalement sans que les parties, vu leur relation, aient ressenti le besoin de mettre tout mettre par écrit. J. BAILEY, préc., note 188, p. 49, par. 2.04. Ces écrits peuvent être des contrats sans en porter le nom. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p.45, par. 4.11.

¹⁹⁴ Certains cas demanderont en revanche la procédure classique.

¹⁹⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p.45, par. 4.13.

(a) to do architectural, design, or surveying work, or
(b) to provide advice on building, engineering, interior or exterior
decoration or on the laying-out of landscape,
in relation to construction operations [...] »

Le terme « personne » couvre autant les personnes physiques que les personnes morales¹⁹⁶. À la lecture, deux catégories de contrat de construction émergent. Le paragraphe 1 semble constituer la première catégorie et regrouper tous les contrats visant la réalisation concrète des travaux. Le sous-paragraphe a) semble viser les entrepreneurs qui réalisent directement les travaux. Le sous-paragraphe b), lui, semble s'appliquer à ceux qui organisent ou coordonnent la réalisation de travaux effectués par d'autres. Les gérants de construction, de chantiers ou de projets seraient vraisemblablement visés par cette catégorie¹⁹⁷. En revanche, nous nous interrogeons sur le cas des entrepreneurs généraux qui embauchent et supervisent le travail de leurs sous-entrepreneurs. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence tranchant définitivement cette question. Selon la doctrine, un strict rôle de gestion tombe sous le sous-paragraphe b)¹⁹⁸.

Enfin, le sous-paragraphe c) vise les contrats qui prévoient uniquement la main-d'œuvre, à l'exclusion des équipements et des matières premières. Ce sera le cas des agences de placement qui dispersent leurs travailleurs sur différents chantiers ou encore de l'entrepreneur ou du sous-entrepreneur qui fournit uniquement sa force de travail ou celle d'autres, sans fournir d'équipements ou matériaux¹⁹⁹. Ces contrats sont à distinguer

¹⁹⁶ JOHN REDMOND, *Adjudication in construction contracts*, Oxford, Malden, MA : Blackwell Science, 2001, p. 23.

¹⁹⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 49, par. 4.23.

¹⁹⁸ JOHN REDMOND, préc., note 196, p. 23, section 2.3: « Under many contracts the contractor is not required to carry out any construction work itself. Indeed it is a feature of some contracts that the contractor, who may even be a major construction company, expressly agrees not to carry out any such work. The contractor's role in such contracts is management. In a management contract, the contractor agrees and is required to subcontract all the work of construction involved in the project, contributing only its expertise in organising and co-ordinating the work. In a 'construction management contract' the contractor does not even operate through subcontractors. All the construction work is carried out by individual trade contractors under separate contracts between the employer and the trade contractors. The contractor's responsibility is purely to manage the work. This will generally include the division of the works between trade contract packages and selection of trade contractors. These types of contract are clearly within the ambit of subsection 104(1)(b) ».

¹⁹⁹ J. REDMOND, préc., note 196, p. 24.

du contrat de travail, par ailleurs exclu du champ d'application de la HGRA. Nous y reviendrons.

Le paragraphe 2 s'adresse plus directement aux consultants. Cette deuxième catégorie vise essentiellement les prestations de l'architecte et de l'ingénieur, qu'il s'agisse de conception ou surveillance des travaux. Elle vise également leur rôle-conseil quant à la construction, la conception, la décoration intérieure, extérieure et l'aménagement paysager lorsque ces mandats sont liés à des travaux de construction.

Quant à la multitude de contrats entourant ou découlant du contrat principal, l'analyse se fera au cas par cas et selon le contenu du contrat et des faits entourant son exécution. Dans son exercice de qualification, le juriste devra se demander si les éléments essentiels au contrat de construction identifiés par la jurisprudence sont présents. Certains contrats, en raison de leur récurrence dans l'industrie de la construction, méritent mention. La question s'est notamment posée pour les règlements et les ententes-cadres²⁰⁰, de même que pour les contrats de cautionnement²⁰¹ et les contrats de novation²⁰². Si ces contrats connexes sont interprétés comme étant des contrats de construction, la HGRA s'appliquera aux différends qui en découleront.

En terminant, il va sans dire que l'assujettissement à la HGRA découle d'un contrat de construction valide²⁰³. Le recours au régime légal d'arbitrage intérimaire devra donc être

²⁰⁰ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 53, 54, par. 4.42, 4.47.

²⁰¹ Ils identifient généralement les parties et décrivent les travaux de construction que la caution sera potentiellement amenée à réaliser. Quant au prix et au délai de réalisation, ils sont souvent inclus par référence au contrat principal. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 53, 54, par. 4.23.

²⁰² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 52, par. 4.39. En droit anglais des obligations, les contrats de novation permettent de transférer les droits *et* les obligations d'une partie au contrat à une tierce partie. Il n'est en effet pas possible de céder des obligations comme il est possible de céder des droits. Le contrat de novation se substitue au contrat original, qui est donc annulé *in futuro* et ce, avec l'accord de toutes les parties est requis. S'il remplace le contrat principal, le contrat de novation prévoit probablement la réalisation de travaux de construction et pourrait donc être soumis à la HGRA. BAILEY, préc., note 188, p. 1549, par. 20.81 et suivants.

²⁰³ Un contrat déclaré nul devient inexistant et, de ce fait, privé de tous ses effets juridiques. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 46, par. 4.17.

fait sur une base contractuelle dans le cas des contrats déclarés nuls, car ils n'ont aucune existence légale.

b) Travaux de construction assujettis

La notion de « travaux de construction » est au cœur des conditions d'application de la HGRA. Le détail de l'article 105(1) témoigne du rôle central de la notion. Le paragraphe (1), soit la portion définissant les travaux assujettis, mérite d'être reproduit dans son intégralité :

- « 105. –(1)In this Part “construction operations” means, subject as follows, operations of any of the following descriptions—
- (a) construction, alteration, repair, maintenance, extension, demolition or dismantling of buildings, or structures forming, or to form, part of the land (whether permanent or not);
 - (b) construction, alteration, repair, maintenance, extension, demolition or dismantling of any works forming, or to form, part of the land, including (without prejudice to the foregoing) walls, roadworks, power-lines, telecommunication apparatus, aircraft runways, docks and harbours, railways, inland waterways, pipe-lines, reservoirs, water-mains, wells, sewers, industrial plant and installations for purposes of land drainage, coast protection or defence;
 - (c) installation in any building or structure of fittings forming part of the land, including (without prejudice to the foregoing) systems of heating, lighting, air-conditioning, ventilation, power supply, drainage, sanitation, water supply or fire protection, or security or communications systems;
 - (d) external or internal cleaning of buildings and structures, so far as carried out in the course of their construction, alteration, repair, extension or restoration;
 - (e) operations which form an integral part of, or are preparatory to, or are for rendering complete, such operations as are previously described in this subsection, including site clearance, earth-moving, excavation, tunnelling and boring, laying of foundations, erection, maintenance or dismantling of scaffolding, site restoration, landscaping and the provision of roadways and other access works;

(f) painting or decorating the internal or external surfaces of any building or structure. »

La définition se veut large et englobe la quasi-totalité de ce qui est intuitivement considéré comme de la construction²⁰⁴. Nous rappelons que l'un des piliers sur lesquels repose le succès de l'arbitrage intérimaire est son utilisation par le plus grand nombre de parties. Une définition restrictive n'aurait pas permis d'assujettir autant de travaux. Bien que dresser une liste exhaustive en énumérant les opérations visées comporte le risque qu'une opération ne relève d'aucune catégorie, il semble que la liste demeure suffisante puisque le législateur n'a pas cru bon de la modifier à l'occasion des amendements en 2009. La qualification de travaux comme étant de la construction est une question de faits et de degrés²⁰⁵. Elle peut être soumise aux tribunaux judiciaires, qui se prononcent par jugement sommaire²⁰⁶. Les parties peuvent également soulever cet argument devant l'arbitre puisqu'il s'agit d'une question de juridiction²⁰⁷.

c) Limites temporelles et territoriales

Conformément au principe de non-rétroactivité des lois, la HGRA ne s'applique qu'aux contrats de construction conclus le ou après le 1er mai 1998²⁰⁸, date de l'entrée en vigueur de la HGRA²⁰⁹.

Enfin, en vertu du principe de territorialité, les lois ne sauraient s'appliquer au-delà des limites territoriales de la juridiction qui les a prononcées. Ainsi, seuls les travaux de

²⁰⁴ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 55, par. 4.48.

²⁰⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 57, par. 4.59.

²⁰⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 133, par. 9.88. Les jugements sommaires sont rendus sans débat contradictoire et le plus souvent, sur documents.

²⁰⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 126, par. 9.88.

²⁰⁸ Art. 104(6) a) HGRA.

²⁰⁹ Les contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2011 seront quant à eux assujettis à la HGRA et aux modifications apportées par la LDEC, en vertu de l'article 2 de cette même loi : <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1582/made> (page consultée le 7 décembre 2019).

construction réalisés en Angleterre, aux Pays de Galles et en Écosse sont assujettis au régime statutaire d'arbitrage intérimaire. Les opérations en mer et outre-mer sont exclues²¹⁰.

d) Contrats exclus

Le législateur britannique a choisi d'exclure certains contrats qui se seraient autrement qualifiés comme contrat de construction. Cela ne signifie pas que les parties concernées ne peuvent y recourir, mais simplement qu'elles ne peuvent imposer le régime statutaire à leurs cocontractants.

Parmi les contrats exclus de la HGRA figurent les contrats de travail²¹¹ au sens de l'article 230(2) de l'*Employment Rights Act 1996*²¹². Le contrat de travail se distingue du contrat prévoyant la main-d'œuvre visée par le sous-paragraphe c) de l'article 104(1) HGRA. En effet, dans ce dernier cas, le donneur d'ouvrage qui retient les services d'un entrepreneur ne devient pas employeur et le travailleur ne devient pas son salarié pour autant, même si ce dernier ne fournit que sa force de travail. Cette exclusion ne semble pas avoir créé de difficulté particulière, vu l'absence de jurisprudence se rapportant à cette exclusion²¹³.

Le législateur britannique a également choisi de soustraire le contrat de construction conclu avec un occupant-résident²¹⁴. Même s'il ne l'a pas précisé, il est implicite que seules les personnes physiques sont visées. En effet, l'objectif est de protéger les particuliers et propriétaires ordinaires, dont les besoins et moyens ne justifient pas l'imposition de l'arbitrage intérimaire :

²¹⁰ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 52, par. 4.36

²¹¹ Art.104(3) HGRA.

²¹² 1996, c. 18.

²¹³ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 50., par. 4.29.

²¹⁴ Art.106(1)a) et (2) HGRA. L'article ne spécifie pas si la qualité de propriétaire est nécessaire.

« Section 106 was intended to protect ordinary householders, not otherwise concerned with property or construction work, and without the resources of even relatively small contractors, from what was, in 1996, a new and untried system of dispute resolution. It was felt that what might be the swift and occasionally arbitrary process of construction adjudication should not apply to a domestic householder. »²¹⁵

Le critère qui départage le client-résident du promoteur immobilier est donc l'occupation ou l'intention d'occuper l'immeuble qui fait l'objet de travaux. Il s'agit d'une question de fait²¹⁶. Vraisemblablement, seule la résidence principale est concernée puisqu'on ne peut « occuper » deux habitations à la fois au sens de la HGRA²¹⁷. La personne morale ne peut donc pas se prévaloir de cette exception, même si elle fait construire un immeuble avec l'intention d'y établir son siège social ou d'en faire sa principale place d'affaires²¹⁸. De plus, il ressort de la définition de « maison d'habitation » (notre traduction) que les immeubles à logements, pris comme un tout, sont exclus. Seule la personne physique qui contracte en vue de la réalisation de travaux dans son logement est exclue. Si cette même personne contracte, à titre de propriétaire, en vue de réaliser des travaux dans l'un des logements qu'elle exploite, son contrat de construction sera assujéti à la HGRA, car elle ne répond plus au critère de l'occupation, qui doit être personnelle²¹⁹. Enfin, d'autres contrats peuvent être exclus par le Secrétaire d'État via un ordre d'exclusion²²⁰.

e) Travaux exclus

Certains travaux sont exclus lorsqu'exécutés dans une industrie ou un secteur d'activité particulier. Une liste exhaustive est dressée à l'article 105(2) HGRA. Globalement, les travaux liés à l'exploitation gazière et pétrolière, à l'industrie minière et nucléaire, à la production d'électricité, au traitement des eaux, à l'industrie chimique

²¹⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 63, par. 4.85.

²¹⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 64, par. 4.86.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 64, par. 4.87.

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ À ce jour, seules deux ont ainsi été enregistrées, soit : The Construction Contracts (England and Wales) Exclusion Order 1998 (SI 1998/648) et The Construction Contracts (England and Wales) Exclusion Order 2011 (SI 2011/2332).

et pharmaceutique, à la production d'acier et à l'industrie alimentaire sont exclus²²¹. Il en est de même pour les travaux sur les œuvres artistiques²²².

Dans leur interprétation des exclusions, les tribunaux ont insisté sur le caractère complémentaire des différentes exclusions de l'art.105(2) HGRA et sur la nécessité de conduire une analyse globale des travaux²²³. De plus, ils rappellent que les exceptions doivent être interprétées restrictivement²²⁴. Cette approche réduit les risques d'être aux prises avec un différend mixte, soit un différend qui implique à la fois des travaux ou contrats assujettis et non assujettis²²⁵. Cependant, même si le législateur a prévu ce cas de figure à l'article 104(5) HGRA, le résultat n'est selon nous pas satisfaisant. En effet, cet article précise simplement que seule la portion traitant des travaux de construction assujettis sera effectivement soumise au régime statutaire. Cette disposition ne solutionne en rien les inconvénients évidents que pose l'arbitrage intérimaire d'un différend en partie assujetti. Les prestations sont souvent si intriquées qu'elles ne peuvent aisément être séparées. Il peut s'avérer ardu et même risqué de procéder à l'arbitrage intérimaire d'une partie seulement. En effet, l'arbitre ne peut empiéter sur les travaux ou le contrat non assujetti, sous peine d'excéder sa juridiction et de voir sa décision viciée.

1.2 Conditions d'ouverture et restrictions

Une fois que le régime légal s'applique, les parties ne peuvent y renoncer contractuellement. Si l'une d'entre elles déclenche le processus, l'autre se doit d'y donner suite et ne peut lui opposer un autre recours, qu'il soit judiciaire ou non²²⁶. Il s'agit là

²²¹ Art.105(2) HGRA.

²²² Art.105(2) HGRA.

²²³ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 60, par. 4.67

²²⁴ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 60, par. 4.68.

²²⁵ Il est relativement rare que les contrats de construction traitent de matières et activités aucunement liées à la construction. Le plus souvent, des travaux assujettis et des travaux qui constituent des exceptions se retrouvent au sein du même contrat.

²²⁶ L'arbitrage intérimaire peut cependant être conduit en simultané avec un autre recours. De plus, le droit de recourir à l'arbitrage intérimaire « à tout moment » peut être circonscrit à une période donnée.

d'une « composante fondamentale » du régime britannique d'arbitrage intérimaire²²⁷. Dans cette section, nous discuterons des conditions d'ouverture et des restrictions applicables. Elles sont prévues à l'article 108(1) HGRA :

« A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under a procedure complying with this section.

For this purpose, 'dispute' includes any difference. » (nos soulignements)

Le droit à l'arbitrage intérimaire ne vaut que pour une partie ayant un différend de nature contractuelle. À ces trois conditions principales s'ajoute l'impossibilité de soumettre un différend ayant déjà fait l'objet d'une décision, qu'elle soit intérimaire ou finale, arbitrale ou judiciaire.

a) Être une partie

Il paraît évident que seule une partie au contrat dont est issu le différend puisse déclencher l'arbitrage intérimaire. Cela découle du principe de l'effet relatif des contrats²²⁸. Néanmoins, nous avons cru bon de clarifier cet élément en raison du grand nombre d'intervenants, de la multitude de relations contractuelles possibles et l'existence des contrats multipartites dans l'industrie de la construction. Si les parties sont mal identifiées, la décision rendue pourrait ne pas être valide pour cause d'excès de compétence²²⁹. Plus particulièrement, la situation des sous-traitants mérite mention.

²²⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 44. Le régime légal d'arbitrage intérimaire est souvent perçu à tort comme s'imposant de facto aux parties. En réalité, ces dernières sont libres de choisir un autre mode de règlement. Ce n'est que si l'une d'elle déclenche la procédure que son homologue se doit d'y donner suite. Même à ce stade, le régime légal ne s'appliquera qu'en l'absence de précisions à cet égard ou si les modalités choisies par les parties ne respectent pas les minimums prévus par la Loi.

²²⁸ Appelé « privity effect » en droit anglais. J. BAILEY, préc., note 188, p.50, par. 2.06.

²²⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 116, par. 7.76.

À l'origine, l'interdiction se limitait aux conditions pécuniaires. Il était alors possible de la contourner en rendant le paiement conditionnel à d'autres événements relevant du contrat principal. Par exemple, l'émission d'un certificat de conformité des travaux dans le cadre du contrat principal remplaçait le paiement fait dans le contrat principal. Dans tous les cas, la condition du paiement des sous-traitants se trouvaient dans un contrat distinct, dont la réalisation n'était pas assurée par l'accomplissement de leur propre contrat, d'où les critiques.

Les sous-traitants

En construction, le sous-entrepreneur et le fournisseur de matériaux semblent représenter la majorité des sous-traitants. Le sous-entrepreneur ne transige pas directement avec le maître d'œuvre. Ses services sont plutôt retenus par une partie intermédiaire, généralement l'entrepreneur général. Il en est de même pour le fournisseur de matériaux dans la plupart des cas.

Un sous-traitant ne peut déclencher un arbitrage intérimaire pour un différend découlant du contrat principal, soit celui entre l'entrepreneur général et le donneur d'ouvrage, même s'il en vit les répercussions. Si le sous-entrepreneur n'a pas été payé, il doit diriger son recours vers son cocontractant. Afin de compenser cette absence de recours direct et d'en atténuer les effets, le législateur britannique a interdit les clauses de paiements conditionnels. Aussi appelées clauses de « paiement sur paiement », ces clauses permettent à l'entrepreneur général de rendre le paiement de ses sous-traitants conditionnel à son propre paiement de la part du donneur d'ouvrage. Depuis le 1^{er} octobre 2011, en plus du paiement, la réalisation d'obligations en vertu du contrat principal ne peut servir de condition de paiement dans les autres contrats²³⁰.

En somme, le tiers ne peut déclencher la procédure d'arbitrage intérimaire contre une partie au contrat de construction²³¹. Au Royaume-Uni, ils bénéficient toutefois d'une entorse au principe de l'effet relatif des contrats. La *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*²³² leur permet de bénéficier et d'exercer certains droits à titre de tiers. Cette exception s'applique d'office, mais, en pratique, les parties peuvent l'exclure à l'aide d'une clause à cet effet, comme le permet l'article 1(2) de cette loi.

²³⁰ Art. 142 (2) b) *Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009*, c. 20, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/20/pdfs/ukpga_20090020_en.pdf (page consultée le 2 février 2019).

²³¹ *Hurley Parmer Flatt Ltd v Barclays Bank plc*, [2014] EWHC 3042 (TCC).

²³² c. 31. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents> (page consultée le 18 août 2019).

b) Notion de différend

Le législateur a donné une large portée au terme « différend » pour les besoins de l'arbitrage intérimaire. En effet, « toute différence » peut constituer un différend. La jurisprudence a clarifié cette expression avec la notion de « cristallisation »²³³. Pour qu'il y ait différend au sens de l'article 108(1) HGRA, la différence de vue entre les parties doit s'être cristallisée. Cet état de cristallisation suppose qu'une partie ait formulé, soumis ou autrement manifesté une demande et que celle-ci ait été rejetée par son cocontractant. Par exemple, supposons qu'un entrepreneur utilise du chêne pour les planchers d'un bureau. Devant ce constat, son client l'informe que les planchers devaient être en acajou. L'entrepreneur rétorque que les planchers ont été faits en chêne, conformément au contrat. Dans cet exemple, la réponse de l'entrepreneur a pour effet de cristalliser le différend sur la matière première des planchers²³⁴. En pratique, les différends sont souvent beaucoup plus complexes. Déterminer la teneur et le moment de sa réclamation est donc une étape capitale puisque l'existence d'un différend est une condition d'ouverture du recours en arbitrage intérimaire. Une lacune à ce stade peut donc être soulevée pour contester la juridiction de l'arbitre intérimaire ou sa décision²³⁵.

Conformément à leur politique de non-interférence, les tribunaux judiciaires ont tendance à inférer l'existence d'un différend lorsque possible²³⁶. L'approche privilégiée est celle du sens commun ou *common sense*²³⁷, soit une interprétation générale des faits en cause. Pour les tribunaux britanniques, le but de la HGRA ne pourrait être atteint avec une approche légaliste qui, par sa culture du détail, conduit à une interprétation trop

²³³ Voir la section 7.2 Is there a dispute? Dans J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 98.

²³⁴ Cet exemple est inspiré de celui de James Pickavance, J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 98, par. 7.05.

²³⁵ En pratique cependant, il appert que les recours en annulation pour absence de juridiction découlant de l'absence de différends sont généralement déboutés. Pour des exemples de ce qui fut considéré ou non suffisant pour cristalliser une dispute, voir J. BAILEY, préc., note 188, p. 1727, par. 24.15.

²³⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 98, par. 7.06.

²³⁷ *Id.*

restrictive²³⁸. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de fournir des lignes directrices d'interprétation²³⁹.

Tout d'abord, le terme « réclamation » au sens de l'article 108(1) HGRA ne signifie pas une réclamation contenue dans un document formel²⁴⁰. Peu importe sa forme, elle suppose l'affirmation d'une position et sa communication à l'autre partie²⁴¹. Pour des raisons de preuve, il est évidemment conseillé de mettre sa réclamation par écrit en y incluant le remède recherché²⁴². Quant au contenu lui-même, la généralité n'est pas fatale, mais détailler sa réclamation empêche le cocontractant de plaider le malentendu quant à l'objet du différend²⁴³. Évidemment, une réclamation ne peut être vague au point où l'autre partie ne parvient pas à identifier et comprendre l'objet du différend et y répondre²⁴⁴. Quant à sa réponse, elle peut prendre plusieurs formes. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit écrite et si elle l'est, elle n'a pas à être aussi détaillée que le serait une réponse à une procédure judiciaire²⁴⁵. La réponse de la partie adverse peut également s'inférer du comportement de la partie. À cet égard, le silence d'une partie sera généralement considéré comme un rejet de la réclamation²⁴⁶. Dans tous les cas, la réponse devra être fournie dans un délai raisonnable, qui variera en fonction des circonstances²⁴⁷. C'est à ce stade que se concentrent les risques « d'embuscade ». Cette expression, utilisée depuis les débuts de l'arbitrage intérimaire, réfère à la situation dans laquelle le défendeur se trouve lorsqu'il reçoit un avis d'arbitrage intérimaire sans avoir

²³⁸ *Id.*

²³⁹ Voir la section 7.2.2 Court's Approach, dans J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 98 et suivantes.

²⁴⁰ *Id.*, p. 100, par. 7.08.

²⁴¹ *Id.*, p. 100, par. 7.09.

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Id.*, p. 100, par. 7.10.

²⁴⁴ *Id.*, p. 100, par. 7.11.

²⁴⁵ Par exemple, où le défendeur doit se prononcer sur chaque allégation. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 99, par. 7.06 et p. 101, par. 7.21

²⁴⁶ *Id.*, p. 101, par. 7.20. Contrairement à la demande d'informations supplémentaires. *Id.*, p. 101, par. 7.22. Les tribunaux se sont gardés de fixer un délai, il s'agit d'un délai raisonnable selon les circonstances. *Id.*, p. 102, par. 7.27 et p. 103 par. 7.29.

²⁴⁷ Par exemple, un jour ouvrable fut considéré comme insuffisant. De plus, le délai fixé dans la réclamation n'a pas de conséquence directe, comme l'aurait le défaut de se conformer à une mise en demeure par exemple. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 103, par. 7.31.

eu une réelle chance d'évaluer la réclamation en raison d'un délai déraisonnablement court, de l'imprécision de la demande ou encore de l'absence pure et simple de réclamation²⁴⁸. L'embuscade est une question de fait et, comme toujours dans ces cas, les circonstances seront appréciées à la lumière du sens commun.

En somme, il ressort des observations qui précèdent que le terme « dispute » s'entend dans son sens ordinaire et, comme l'article le précise, renvoie à toute différence ou décalage de vue quant aux droits et obligations de chacun. Nous y voyons une volonté du législateur britannique d'englober le plus de différends possible, et ce afin de permettre au plus grand nombre de parties qu'elles puissent se prévaloir du droit à l'arbitrage intérimaire. Enfin, l'existence d'un différend pourra être démontrée par tous moyens, la correspondance²⁴⁹ et les documents relatifs aux paiements, tels les certificats²⁵⁰, étant parmi les plus utilisés.

c) Nature contractuelle des différends

Tel que le prévoit l'article 108(1) HGRA, la seule restriction liée à la nature de la réclamation est qu'elle doit découler du contrat. Autrement dit, le différend doit concerner une ou plusieurs obligations du contrat, expresses ou tacites²⁵¹. Les réclamations de nature extracontractuelle sont donc exclues²⁵². Les différends survenant à l'occasion d'un contrat de construction sans pour autant en découler sont également exclus²⁵³. Par exemple, un différend entre un propriétaire et son assurance au sujet de travaux n'est pas soumis au régime d'arbitrage intérimaire statutaire, car le contrat qui

²⁴⁸ *Id.*, p. 104, par. 7.32.

²⁴⁹ *Id.*, p. 105, par. 7.34 à 7.37. Mentionnons que si l'existence d'une négociation ou de tractations peut militer en faveur de l'existence d'un différend, cela n'est pas toujours le cas. *Id.*, p. 102, par. 7.23.

²⁵⁰ *Id.*, p. 105, par. 7.38, p. 106, par. 7.41.

²⁵¹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 115, par. 7.75.

²⁵² *Id.*, p. 116, p. 7.77. L'article 104(2) HGRA qualifie les contrats d'architecture, d'ingénierie et de surveillance de contrats de construction. Les professionnels peuvent donc engager leur responsabilité professionnelle.

²⁵³ Par exemple, les « assignments » ou ententes d'assignation (notre traduction), qui sont courants au Royaume-Uni, ne sont pas concernés. Ces contrats opèrent un transfert des droits ou bénéfices d'une partie vers une tierce partie. Ainsi, une partie endettée auprès de son cocontractant peut lui transférer ses *droits* de recevoir ses paiements dans le cadre d'un autre contrat. J. BAILEY, préc., note 188.

lie les parties est un contrat d'assurance et non de construction. En revanche, si le demandeur est limité aux réclamations contractuelles lorsqu'il introduit son action, le défendeur peut opposer une défense qui dépasse le cadre contractuel, telle la défense de fraude²⁵⁴.

Hormis cette restriction, les parties ne sont pas autrement limitées quant à l'étendue ou la nature de leurs réclamations. Elles peuvent être de nature pécuniaire ou purement déclaratoire²⁵⁵. À priori, rien n'empêche les parties de soumettre un événement passé ou à venir, pourvu que le différend existe bel et bien au moment de déclencher la procédure. Par exemple, un imprévu sur le chantier peut forcer les parties à revoir leurs plans et un différend peut découler d'une différence de vue quant à la solution à adopter²⁵⁶. Le régime statutaire d'arbitrage intérimaire demeure même possible une fois les travaux terminés, bien que les sources consultées ne précisent pas la durée de prescription²⁵⁷. Nous nous interrogeons également sur la pertinence d'un tel mécanisme à ce stade.

Dans tous les cas, une fois le différend cristallisé, une partie ne peut unilatéralement en élargir ou rétrécir l'assiette, à moins d'acceptation expresse ou tacite de l'autre partie²⁵⁸.

d) Principe d'un différend par arbitrage

Il peut arriver que les parties aient plusieurs différends découlant d'un même contrat, mais il ne peut y avoir qu'un différend par arbitrage intérimaire²⁵⁹. C'est ce que la jurisprudence a déduit de l'usage du singulier à l'article 108(1) HGRA²⁶⁰. Cependant, l'arbitre peut disposer de plusieurs différends connexes, mais issus de contrats distincts,

²⁵⁴ Par exemple, la défense de fraude ne fait pas perdre à l'arbitre sa juridiction. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 116, par. 7.77.

²⁵⁵ *Id.*, p. 100, par. 7.13.

²⁵⁶ *Id.*, p. 117, par. 7.79

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Id.*, p. 101, par. 7.50, p. 118, par. 7.82.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ Le terme « contract » est utilisé au singulier.

avec le consentement des parties²⁶¹. Par exemple, les différends liés aux mêmes faits ou mettant en cause la même clause contractuelle présentent un lien de connexité suffisant²⁶². Sans ce lien, ces différends devront être soumis à des arbitrages distincts, sous peine de voir les décisions frappées de nullité²⁶³.

De plus, si les parties sont liées par plusieurs contrats et que plusieurs différends en découlent, elles pourront les soumettre dans le cadre d'un seul arbitrage intérimaire, pourvu que les contrats soient liés. Par exemple, dans le cas d'un contrat original ayant produit plusieurs renouvellements, les différends issus de ces derniers pourront être soumis dans la même procédure²⁶⁴. Dans ces cas de figure, le niveau de connexité devra être évalué par l'arbitre appelé à statuer sur sa compétence.

Enfin, il est important de souligner qu'un seul différend peut contenir plusieurs questions en litige²⁶⁵. L'échéancier strict explique selon nous en partie ces restrictions. En effet, trancher plusieurs différends possiblement issus de contrats distincts peut s'avérer délicat, vu le délai imparti. La prolongation sur consentement des parties demeure possible, mais, considérant le but de la loi, le législateur ne pouvait faire de ce cas de figure la norme.

Ultimement, rien n'empêche les parties de saisir le même arbitre dans deux procédures distinctes ni de mener d'autres procédures judiciaires concurrentes²⁶⁶. En revanche, comme nous le verrons à la sous-section suivante, le sort de l'arbitrage intérimaire sera tributaire d'un dénouement final dans les autres instances :

²⁶¹ Art. 8(2) SCC.

²⁶² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 119, par. 7.87.

²⁶³ *Id.*, p. 109, par. 7.50. Dans ces cas, l'identité des parties n'a pas à être parfaite. *Id.*, p. 119, par. 7.87.

²⁶⁴ Les différends découlant de contrats issus d'ententes cadres pourront également être soumis ensemble, dans la mesure où l'entente cadre est elle-même un contrat de construction. *Id.*, p. 118, par. 7.82.

²⁶⁵ Par exemple, un différend peut porter sur l'existence d'un extra, sur sa valeur, sur ses modalités d'exécution etc.

²⁶⁶ Les parties pourraient par exemple conduire une médiation de façon concurrente.

« It follows that unless the rules of the other form of dispute resolution prohibit it, adjudication can be conducted concurrently with any other form of dispute resolution, including litigation, arbitration or mediation. This approach can be sensible, particularly where the parties are litigating or arbitrating, because if the adjudication resolves the dispute, it will bring to an end otherwise long and expensive proceedings »²⁶⁷.

e) Absence de décision intérimaire ou finale sur la même question

Une partie mécontente d'une décision pourrait tenter d'obtenir une issue plus favorable devant un autre forum. L'arbitrage intérimaire ne saurait servir de tribunal d'appel déguisé, et c'est pourquoi la jurisprudence a déterminé qu'une fois la décision rendue, il ne saurait subsister de « différend » au sens de l'article 108(1) HGRA. Or, l'existence d'un différend est, comme nous l'avons vu, une condition d'ouverture du recours²⁶⁸. De surcroît, les tribunaux rappellent qu'en vertu de l'article 108(3) HGRA, les parties demeurent liées par la décision intérimaire jusqu'au résultat final, qu'il soit obtenu par arbitrage, procès ou règlement²⁶⁹. Enfin, ayant anticipé ce cas de figure, le législateur a prévu à l'article 9(2) SCC que l'arbitre, en telle situation, doit se retirer.

Un arbitrage intérimaire ne saurait donc porter sur un différend pour lequel une décision a été rendue, qu'elle soit intérimaire ou définitive, sous peine de nullité de la décision rendue²⁷⁰. Il en sera ainsi du même différend ou d'un différend substantiellement similaire. La question de savoir s'il s'agit bien d'un différend distinct et nouveau est une question de faits et de degré²⁷¹. À cette fin, l'avis et la demande d'arbitrage, la preuve et la décision devront être analysés afin d'établir la portée du différend antérieur. Il s'agira des mêmes parties, mais surtout de la même cause d'action²⁷². Ainsi, plusieurs arbitrages

²⁶⁷ *Id.*, p. 119, par. 7.94. Voir aussi p. 109, par. 7.52. En pratique, cela n'est pas sans générer des inconvénients. Notamment, cela dépendra aussi de la capacité de l'arbitre de conduire un arbitrage en même temps et dans les mêmes délais.

²⁶⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 112, par. 7.63.

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ *Id.*, p. 111, par. 7.61.

²⁷¹ *Id.* L'auteur ne donne pas d'exemple. Aucune jurisprudence n'est citée sur cet élément précis.

²⁷² *Id.*, p. 114, par. 7.68.

peuvent porter sur le même sujet ou le même thème, par exemple l'émission de certificats de conformité, mais ne sauraient porter sur le même certificat pour les mêmes raisons. Enfin, l'interdiction découle de l'existence d'une décision tranchant la ou les questions en litige²⁷³. Un arbitrage intérimaire pour lequel le demandeur s'est retiré ou encore si une question en particulier n'a pas été tranchée n'empêchera pas la tenue d'une nouvelle procédure sur le même différend.

f) Aucune limitation contractuelle

L'article 108(1) HGRA prévoit que les parties peuvent déclencher l'arbitrage intérimaire « à tout moment ». Elles ne peuvent se retirer ou renoncer contractuellement à ce droit, mais elles peuvent en limiter l'exercice. L'exemple le plus commun est de limiter à une période donnée la possibilité de déclencher la procédure après que les certificats finaux marquant la fin des travaux aient été émis. En prévoyant que les éléments y étant énoncés sont acceptés par les parties, ils ferment la porte à toute réclamation remettant en cause leur contenu²⁷⁴.

²⁷³ *Id.*, p. 112, par. 7.65 et p. 114, par. 7.67.

²⁷⁴ Notamment, les contrat-types produits par les *Joint Contracts Tribunals*, prévoient généralement des clauses de ce type. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 121, par. 7.95. Voir aussi : <https://corporate.jctltd.co.uk/about-us/> (page consultée le 13 décembre 2019).

2. Déroulement de l'arbitrage intérimaire

Une fois les conditions d'application et d'ouvertures remplies, les parties peuvent officiellement lancer la procédure d'arbitrage intérimaire. Nous aborderons les dispositions du SCC qui prévoient en détail le déroulement du processus. Nous rappelons que ces règles s'appliquent à titre supplétif²⁷⁵. Même si les parties peuvent prévoir leurs propres règles, celles du SCC demeurent les plus utilisées en pratique et les parties y réfèrent souvent directement dans leurs contrats²⁷⁶.

2.1 L'avis d'arbitrage

Une fois qu'une partie a choisi de soumettre son différend à l'arbitrage intérimaire, elle devra rédiger et communiquer à l'autre partie un avis à cet effet : l'avis d'arbitrage²⁷⁷. Il a pour but d'informer l'autre partie de l'intention de soumettre le différend à l'arbitrage intérimaire. Il « initie le processus et définit la portée du différend », d'où son importance²⁷⁸. Afin de remplir adéquatement cette fonction, l'avis doit respecter certaines règles.

a) Éléments à inclure

L'article 1(3) SCC détaille les éléments devant figurer dans l'avis d'arbitrage : «

The notice of adjudication shall set out briefly—

- (a) the nature and a brief description of the dispute and of the parties involved,
- (b) details of where and when the dispute has arisen,
- (c) the nature of the redress which is sought, and
- (d) the names and addresses of the parties to the contract (including, where appropriate, the addresses which the parties have specified for the giving of notices).

La rédaction de l'avis est une étape délicate pour le demandeur, particulièrement lorsqu'il est question des exigences prévues au sous-paragraphe a). En début d'arbitrage,

²⁷⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 83, par. 6.02.

²⁷⁶ *Id.*, p. 83, par. 6.04 et p. 84, par. 6.05.

²⁷⁷ Notre traduction de l'expression « notice of arbitrage intérimaire ». Art.1(1) SCC.

²⁷⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 146, par. 9.11. J. REDMOND, préc., note 196, p. 60, section 4.2.

le demandeur doit être succinct et bref, mais ne peut être délibérément flou dans sa description du différend. En effet, le défendeur doit être en mesure d'identifier le différend, car il doit y répondre. Il en va du respect des règles de justice naturelle. Pendant l'instruction, au moment de la décision et de son exécution, l'avis redevient d'actualité, notamment parce que la partie déboutée voudra s'assurer que l'arbitre n'a pas excédé sa juridiction²⁷⁹.

Le demandeur a donc intérêt à s'assurer que l'avis qu'il rédige soit exact et le plus complet possible. L'arbitre devra s'en tenir au différend décrit dans l'avis²⁸⁰. Il ne sera pas possible de remédier aux inexactitudes ou oublis au moment de la demande d'arbitrage intérimaire et encore moins une fois l'instruction débutée²⁸¹. Il est possible de préciser la teneur ou les contours du différend, mais non l'ajout ni le retrait d'éléments. Ce type de changements ne saurait avoir lieu sans le consentement du défendeur. Or, il y a peu de chances que le défendeur accepte des changements à ce sujet en cours de route, ces derniers n'étant probablement pas dans son intérêt. Dans ce cas de figure, et si la demande d'arbitrage n'a pas encore été transmise, le demandeur peut simplement omettre de donner suite à son avis dans le délai imparti pour le faire²⁸². L'avis tombera de lui-même, sans autres conséquences juridiques. Le demandeur pourra renvoyer un nouvel avis.

b) Modes/support de communication et preuve de réception

L'avis d'arbitrage doit prendre la forme écrite, tel que précisé à l'article 1(1) SCC. Cette exigence se justifie par la fonction et l'importance de l'avis. Au moment de l'adoption du SCC, le courriel électronique et autres modes numériques de communication n'avaient pas l'ampleur qu'ils ont aujourd'hui. Le texte est silencieux à

²⁷⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 150, par. 9.29. D'autres documents peuvent servir, tel ceux transmis avec l'avis d'arbitrage et les communications entre les parties. Pour d'autres exemples de documents pertinents, voir J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 149, par. 9.26.

²⁸⁰ J. REDMOND, préc., note 196, p. 61, section 4.2.

²⁸¹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 149, par. 9.23.

²⁸² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 149, par. 9.24.

cet égard, mais aucune de ses dispositions nous porte à croire que ces modes sont exclus. En revanche, le demandeur a intérêt à s'aménager une preuve de réception²⁸³.

c) Délais et parties visées

Le demandeur n'est soumis à aucun délai pour exercer son droit à l'arbitrage intérimaire et envoyer l'avis à cet effet. En effet, ce droit peut être exercé « à tout moment »²⁸⁴. Il se peut que les parties aient besoin de temps pour évaluer si leurs échanges quant à une différence de vue les opposant ont eu pour effet de cristalliser leur désaccord et ainsi donné naissance au différend arbitral²⁸⁵. Le défendeur ne peut donc opposer au demandeur un déclenchement tardif de l'arbitrage intérimaire. Quant aux parties visées, l'avis doit être envoyé à chacune d'elles. Enfin, si l'arbitre est connu au moment de l'envoi de l'avis, il est de bon usage de lui transmettre une copie²⁸⁶.

d) Conséquence d'irrégularités et d'absence d'avis

L'absence totale d'avis invalide presque à coup sûr tout le processus et, donc, la décision qui en découle. Dans certaines circonstances, l'insuffisance de l'avis, par exemple dans la description du différend ou du remède voulu, peut avoir le même effet²⁸⁷.

2.2 L'arbitre

L'arbitre est au cœur du processus d'arbitrage intérimaire. Contrairement au procès civil, l'arbitrage intérimaire permet aux parties de choisir leur décideur. Ce dernier est retenu

²⁸³ J. REDMOND, préc., note 196, p. 66, section 4.3.

²⁸⁴ Art.108 (1) HGRA.

²⁸⁵ La cristallisation doit être interprétée largement. Pourvu que le différend contenu dans l'avis ait été cristallisé dans son ensemble, l'avis sera accepté. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 148, par. 9.22.

²⁸⁶ J. REDMOND, préc., note 196, p. 67, section 4.3.

²⁸⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 147, par. 9.14 et 9.15. Parmi les circonstances, les inconvénients découlant de l'absence d'avis pour le défendeur seront également pris en considération.

pour ses connaissances, ses compétences et son expérience en matière de différends de la construction. Sa charge lui donne des droits et lui assure l'immunité, mais les assortit d'obligations. Dans cette section, nous aborderons ces deux facettes. Nous verrons également comment l'arbitre est nommé, rémunéré et, le cas échéant, comment il peut se retirer d'une procédure d'arbitrage intérimaire.

a) Personne et qualifications

L'arbitre doit être une personne physique²⁸⁸. De plus, comme tout professionnel, la charge d'arbitre est une charge personnelle. Elle ne peut se partager au sein d'un panel ou avec des confrères, que l'arbitre exerce seul ou au sein d'un cabinet ou d'une entreprise. La nature du lien qui le lie à un organisme de nomination n'a pas non plus d'incidence sur le caractère personnel de sa prestation.

Quant aux connaissances, compétences et expériences de l'arbitre, elles sont autant d'éléments que les parties étudieront lors de leur choix. Au Royaume-Uni, il n'existe pas d'ordre professionnel ou d'autorité analogue qui contrôle les qualifications et l'habileté des arbitres²⁸⁹. Ce rôle n'est pas non plus réservé aux professionnels. Nous pensons cependant qu'en pratique, le niveau de connaissance requis opère une sélection de facto²⁹⁰.

Quant aux organismes de nomination, outre le fait qu'ils doivent être des personnes morales et ne pas être des parties au différend, ils ne sont pas autrement réglementés ou régis par des règles particulières²⁹¹. Leur sélection par les parties se base donc sur leur notoriété, elle-même acquise par l'établissement et le maintien d'une bonne réputation.

²⁸⁸ Art.4 SCC. J. REDMOND, préc., note 196, p. 68, section 4.4.

²⁸⁹ J. REDMOND, préc., note 196, p. 67, section 4.4.

²⁹⁰ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 31, par. 3.36. Selon l'auteur, la majorité des arbitres intérimaires sont des professionnels du domaine de la construction et des conseillers juridiques.

²⁹¹ Art. 2(3) SCC.

b) Nomination

La nomination de l'arbitre est la seconde étape du processus d'arbitrage intérimaire. L'article 2(1) SCC prévoit les modes de nomination. Il est rédigé en cascades de sorte que les modes subséquents ne s'appliquent que dans la mesure où les précédents n'ont pas permis la nomination d'un arbitre. L'ordre qui y est prévu s'applique par défaut, mais les parties sont libres de prévoir leur propre mécanisme de nomination. L'arbitre peut être nommé par les parties, à même le contrat, ou par consentement au moment de l'arbitrage intérimaire, ou par un organisme de nomination²⁹². Ce dernier aussi peut être nommé dans le contrat²⁹³, par exemple un bureau d'avocats ou encore l'une des nombreuses institutions d'arbitrage, qui disposent généralement d'un bassin d'arbitres qualifiés²⁹⁴. Comme l'arbitre à être nommé, l'organisme de nomination ne peut entretenir de liens avec l'une des parties²⁹⁵.

L'arbitre doit être nommé dans les sept jours suivants la date de l'avis d'arbitrage. C'est ce qui ressort de l'article 108(2) HGRA, qui prévoit que la demande d'arbitrage doit être présentée à l'arbitre dans un délai de sept jours de l'avis d'arbitrage. L'article 7(1) SCC est au même effet. En pratique, il n'est pas rare que la nomination et la demande d'arbitrage soient réalisées le même jour²⁹⁶. D'ailleurs, le processus de nomination de l'arbitre est souvent lancé par la partie demanderesse²⁹⁷ de façon contemporaine à l'avis d'arbitrage²⁹⁸. Vu l'échéancier strict, l'arbitre approché doit accepter ou décliner

²⁹² Notre traduction de « nomination body ».

²⁹³ Il est suggéré de prévoir plus qu'un arbitre, en cas d'impossibilité d'agir ou de manque de connaissance ou d'expérience de l'arbitre. En effet, la nomination antérieure au différend présente l'inconvénient de risque un déficit d'expertise puisque les parties ne peuvent prédire à l'avance quel sera le différend. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 162, par. 9.66.

²⁹⁴ Art. 2(3) SCC. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 158, par. 9.57. Les principaux inconvénients sont l'absence de contrôle sur le choix de l'arbitre, malgré la possibilité de faire des représentations, et les coûts supplémentaires exigés par l'institution. *Id.*, p. 161, par. 9.65.

²⁹⁵ *Id.*, p. 154, par. 9.39

²⁹⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 153, par. 9.36.

²⁹⁷ En vertu de l'art. 2(1) SCC.

²⁹⁸ Il ne peut en aucun cas être avant en vertu du SCC, sous peine de rendre la nomination nulle. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 154, par. 9.40.

l'invitation dans les deux jours suivant la sollicitation²⁹⁹. Contrairement à l'avis d'arbitrage, l'écrit n'est pas exigé pour l'invitation de l'arbitre même si, en pratique, elle l'est presque toujours, notamment puisqu'elle doit être accompagnée dudit avis³⁰⁰. Les moyens de communication électroniques sont privilégiés pour leur rapidité³⁰¹.

Une partie peut exprimer son désaccord avec la nomination, mais cela n'aura pas pour effet de vicier la décision³⁰². En demande, une partie peut choisir de ne pas transmettre la demande d'arbitrage si elle est mécontente du choix de l'arbitre par l'organisme de nomination. Bien que cette stratégie s'apparente à du *forum shopping* et que les tribunaux anglais la déplorent, il semble que le seuil pour constituer de l'abus de procédure soit élevé³⁰³. Quant à la défenderesse, elle ne peut interrompre unilatéralement la procédure³⁰⁴. En cas de nomination irrégulière, elle pourra cependant contester la nomination³⁰⁵.

c) Révocation ou départ de l'arbitre

Il est pertinent de rappeler que la relation entre l'arbitre et les parties est contractuelle³⁰⁶. L'arbitre *peut* se retirer à tout moment du processus en transmettant un avis aux parties³⁰⁷. Ce peut être le cas si l'arbitre devient indisponible, en raison de

²⁹⁹ Art.2(2) SCC, art.6(2) SCC. L'autorité de nomination doit donner suite à la demande qui lui est faite dans les cinq jours en vertu de l'art.5(1) SCC.

³⁰⁰ Art.3 SCC.

³⁰¹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 153, par. 9.36.

³⁰² Art.10 SCC. Si l'arbitre a été nommé par une autorité de nomination, celle-ci peut choisir de nommer un autre arbitre après représentation des parties, mais ce changement relève de sa discrétion. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 164, par. 9.78. J. REDMOND, préc., note 188, p.75, section 4.8.

³⁰³ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 161, par. 9.63.

³⁰⁴ Les tribunaux ont accepté qu'une partie dans cette situation introduise un second arbitrage intérimaire sur le même différend, avec un autre arbitre. À contrecœur, les tribunaux ont accepté cette pratique, faute de fondement légal pour l'arrêter. Dans ces cas, c'est l'arbitrage intérimaire qui parviendra en premier à une décision qui interrompra l'autre, car deux arbitrages ne peuvent porter sur un même différend *réglé*. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 161, par. 9.64.

³⁰⁵ Devant la TCC, voir paragraphe 9.4 du TCC Guide :

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448256/technology-and-construction-court-guide.pdf (page consultée le 10 avril 2019).

³⁰⁶ J. REDMOND, préc., note 188, p. 76, section 4.9.

³⁰⁷ Art.9(1) SCC.

problème de santé ou de conflit d'agendas par exemple. Dans ces cas, le demandeur envoie un nouvel avis d'arbitrage et entame de nouveau le processus de nomination de l'arbitre³⁰⁸. Lorsque possible, le nouvel arbitre pourra obtenir les documents qui ont été soumis à l'arbitre précédent³⁰⁹. L'arbitre *doit* se retirer lorsqu'il réalise une irrégularité en matière de juridiction, par exemple lorsque le différend qui lui est soumis est « le même ou substantiellement le même » que celui pour lequel une décision a déjà été rendue³¹⁰. Lorsque c'est le cas ou lorsque le différend décrit dans la demande d'arbitrage varie considérablement de l'avis d'arbitrage et que l'arbitre ne se sent pas en mesure de remplir son mandat, il a droit au paiement des frais et autres dépenses raisonnablement encourues³¹¹. Selon la doctrine, l'arbitre devrait aussi se retirer dans d'autres circonstances, comme lorsqu'il devient évident que le différend ne pourra être résolu dans le temps imparti, malgré une extension de délais, lorsqu'un conflit d'intérêts devient apparent ou lorsqu'un enjeu juridictionnel paraît fondé³¹².

Enfin, les parties peuvent, d'un commun accord, révoquer l'arbitre à tout moment sous réserve du paiement de frais et dépenses raisonnables encourus dans l'accomplissement de son mandat³¹³. L'arbitre qui ne respecte pas l'une de ses obligations, par exemple d'agir avec impartialité ou encore de rendre sa décision dans les délais, pourra être révoqué en vertu de l'article 11(2) SCC³¹⁴. La révocation de concert est indiquée lorsque les parties parviennent à une entente. En effet, la consignation de ce règlement par l'arbitre intérimaire n'a aucune valeur juridique, comme c'est le cas de l'arbitrage

³⁰⁸ Art.9(3)(a) SCC. J. REDMOND, préc., note 196, p. 81, section 4.9.

³⁰⁹ Art.9(3)(b) SCC.

³¹⁰ Art.9(2) SCC. J. REDMOND, préc., note 196, p. 80, section 4.9. L'auteur ajoute que de légères modifications dans la description du différend ou des arguments ne sauront pas suffisantes.

³¹¹ Article 9(4) SCC. Cette liste est limitative, à moins que l'accord entre les parties et l'arbitre n'ait prévu des paiements intérimaires ou le paiement nonobstant la cause du départ. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 211, par. 91.

³¹² *Id.*, p. 211, par.10.52. Par exemple s'il réalise qu'une des parties à l'arbitrage n'est pas partie au contrat en litige.

³¹³ Art.11 SCC. Elles n'y sont pas tenues lorsque la révocation découle du défaut de l'arbitre ou de sa mauvaise conduite, art. 11(2) SCC.

³¹⁴ J. REDMOND, préc., note 196, p. 78, section 4.9. Certains de ces défauts sont de nature à invalider la décision intérimaire. Le demandeur doit en être conscient s'il décide de poursuivre la procédure malgré tout, voir le même ouvrage à la page 79.

classique³¹⁵. Elle serait donc inutile. Un arbitre qui ne posséderait pas les qualifications attendues pourrait aussi être révoqué³¹⁶. Enfin, si l'arbitre décède, les parties n'auront d'autres choix que de révoquer le mandat de l'arbitre pour cause d'incapacité et recommencer le processus de nomination³¹⁷.

d) Devoirs

Les pouvoirs sont assortis de devoirs. Ces derniers s'imposent à l'arbitre et aux parties. En effet, elles ne peuvent en réduire la portée contractuellement. S'il manque à l'un de ses devoirs, l'arbitre expose sa décision à une contestation. Nous reviendrons sur ces éléments lorsque nous aborderons les recours contre la décision intérimaire.

Devoir d'indépendance et d'impartialité

L'article 108(2)(e) HGRA impose à l'arbitre d'agir avec impartialité. Les parties doivent recevoir le même traitement lorsque les circonstances sont les mêmes ou similaires. L'arbitre doit également être exempt de biais, réels ou apparents. Ces derniers sont le fondement de la plupart des recours contre la décision des arbitres, les cas de biais réels sont plus rares, probablement en raison de la difficulté d'en faire la preuve³¹⁸. L'impartialité couvre également l'obligation de respecter les règles de justice naturelle, que les maximes *audi alteram partem* et *nemo iudex in causa sua* résument bien³¹⁹. De plus, l'arbitre doit être impartial et indépendant. Il a le devoir de déclarer tout conflit

³¹⁵ *Id.*, p. 77, section 4.9.

³¹⁶ *Id.*

³¹⁷ *Id.*, p. 81, section 4.9: « The Scheme does not contemplate the possibility that the adjudicator may die or otherwise become incapable of acting in the adjudication. Such a misfortune will of course lead to the failure of the adjudicator to produce his decision within the relevant time limit, which will enable the parties to restart the process, and the parties can agree to revoke the first appointment ».

³¹⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 202, par.10.119.

³¹⁹ *Id.*, p. 306, par. 17.01 et suivants. Elles se traduisent par le droit d'être entendu et que nul ne peut être juge dans sa propre cause.

d'intérêts potentiel à toutes les parties impliquées, et ce, dès qu'il en soupçonne l'existence³²⁰. Le devoir d'agir avec impartialité est repris à l'article 12(a) SCC.

Devoir de respecter le contrat et le droit

L'article 12 SCC ajoute également les obligations d'agir conformément au contrat, de rendre une décision conforme au droit applicable et d'éviter les dépenses superflues. Concernant la conformité au contrat et au droit qui le gouverne, la jurisprudence a rappelé que l'arbitre ne peut faire fi du contrat et y substituer sa propre appréciation ou évaluation d'une solution juste et convenable dans les circonstances³²¹.

Devoir de considérer tout élément pertinent

Ce devoir est imposé par l'article 17 SCC. En vertu du même article, l'autre partie doit également pouvoir prendre connaissance de tout élément pertinent. L'évaluation, même erronée, de la pertinence par l'arbitre ne peut nuire à sa décision. Par contre, juger un élément non pertinent est une chose, refuser de l'examiner en est une autre. Un refus injustifié peut constituer une violation des règles de justice naturelle et exposer la décision à la nullité pour ce motif³²². Il en sera de même lorsque les parties n'ont pu s'enquérir d'un élément qu'elles n'ont pas elles-mêmes fourni et sur lesquels elles n'ont pas eu une réelle opportunité de faire des représentations³²³.

³²⁰ Art.4 SCC. Le défaut de le faire pourrait vicier la décision sur la base d'une violation des règles de justice naturelle. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 163, par.9.73.

³²¹ *Id.*, p. 202, par.10.119.

³²² *Id.*, p. 206, par.10.135.

³²³ *Id.*, p. 206, par.10.136: « Paragraph 17 also provides that the adjudicator should make available to the parties any information not provided by the parties that the adjudicator will take into account when reaching the decision. The parties should also be allowed time to make submissions on that information. Where the adjudicator fails to comply with the terms of this paragraph, he is likely to be in breach of the rules of natural justice and, by not complying with paragraph 17 of the Scheme, will have acted outside the boundaries of his jurisdiction ».

e) Immunité et responsabilité

L'article 108(4) HGRA traite de la responsabilité de l'arbitre :

« The contract shall also provide [in writing] that the adjudicator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as adjudicator unless the act or omission is in bad faith, and that any employee or agent of the adjudicator is similarly protected from liability. »

L'article 26 SCC est au même effet³²⁴. On comprend de cet article que si l'arbitre est demeuré dans le cadre de ses fonctions, sa responsabilité ne sera engagée que s'il a agi de mauvaise foi. Cette condition n'est cependant pas nécessaire s'il est démontré qu'il a agi à l'extérieur de son mandat. Dans les deux cas, ce sera une question de faits et d'appréciation des circonstances. Comme toute allégation, elle devra être démontrée par la partie qui l'invoque. De plus, l'immunité n'a d'effet qu'entre les parties à l'arbitrage intérimaire et ne s'étend pas aux tiers dont l'arbitre aurait retenu les services, tels les secrétaires ou adjoints³²⁵. Pour ces derniers, il paraît opportun que leur responsabilité soit couverte par leur propre assurance responsabilité ou encore celle de l'arbitre³²⁶.

³²⁴ « The adjudicator shall not be liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as adjudicator unless the act or omission is in bad faith, and any employee or agent of the adjudicator shall be similarly protected from liability. »

³²⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 210, par.10.150.

Selon nous, le fait que l'arbitrage soit imposé par la loi ne change pas la nature de la relation qui existe entre les parties et l'arbitre dont elles retiennent les services, qui demeure une relation contractuelle. Le principe de l'effet relatif des contrats demeure donc intact.

³²⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 210, par.10.150. L'assurance de l'arbitre devrait couvrir les risques de préjudice personnel, physique et économique selon l'auteur.

2.3 Demande d'arbitrage

Si l'avis d'arbitrage initie le processus, c'est la demande d'arbitrage qui déclenche réellement la procédure. Elle marque le point de départ de la juridiction de l'arbitre et du délai de vingt-huit jours pour parvenir à une décision³²⁷. À partir de ce point, les parties doivent poursuivre le processus jusqu'au prononcé de la décision, à moins d'un désistement du demandeur ou de l'arbitre³²⁸. La demande d'arbitrage clarifie pour les parties et l'arbitre l'objet du différend et ses limites.

a) Fond et forme

La demande d'arbitrage présente officiellement le différend qui fait l'objet de l'arbitrage. Elle décrit la nature du différend, expose les arguments du demandeur et détaille le remède souhaité³²⁹. Son contenu exact reste cependant à la discrétion du demandeur, qui peut y inclure plus ou moins de détails dépendamment de la nature du différend³³⁰. La demande d'arbitrage doit s'en tenir au différend précédemment identifié dans l'avis d'arbitrage³³¹. L'ajout de réclamations à ce stade est possible, mais soumis à la discrétion de l'arbitre en fonction des liens de connexité³³². Les parties peuvent également convenir de l'ajout d'autres points litigieux³³³. Il est donc important pour l'arbitre et les parties d'exercer cette faculté avec précision et modération, au risque de voir la décision annulée pour excès de juridiction³³⁴.

³²⁷ Art.19(1)(a) SCC. J. REDMOND, préc., note 196, p. 120, section 6.6.

³²⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 173, par.10.01.

³²⁹ J. REDMOND, préc., note 196, p. 86 et suivantes, section 5.2.

³³⁰ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 174, par.10.05.

³³¹ J. REDMOND, préc., note 196, p. 90, section 5.2.

³³² Art.20 SCC.

³³³ Art.8 (1) et (2) SCC et art. 20 SCC.

³³⁴ J. REDMOND, préc., note 196, p. 93, 94, 100, section 5.4.

b) Mode de transmission, destinataires et délais

Vu les délais, les modes de communication instantanés permettant une preuve de réception, tel le télécopieur, sont privilégiés. Ils le sont non seulement pour la demande d'arbitrage, mais également pour toutes les communications qui suivront. La demande d'arbitrage ainsi que les documents à l'appui doivent être envoyés, simultanément, à l'arbitre et au défendeur³³⁵. Par souci de transparence et de justice, les communications des parties entre elles et avec l'arbitre devraient toujours mettre en copie la partie qui n'en est pas la destinataire directe.

La demande d'arbitrage doit être présentée à l'arbitre retenu dans les sept jours de la réception de l'avis d'arbitrage par le défendeur³³⁶. Selon la jurisprudence, ce délai est de rigueur, le retard entraînant donc, sauf exception, la nullité de l'arbitrage³³⁷. La réponse, la réplique et la contre-réplique n'étant pas prévues dans la HGRA, aucun délai ne leur est assigné. En cas de silence du législateur, c'est l'arbitre qui fixe le calendrier, généralement en début de procédure³³⁸.

³³⁵ Art. 7(3) SCC.

³³⁶ Art. 108(2)b) HGRA. Pour les actes requis par la HGRA et le SCC, la computation des délais est prévue à l'article 166 HGRA. Ainsi, lorsqu'une période est spécifiée pour l'avis d'arbitrage, la nomination de l'arbitre et la demande d'arbitrage ainsi que l'accusé réception de la demande d'arbitrage et la décision finale, elle débute immédiatement après cette date, soit le lendemain. Le troisième paragraphe de l'article 116 HGRA prévoit que les jours fériés sont exclus.

³³⁷ Il s'agit de l'opinion de la jurisprudence majoritaire, même si dans quelques cas, le retard n'a pas eu cet effet. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 175, par. 1010 et p. 176, par. 10.14. La jurisprudence est cependant plus souple pour les documents à l'appui de la demande. Lorsqu'envoyés séparément, ils n'ont pas pour effet de repousser le délai de 28 jours, enclenché par la demande elle-même. *Id.*, p. 176, par. 10.14. Si le demandeur est hors délai, il est conseillé de ne pas transmettre la demande d'arbitrage et de recommencer, avec un nouvel avis d'arbitrage, plutôt que de risquer la nullité de la décision. *Id.*, p. 175, par. 10.12.

³³⁸ *Id.*, p. 173, par. 10.02.

2.4 Déroulement de l'arbitrage intérimaire

a) Règles de justice naturelle

Nous avons vu que l'arbitre avait un devoir de respecter les règles de justice naturelle. Derrière les questions de juridiction, les allégations de violation des règles de justice naturelle constituent la seconde cause la plus fréquente de nullité des décisions intérimaires³³⁹.

En droit anglais, les règles de justice naturelle se déclinent en deux volets. D'une part, chaque partie doit avoir eu une opportunité raisonnable de faire valoir sa position³⁴⁰. D'autre part, aucune partie ne peut être juge dans sa propre cause³⁴¹. Du droit d'entendre et de se faire entendre découlent plusieurs obligations de part et d'autre. L'absence d'avis d'arbitrage, le refus de communiquer certains documents à l'autre partie ou encore le refus déraisonnable de l'arbitre de permettre certaines représentations peuvent constituer une violation du premier volet des règles de justice naturelle. L'indépendance du décideur emporte, quant à elle, l'obligation pour l'arbitre de demeurer impartial, notamment en évitant les biais et les conflits d'intérêts³⁴². Peuvent constituer des biais réels ou apparents l'existence d'une relation antérieure entre l'arbitre et l'une des parties, l'intérêt pécuniaire de l'arbitre dans l'issue du différend, un lien d'amitié, ou au contraire d'inimitié, avec l'une des parties, etc.

La précipitation de la procédure ne justifie pas un manquement aux règles de justice naturelle, mais chaque allégation sera considérée à la lumière des impératifs de temps, du caractère intérimaire et des possibles arrangements entre les parties quant à la

³³⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 145, par. 9.06.

³⁴⁰ *Id.*, p. 146, par. 9.08.

³⁴¹ *Id.*

³⁴² *Id.*

procédure à suivre³⁴³. L'entorse aux règles de justice naturelle demeure une question de faits, étroitement liée aux circonstances de chaque cas. En raison des fondements éthiques et moraux sous-jacents, elle peut être soulevée à tout moment, devant l'arbitre comme devant le juge judiciaire³⁴⁴.

b) Juridiction et compétence matérielle

La juridiction représente les limites dans lesquelles un décideur peut agir et rendre une décision. Elles peuvent être de nature territoriale, matérielle ou encore porter sur la qualité des parties. Elles peuvent être prévues législativement et contractuellement. En matière d'arbitrage intérimaire, la juridiction de l'arbitre est déterminée par la HGRA, le SCC et la portée du différend³⁴⁵. La juridiction de l'arbitre intérimaire est limitée au différend décrit dans l'avis d'arbitrage, mais peut s'étendre aux éléments connexes, et ce, sans l'accord des parties³⁴⁶. En effet, selon la doctrine, il est important de clarifier cette notion. L'arbitre peut considérer des éléments connexes dans sa décision portant sur le différend qui lui est soumis, mais il ne peut se prononcer sur les éléments extérieurs eux-mêmes si les parties n'en ont pas fait la demande expresse.

L'excès de juridiction peut être soulevé à tout moment. En revanche, le défaut de le faire en temps opportun, c'est-à-dire au moment où il est constaté, pourrait être opposé à la partie qui l'invoque³⁴⁷. La sanction d'un excès de juridiction est la nullité de la décision concernée. Elle peut être totale ou partielle, lorsque la rédaction le permet³⁴⁸. Nous y reviendrons.

³⁴³ *Id.*, p. 363, par. 17.05.

³⁴⁴ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 146, par. 9.09. Même si on ne peut renoncer au respect des règles de justice naturelle, une dénonciation tardive pourrait nuire à la partie qui l'invoque.

³⁴⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133 p. 145, par. 9.07.

³⁴⁶ Art. 20 SCC. J. REDMOND, préc., note 196, p. 92, section 5.3.

³⁴⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 146, par. 9.09.

³⁴⁸ J. REDMOND, préc., note 196, p. 100, section 5.3.

Parmi les questions de juridiction récurrentes, mentionnons l'absence de contrat de construction, l'absence de différend ou de différend *découlant* du contrat de construction, plusieurs différends, l'existence d'un jugement ou d'une sentence sur le même différend ou encore les parties ne sont pas celles prévues au contrat³⁴⁹. Enfin, mentionnons que les tribunaux peuvent se prononcer sur la juridiction de l'arbitre à la demande des parties, même si ce dernier a en principe la compétence pour statuer sur sa propre compétence³⁵⁰.

c) Pouvoirs de l'arbitre

La HGRA et le SCC prévoient les pouvoirs découlant de la fonction et du mandat d'arbitre. Ces derniers existent de plein droit et ne peuvent être limités, mais les parties peuvent les élargir ou en ajouter de consentement.

Pouvoir de prendre toute initiative

Tout d'abord, l'arbitre a un pouvoir général de prendre toute initiative afin de vérifier les faits et le droit³⁵¹. Cette approche proactive éloigne l'arbitre intérimaire du juge judiciaire qui demeure passif dans le cadre de la procédure contradictoire³⁵². Dans ce rôle inquisitoire, l'arbitre peut prévoir des rencontres avec les parties, permettre des témoignages de témoins ou d'experts ou encore requérir une visite du site³⁵³. Dans l'exercice de ce pouvoir, l'arbitre doit cependant se garder de baser sa décision sur des éléments qui découlent de ses initiatives si les parties n'ont pas eu l'opportunité de faire des représentations³⁵⁴ :

³⁴⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 388, par. 16.66.

³⁵⁰ J. REDMOND, préc., note 196, p. 100, section 5.3.

³⁵¹ Notre traduction libre des articles 108(2)f) HGRA et 13 SCC: « The adjudicator may take the initiative in ascertaining certain facts and the law necessary to determine the dispute, and shall decide on the procedure to be followed in the adjudication ».

³⁵² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 203, par. 10.123.

³⁵³ Les rencontres, visites, représentations et interrogatoires sont respectivement prévues aux paragraphes c), d) et f) de l'article 13 SCC. Les représentations sont limitées à une personne par partie, en vertu de l'article 16(2) SCC.

³⁵⁴ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 203, par. 10.123.

« He must also exercise care when he conducts his investigations to ensure that his decision-making process is based on the materials and arguments put before him, or if not, that any new materials and arguments generated by the adjudicator or a third party are placed before both parties, and that both parties have sufficient time to make submissions on the new information. (nos soulignements) »³⁵⁵.

Pouvoir de demander certains documents

L'arbitre peut demander aux parties de lui transmettre certains documents³⁵⁶. Vu le temps imparti et la complexité des litiges de la construction, l'écrit est souvent privilégié, si bien que la plupart des différends sont tranchés sur la base des preuves documentaires seulement³⁵⁷. Notons que l'arbitre peut limiter la quantité des représentations et les documents soumis par les parties, même si cela réduit ce que les parties avaient originellement prévu dans leur contrat³⁵⁸. De plus, l'arbitre peut choisir d'exclure un document remis hors des délais spécifiés, sous réserve de son obligation de considérer tout élément pertinent au différend³⁵⁹.

Pouvoir de requérir de l'assistance

Même si l'arbitre est un expert, il se peut que certains aspects du différend requièrent le concours de tiers. Par exemple, les contrats de construction internationaux impliquent divers cocontractants parlant différentes langues. L'arbitre peut donc retenir les services d'un traducteur³⁶⁰. Sous réserve que les parties en soient avisées, l'arbitre donc peut retenir les services d'un autre expert, y compris un conseiller juridique, pour l'éclairer sur un

³⁵⁵ *Id.*

³⁵⁶ Art.13(a) SCC.

³⁵⁷ Environ 70%, selon le rapport « Research analysis of the progress of adjudication based on returned questionnaires from adjudicator nominating bodies (ANBs) and from a sample of arbitration adjudication », publié en 2014 par le *Centre for Dispute Resolution*, en ligne : < <https://www.adjudication.org/sites/default/files/FINAL%20REPORT%2013.pdf> > (page consultée le 27 août 2019).

³⁵⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 203, par. 10.122. Notamment en raison du caractère expéditif de la procédure.

³⁵⁹ Art.17 SCC. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 204, par. 10.128.

³⁶⁰ Exemple tiré de J. REDMOND, préc., note 196, p. 108, section 6.2.

élément en particulier³⁶¹. Même si leur aval n'est en principe pas requis, il est de bonne pratique d'informer les parties en amont. Peu importe la forme d'assistance, l'évaluation et le rôle de décideur de l'arbitre ne peuvent être délégués³⁶².

Pouvoir de trancher d'autres questions

L'article 20 SCC prévoit que l'arbitre peut considérer toute autre question ou élément qui relève du différend ou qui lui est connexe, mais à l'extérieur des limites du différend qui lui est soumis. Le législateur prévoit expressément deux applications de ce pouvoir, soit la possibilité de réviser toute décision ou certificat³⁶³ et de déclarer une partie responsable de payer une somme d'argent³⁶⁴. Cette courte liste n'est cependant pas limitative. Les parties peuvent aussi choisir de soumettre plusieurs questions découlant du même contrat³⁶⁵ et même de contrats de construction distincts³⁶⁶. En revanche, l'usage du terme « may » indique selon nous que l'arbitre n'a aucune obligation d'accepter. En effet, ce dernier pourrait estimer qu'il n'est pas en mesure de trancher de questions supplémentaires dans le délai de 28 jours.

Pouvoir d'octroyer des intérêts et des dommages-intérêts

En vertu de l'article 20(c) SCC, l'arbitre a le pouvoir de condamner une partie au paiement d'intérêts sur une somme d'argent. Le cas échéant, il en fixe le taux et précise s'ils sont simples ou composés. La jurisprudence a soumis l'exercice de ce pouvoir à

³⁶¹ Art.13(f) SCC. L'assistance peut également s'étendre aux tâches administratives. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 205, par.10.132. L'arbitre doit évaluer si le recours à des tierces parties est justifié et tenter de limiter les frais qui en découlent. Voir le même ouvrage à page 206, paragraphe 10.133.

³⁶² Art. 13 f) SCC. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 205, par.10.132. J. REDMOND, préc., note 196, p. 109, section 6.2.

³⁶³ Dans la mesure où le contrat le permet. Il s'agit d'une exception au principe selon lequel les parties ne peuvent soustraire, contractuellement, un élément du régime légal d'arbitrage intérimaire. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 208, par. 10.141.

³⁶⁴ Respectivement les paragraphes (a) et (b) de l'article 20 SCC. Concernant les certificats, sa juridiction ne s'étend pas à l'émission, mais seulement sur ceux qui ont été émis. En l'absence de certificat, l'arbitre peut cependant évaluer si cette absence est fondée et peut déterminer les sommes qui auraient été payables si le certificat avait été correctement délivré. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 207, par. 10.140.

³⁶⁵ Art.8 (1) SCC.

³⁶⁶ Art.8 (2) SCC.

l'existence d'une réclamation en ce sens et l'existence d'un droit aux intérêts. Ce dernier peut découler du contrat ou de la loi³⁶⁷. De plus, les intérêts sont limités au différend originel et aux questions considérées « nécessairement liées » à ce dernier³⁶⁸. Quant aux dommages-intérêts, l'arbitre pourra ordonner la réparation qu'il juge appropriée dans les circonstances. Cela découle du droit général aux dommages-intérêts lorsqu'un manquement aux obligations contractuelles est démontré³⁶⁹.

d) Conduite de l'arbitrage

Nous avons vu que l'arbitre possède plusieurs pouvoirs pour mener à bien son mandat. Hormis quelques limitations³⁷⁰, l'arbitre possède de plus une large discrétion quant à la procédure qui devra être suivie par les parties³⁷¹. Ainsi, la liste dressée à l'article 13 SCC n'est pas exhaustive, comme le prévoit expressément son paragraphe h). Ces règles peuvent porter sur la langue des procédures, elles peuvent établir un calendrier³⁷² ou les lieux où se dérouleront les audiences, le cas échéant. Il va sans dire que les parties et leurs représentants ont l'obligation de se conformer aux règles et instructions de l'arbitre³⁷³. Les parties sont tenues de répondre aux demandes de l'arbitre, dont la demande de documents³⁷⁴. En revanche, l'arbitre ne peut contraindre une partie de lui transmettre un document en sa possession³⁷⁵. Le défaut de s'y conformer sans raison valable expose cependant les parties à certaines conséquences. Notamment, l'arbitre pourra continuer l'arbitrage en l'absence d'une partie ou d'un document demandé, mais non fourni, pourra tirer des conclusions du manquement et rendre une décision sur la base des éléments présentés et accorder le poids qu'il juge approprié aux éléments qui lui ont été soumis hors

³⁶⁷ Notamment, une dette qui se qualifie en vertu de la *Late Payment of Commercial Debts (Interests) Act 1998*, c. 20. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 209, par. 10.146.

³⁶⁸ *Id.*, p. 209, par. 10.145.

³⁶⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 209, par. 10.147. L'auteur ne précise pas si le lien causal est nécessaire. Il le serait en droit québécois et ce en vertu de l'article 1458 C.c.Q.

³⁷⁰ Art. 13 d), e) et f) SCC.

³⁷¹ J. REDMOND, préc., note 196, p. 106, section 6.2. S'agissant d'un pouvoir, l'auteur ajoute que l'arbitre peut choisir de demander aux parties de lui soumettre leurs propositions.

³⁷² Art. 13 g) SCC.

³⁷³ Art. 14 SCC.

³⁷⁴ Art. 14 SCC.

³⁷⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 189, par. 10.64.

délai³⁷⁶. De plus, les pouvoirs de l'arbitre ne peuvent compenser les irrégularités commises par les parties en matière de juridiction ou les manquements aux règles de justice naturelle³⁷⁷. En terminant, mentionnons que l'arbitre doit demeurer dans sa juridiction et respecter les règles de justice naturelle et ce, peu importe le pouvoir exercé³⁷⁸. Si les parties veulent que l'arbitre ait davantage de pouvoirs, elles peuvent le prévoir, la législation ne fixant que des seuils minimaux.

e) Éléments de preuve, admissibilité & communication

Comme toute procédure contradictoire, les parties seront amenées à présenter et à communiquer les preuves au soutien de leurs prétentions. Parmi les documents, on compte ceux de nature juridique, tel le contrat concerné, ou technique, telles les expertises. Il peut également y avoir de la correspondance. Selon les règles établies par l'arbitre, de la preuve orale, tels les témoignages et les interrogatoires, peut également être soumise³⁷⁹. Le chantier lui-même peut également être un élément de preuve, auquel cas les règles de justice naturelle commandent la visite en présence des deux parties³⁸⁰. L'arbitrage intérimaire peut aussi se dérouler sur documents seulement³⁸¹. Notons que contrairement au procès civil, les témoins ne sont pas assermentés³⁸². Quant aux représentants des parties, ces derniers n'ont

³⁷⁶ Respectivement les paragraphes a), b) et c) de l'article 15 SCC. Ce faisant, il ne doit pas non plus manquer à son obligation de considérer tout élément pertinent et soumis à lui. Les parties doivent donc avoir de bonnes raisons de refuser, les limitations contractuelles à la divulgation de document après un certain laps de temps furent considérées comme une raison valable. Un recours aux tribunaux judiciaires en vertu de l'article 31.16 CPR serait possible. Cet article permet de forcer la divulgation d'éléments avant le début des procédures judiciaires si l'on établit que cette communication contribuerait à résoudre le litige avant le procès ou ferait économiser temps et argent. La doctrine ne relève aucun cas où l'article 31.15 CPR a été soulevé avec succès dans le cadre d'un arbitrage intérimaire. Au contraire, les tribunaux auraient rappelé que l'article 31.16 CPR n'est pas une option procédurale dans le cadre d'un arbitrage intérimaire. La perspective réelle de procédures judiciaires étant nécessaire. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 198, par. 10.100.

³⁷⁷ *Id.*, p. 204, par. 10.129.

³⁷⁸ *Id.*, p. 204, par. 10.115.

³⁷⁹ L'arbitre peut en limiter la longueur en vertu de l'article 13 g) SCC.

³⁸⁰ Art. 13 d) SCC. Dans la mesure où le propriétaire du lieu consent à l'accès. Toutes les parties doivent être présentes en vertu de l'article 17 SCC.

³⁸¹ J. REDMOND, préc., note 196, p. 108, section 6.2.

³⁸² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 188, par. 10.63.

pas à être avocats ou membre d'un quelconque ordre professionnel³⁸³. Les parties peuvent en effet se faire représenter par la personne de leur choix.

Concernant ce qui doit être communiqué, il s'agit évidemment des différents avis prévus par la loi et la demande d'arbitrage intérimaire. En termes d'admissibilité et de communication de la preuve, la *common law* comble les silences du législateur dans la HGRA et le SCC. En effet, ni la HGRA ou le SCC ne dicte l'échange des documents dits « non privilégiés »³⁸⁴, comme c'est le cas dans le cadre de procès ou d'arbitrage classique³⁸⁵. Si aucune règle n'a été prévue à cet effet dans le contrat dont découle le différend, le contenu de l'article 115 HGRA s'appliquera³⁸⁶. Le régime légal fait preuve de souplesse en prévoyant notamment que ces documents pourront être transmis par tous moyens³⁸⁷. Les parties doivent avoir accès aux éléments sur lesquels se fonde la décision de l'arbitre³⁸⁸. Par exemple, les résultats des tests menés, expertises commandées et, plus généralement, les résultats de l'enquête menée par l'arbitre doivent être accessibles à toutes les parties³⁸⁹. Nous rappelons que si l'arbitre doit considérer tout élément pertinent³⁹⁰, nous avons vu qu'il peut accorder moins de valeur à un élément communiqué hors délai³⁹¹. Enfin,

³⁸³ Art.16(1) SCC.

³⁸⁴ En opposition aux documents dit privilégiés. En droit anglais, le privilège est le droit de retenir un document pour le soustraire à un examen par l'autre partie ou le tribunal. En matière d'arbitrage intérimaire, les privilèges en jeu sont celui du conseil juridique, celui lié aux litiges devant les tribunaux et le privilège dit « sans préjudice » ou rattaché aux tentatives de règlement. Le privilège juridique protège les communications faites entre un client et son procureur concernant des conseils juridiques. Il ne couvre que les professionnels en règle, donc aux avocats seulement. Le privilège dit « de litige » protège les communications entre le client et son avocat et une tierce partie. Elles doivent avoir été faites dans la perspective réelle d'une procédure, mais la jurisprudence n'a pas tranché si l'arbitrage intérimaire, en raison de son aspect inquisitoire, est inclus dans l'expression « procédure », qui selon certains ne s'applique qu'au processus purement contradictoire qu'est le procès judiciaire. Enfin, le privilège des négociations visant un règlement s'applique dans toutes les procédures judiciaires ou quasi-judiciaires, incluant l'arbitrage intérimaire. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 195, section 10.6.7.

³⁸⁵ Au Royaume-Uni, l'échange de la preuve est prévu par l'article 31.6 CPR.

³⁸⁶ Art.115(2) HGRA.

³⁸⁷ Art.115(3) HGRA.

³⁸⁸ J. REDMOND, préc., note 196, p. 111, section 6.2.

³⁸⁹ *Id.*

³⁹⁰ Art.17 SCC.

³⁹¹ Art. 15 b) et c) SCC.

l'arbitre peut puiser dans sa propre expérience et expertise, mais les parties doivent avoir l'opportunité d'en débattre³⁹².

f) Confidentialité

L'arbitrage intérimaire se veut un processus confidentiel. L'article 18 SCC dispose :

« The adjudication and any party to the dispute shall not disclose to any other party the information or document provided to him in connection with the adjudication which the party supplying it has indicated is to be treated as confidential, except to the extent that it is necessary for the purposes of, or in connection with, adjudication. » (nos soulignements)

Deux remarques peuvent être tirées de cette disposition. Premièrement, la confidentialité s'applique aux documents et informations fournis en lien avec l'arbitrage intérimaire lorsque la partie qui la fournit en a spécifié la nature confidentielle³⁹³. Ce lien doit être interprété largement pour englober tout ce qui est échangé avant, pendant et après l'arbitrage comme tel, y compris ceux relatifs aux mesures d'exécution forcée le cas échéant³⁹⁴. Nous pensons que cette approche améliore l'attractivité de l'arbitrage intérimaire. Si les parties se rendent au procès final devant un juge judiciaire, les documents et informations confidentiels en vertu de l'article 18 SCC pourraient priver l'une d'entre elles de s'en servir à cette occasion, les mots « any other person » devant inclure les tribunaux selon la doctrine³⁹⁵. En revanche, cette obligation de confidentialité ne pourra pas soustraire les parties à leur obligation générale de divulgation en vertu des règles de procédures du CPR.

³⁹² J. REDMOND, préc., note 196, p. 111, section 6.2.

³⁹³ En effet, l'article 18 SCC prévoit: « The adjudicator and any party to the dispute shall not disclose to any other party the information or document provided to him in connection with the adjudication which the party supplying it has indicated is to be treated as confidential, except to the extent that it is necessary for the purposes of, or in connection with, adjudication ». (nos soulignements). J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 200, par. 10.108. REDMOND, préc., note 196, p. 119, section 6.5.

³⁹⁴ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 200, par. 10.109.

³⁹⁵ *Id.*

3. Période post-arbitrage intérimaire

Nous abordons maintenant la partie la plus importante de l'arbitrage intérimaire pour les parties : son dénouement. Après avoir discuté des différentes fins possibles, nous nous attarderons sur la décision et ses effets juridiques. Nous terminerons par les options qui s'offrent aux parties qui en sont insatisfaites.

3.1 Fin de l'arbitrage

Hormis la décision de l'arbitre intérimaire, il y a trois moyens de terminer une procédure d'arbitrage intérimaire. Le demandeur peut se désister complètement, les parties peuvent parvenir à un règlement ou une décision finale peut être rendue sur le même différend devant un autre forum.

a) Le retrait complet du demandeur

Si la demande d'arbitrage n'a pas encore été transmise à l'arbitre, ce dernier n'est pas encore saisi du dossier et le processus, bien que lancé, n'est alors pas entamé³⁹⁶. Le demandeur qui souhaite se rétracter n'a donc qu'à omettre de transmettre sa demande d'arbitrage³⁹⁷. Le défaut de le faire dans le délai de 7 jours requis à l'article 7(1) SCC fait tomber l'avis d'arbitrage transmis antérieurement. Par contre, une fois l'arbitrage intérimaire commencé, le demandeur ne peut se retirer que dans les cas restreints où il conteste la juridiction de l'arbitre et considère son retrait comme moyen approprié dans les circonstances. Pour se désister, le demandeur devra aviser l'arbitre et la partie adverse. Aucune disposition ne prévoit le retrait comme tel, mais il nous paraît évident que l'arbitre et la partie adverse devront être avisés, sans quoi l'arbitrage pourrait se poursuivre³⁹⁸.

³⁹⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 195, par. 10.85. Voir aussi la note 49 sur la même page.

³⁹⁷ *Id.*

³⁹⁸ Art. 15 SCC.

b) Survenance d'un règlement entre les parties

À tout moment pendant l'arbitrage intérimaire, les parties peuvent s'entendre par règlement³⁹⁹. Sauf mention contraire aux règles d'arbitrage, les parties peuvent même choisir, de commun accord, de suspendre le processus momentanément le temps afin d'explorer les possibilités de règlement⁴⁰⁰. S'il en ressort une entente, l'arbitrage intérimaire n'a plus lieu d'être poursuivi. Lorsque fait après la demande d'arbitrage, l'arbitre doit également consentir à la suspension puisqu'il s'en trouve affecté⁴⁰¹. Au contraire, si le processus n'est pas interrompu, son aval n'est pas nécessaire, mais il est de bonne pratique de l'en informer. Les offres de règlement sont faites sans préjudice et leur contenu n'est accessible à l'arbitre que dans la mesure requise pour établir ses frais⁴⁰².

c) Survenance d'une décision à l'issue d'une procédure parallèle

L'arbitrage intérimaire n'est pas un recours exclusif, comme c'est souvent le cas de l'arbitrage classique. En effet, on ne saurait priver les parties de recourir à d'autres forums permettant une fin définitive au profit d'une décision intérimaire. Puisque le recours à l'arbitrage intérimaire est un droit, il peut se poursuivre, et même débiter, pendant un procès ou un arbitrage classique⁴⁰³. En revanche, la décision finale sur le même différend a pour effet de rendre caduc l'arbitrage en cours puisque le différend n'existe plus.

³⁹⁹ Art.108(3) HGRA.

⁴⁰⁰ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 189, par. 10.64, p. 199, par. 10.103.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 199, par. 10.105 et par. 10.106. Cette suspension est également possible lorsque la juridiction de l'arbitre est contestée devant les tribunaux judiciaires. Les frais d'arbitres sont également suspendus pendant cette période. Il est prudent de consigner les modalités de cette « pause » par écrit, notamment de prévoir la durée et les frais éventuellement encourus (ex : location de salles).

⁴⁰² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 199, par. 10.104.

⁴⁰³ L'inverse est également possible. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 189, par. 10.64.

3.2 Décision intérimaire

Le but de l'arbitrage intérimaire est de fournir aux parties une solution à leur différend, soit-elle temporaire. Dans cette section, nous verrons tous les éléments ayant trait à la décision et à ses effets juridiques.

a) Fond et forme

L'arbitre doit trancher les questions qui lui sont soumises⁴⁰⁴. Sa décision doit donc à tout le moins disposer du différend pour engendrer les effets juridiques que nous verrons plus loin. Lorsqu'il se prononce, l'arbitre ne peut adapter, modifier et supprimer les termes du contrat en litige sans le consentement des parties. À cet égard, l'arbitre intérimaire n'a pas les mêmes pouvoirs qu'un juge judiciaire ou qu'un arbitre dans le cadre d'un arbitrage classique⁴⁰⁵. De plus, contrairement au juge judiciaire, l'arbitre ne doit justifier sa décision qu'à la demande d'une ou des parties⁴⁰⁶. En pratique, la plupart des arbitres le font, ne serait-ce que par transparence⁴⁰⁷. Cela aide également les tiers qui seront amenés, à la demande des parties et avec leur consentement, à lire la décision, comme les assureurs, les cautions et possiblement un autre décideur dans le cadre d'une procédure finale⁴⁰⁸.

Du reste, l'arbitre est totalement libre du contenu de sa décision⁴⁰⁹. Comme la plupart des décisions judiciaires et arbitrales, il est commun d'y résumer les faits, le différend soumis et les positions des parties. L'arbitre énonce ensuite sa décision,

⁴⁰⁴ Art.20 SCC. À l'image du juge québécois qui ne peut refuser de se prononcer en vertu de l'article 10 C.p.c., l'arbitre intérimaire ne peut refuser de trancher. Il doit trancher ou se retirer. J. REDMOND, préc., note 196, p. 127, section 7.1. L'arbitre intérimaire n'est cependant pas tenu aux mêmes responsabilités de rendre une décision correcte, exempte d'erreur de droit et ou dans l'interprétation des faits, notamment vu les délais impartis. *Id.*, p. 128, section 7.1.

⁴⁰⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 215, par. 11.05.

⁴⁰⁶ Art.22 SCC.

⁴⁰⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 218, par. 11.15.

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ James Pickavance dresse une liste des éléments qu'il est de bonne pratique d'inclure dans le corps de la décision. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 217, par. 11.12.

précédée ou non d'une analyse des faits et du droit applicable, lorsque demandé par les parties⁴¹⁰. Les décisions sont généralement datées, signées, organisées en paragraphes numérotés et divisées en sections identifiables⁴¹¹. Néanmoins, soulignons que l'arbitre est libre de choisir sa structure et son style. Ainsi, certaines décisions doivent être lues avec attention pour déterminer ce qui a été décidé, les arbitres n'ayant pas l'obligation de présenter ce qui est ordonné dans une portion distincte à la toute fin⁴¹². Parce que les décisions intérimaires ont le potentiel de devenir finales, il semble que la plupart des arbitres s'appliquent à rendre une décision, claire, concise et argumentée en droit⁴¹³. Cet effort de rédaction a le mérite de forcer l'arbitre à davantage de rigueur.

Enfin, aucune disposition n'impose expressément la forme écrite, mais c'est ce qui découle de l'obligation de transmettre une copie aux parties de la décision :

« As soon as possible after he has reached a decision, the adjudicator shall deliver a copy of that decision to each of the parties to the contract »⁴¹⁴

b) Délais

Le délai prévu est de vingt-huit jours de la réception de la demande d'arbitrage, et ce, en vertu des articles 108(1)(c) HGRA et 19(1) SCC. Conscient de la part irréductible d'aléas, le législateur britannique a prévu deux possibilités de repousser cette échéance. D'une part, le demandeur peut le prolonger de quatorze jours⁴¹⁵. D'autre part, les parties peuvent, de consentement, octroyer plus de temps à l'arbitre pour rendre sa décision⁴¹⁶. Le législateur n'a pas limité cette extension,

⁴¹⁰ Voir J. REDMOND, préc., note 196, p. 142 et suivantes, section 7.6.

⁴¹¹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 216, par. 11.09.

⁴¹² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 218, par. 11.16.

⁴¹³ *Id.*

⁴¹⁴ Art.19(3) SCC.

⁴¹⁵ Art.108(1)(d) HGRA et 19(1)(b) SCC. La demande peut venir de l'une ou l'autre des parties ou de l'arbitre. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 220, par. 11.25.

⁴¹⁶ Art.108(2)(c) HGRA et 19(1)(c) SCC.

contrairement à l'extension unilatérale du demandeur. Nous pensons qu'il est raisonnable que cette dernière soit limitée afin d'éviter que le défendeur ne soit pris en otage. D'ailleurs, aucune des parties, y compris l'arbitre, n'est tenue d'accepter une ou plusieurs prolongations⁴¹⁷. Une étude publiée en 2015 démontre que moins de la moitié des arbitrages intérimaires sont effectivement complétés dans les vingt-huit (28) jours⁴¹⁸. En matière de délais, c'est le jour où la décision intérimaire est rendue qui compte et non le moment où celle-ci est communiquée aux parties, pourvu que celle-ci soit faite le plus rapidement possible⁴¹⁹. De plus, l'arbitre peut corriger sa décision pour des erreurs cléricales ou typographiques, et ce, même après l'avoir communiquée⁴²⁰.

Pour finir, rappelons que le délai, initial ou prolongé, est de rigueur. Il est impératif que l'arbitre rende sa décision avant son expiration. La jurisprudence est intransigeante sur ce point et les chances d'annulation de la décision sont élevées⁴²¹. Ainsi, s'il devient évident que le délai ne peut être respecté, il doit être prolongé ou renouvelé⁴²². Lorsque l'arbitre n'a pu, pour quelque raison que ce soit, rendre sa décision dans les délais impartis, l'une ou l'autre des parties peut recommencer le processus en transmettant un nouvel avis d'arbitrage intérimaire⁴²³.

⁴¹⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 221, par. 11.28.

⁴¹⁸ 40% en 42 jours et 15% au-delà. Données collectées en 2012. Id., p. 221, par.11.27.

⁴¹⁹ La jurisprudence varie sur ce point. En général, l'annonce et la communication peuvent être espacées de quelques heures, par exemple pour taper et corriger les erreurs de textes et autres. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 222, par. 11.33, 11.34.

⁴²⁰ Art.22A(1) SCC.

⁴²¹ Par exemple, l'absence de préjudice de part et d'autre n'a pu « sauver » la décision, voir J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 221, par. 11.28.

⁴²² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 223, par. 11.35. Entre autres, le silence d'une partie peut être considéré comme une acceptation de l'extension demandée.

⁴²³ Art.19(2)(a) SCC.

c) Nature et effets juridiques

Le principal effet juridique d'une décision arbitrale intérimaire est qu'elle lie les parties⁴²⁴. À cet égard, quelques commentaires s'imposent.

Tout d'abord, les parties sont liées temporairement, puisque la décision est de nature intérimaire et, donc, non finale, à moins que les parties lui donnent cet effet, par leur faits et gestes⁴²⁵. Rappelons qu'il s'agit là du principal effet recherché. La décision continue donc de lier les parties jusqu'à ce qu'elle soit renversée par une décision finale ou modifiée par un règlement entre les parties, tel que le prévoient les articles 108(3) HGRA et 23 SCC. En cas de plusieurs arbitrages intérimaires, les derniers seront donc liés par les premiers⁴²⁶. En effet, sa nature intérimaire fait qu'elle ne peut conférer le statut de chose jugée, si ce n'est qu'en opposition aux arbitrages intérimaires subséquents, le cas échéant⁴²⁷.

Quant à la nature de la décision d'un arbitre intérimaire, la jurisprudence rappelle qu'elle n'est pas un jugement d'un tribunal judiciaire ou une sentence arbitrale :

« The language of the 1996 Act throughout is that the adjudicator makes a decision. He does not make a judgment. Nor does he make an “award” as an arbitrator does though he can order that his decision be complied with. »⁴²⁸

« The task of the adjudicator is not to act as arbitrator or judge. The time constraints within which he is expected to operate are proof of that. The task of the adjudicator is to find an interim solution which meets the needs of the case. Parliament may be taken to have recognised that, in the absence of an interim solution, the contractor (or sub-contractor) or his sub-contractors will be driven into insolvency through a wrongful

⁴²⁴ Art.108(3) HGRA. Art. 23 SCC.

⁴²⁵ Art. 108(3) al.2 HGRA: « The parties may agree to accept the decision of the adjudicator as finally determining the dispute. »

⁴²⁶ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 225, par. 11.43. Nous rappelons que l'arbitrage intérimaire ne peut avoir lieu pour un différend déjà tranché.

⁴²⁷ *Id.* Sur ce qui aura été décidé seulement. Ni les autres arbitres intérimaires, ni les juges judiciaires et ni les arbitres ne sont liés par l'interprétation du droit et des faits d'une décision intérimaire.

⁴²⁸ *Id.*, p. 215, par.11.06.

withholding of payments properly due. The statutory scheme provides a means of meeting the legitimate cashflow requirements of contractors and their subcontractors. The need to have the “right” answer has been subordinated to the need to have an answer quickly»⁴²⁹.

Ainsi, elle n’engendre pas les mêmes conséquences juridiques. La plus importante est sans doute en matière d’exécution. En effet, la décision intérimaire est obligatoire et lie les parties⁴³⁰, mais elle n’a pas la force exécutoire du jugement judiciaire :

« Proceedings before an arbitrator are closer to court proceedings because an award of an arbitrator can in some circumstances be registered and enforced without a judgment of the court. But the decision of an adjudicator, like the decision of a certifier, is not enforceable of itself. Those decisions, like the decisions of a certifier, can be relied on as the basis for an application to the court for judgment, but they are not in themselves enforceable. »⁴³¹

3.3 Exécution volontaire, contestation et exécution forcée

a) Exécution volontaire

Les parties sont tenues de s’exécuter en vertu de l’article 23 SCC :

« The decision of the adjudicator shall be binding on the parties, and they shall comply with it until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration) or by agreement between the parties ».

Rappelons que cette obligation s’attache à une décision *valide*. Une décision nulle ne produirait en effet aucun effet juridique contraignant. Sans mention de délai pour se conformer à la décision, l’article 21 SCC prévoit que les parties s’exécutent sur-le-champ. En pratique, un délai de sept à quatorze jours est généralement prévu⁴³².

⁴²⁹ *Carillion Construction Ltd. v Devonport Royal Dockyard Ltd.*, [2005] EWCA Civ 1358, par. 86.

⁴³⁰ Art.21 SCC.

⁴³¹ *Austin Hall Building Ltd v Buckland Securities Ltd.*, 80 ConLR 115 , [2001] Lexis Citation 1456 , [2001] All ER (D) 137 (Apr), par. 35.

⁴³² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 225, par. 11.47.

Outre cette sommation, aucune disposition dans la HGRA ou le SCC ne prévoit l'exécution, ses modalités ou les règles à suivre lorsqu'une partie est récalcitrante.

b) Contestation : motifs, procédures et effets juridiques

Si l'une ou les deux parties estiment que la décision est invalide, celle-ci peut être contestée devant les tribunaux judiciaires⁴³³. Parmi les motifs pouvant entraîner la nullité de la décision intérimaire, certains ont été acceptés par la jurisprudence et d'autres non. Les questions de juridiction⁴³⁴ et les règles de justice naturelle sont des conditions de validité de la décision intérimaire. En revanche, les erreurs de l'arbitre n'ayant aucune conséquence sur ces deux conditions ne peuvent fonder un refus de s'exécuter⁴³⁵. L'erreur de procédure, de droit ou de faits, dont il est question ici est une erreur de bonne foi, qui n'entraîne pas de violation de juridiction ou des règles de justice naturelle. Dans *Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd*⁴³⁶, le tribunal décline le recours en annulation de la décision intérimaire pour cause d'erreur de procédure. En effet, la TCC considère que les erreurs, même si elles entraînent des injustices mineures, sont inhérentes au caractère expéditif de la procédure, lui-même requis pour atteindre les objectifs du législateur. Dans *Carillion Construction Ltd v Devonport Royal Dockyard*⁴³⁷, la TCC renchérit et rappelle les principes appliqués par les tribunaux lorsque confrontés à un refus d'exécution pour

⁴³³ Aucun article ne le prévoit dans la HGRA ou dans le SCC, mais en pratique une jurisprudence s'est développée.

⁴³⁴ Par exemple, si l'arbitre déborde des limites du différend tel que décrit dans l'avis d'arbitrage. J. REDMOND, préc., note 196, p.61, section 4.2.

⁴³⁵ Dans le cas des règles de justice naturelle, la difficulté d'en faire la preuve alourdit le fardeau de la partie résistant à l'exécution. Dans les faits, seuls les cas les plus flagrants que le recours basé sur ce motif a des chances de réussir. De plus, si la violation ne vicie qu'une partie de la décision, le tribunal maintiendra la portion valide lorsque possible. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 254, par. 13.19. Voir aussi la note 13 à la même page.

⁴³⁶ *Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd.*, préc., [1999] EWHC 254 (TCC).

⁴³⁷ [2005] BLR 310, [2005] EWHC 778 (TCC), 102 Con LR 167, par.80. Il s'agit de la première instance. Voir en particulier les 2^e et 4^e principes : « 2. The Court of Appeal has repeatedly emphasised that adjudicators' decisions must be enforced, even if they result from errors of procedure, fact or law: see Bouygues, C&B Scene and Levolux; [...] 4. Judges must be astute to examine technical defences with a degree of scepticism consonant with the policy of the 1996 Act. Errors of law, fact or procedure by an adjudicator must be examined critically before the Court accepts that such errors constitute excess of jurisdiction or serious breaches of the rules of natural justice: see **Pegram Shopfitters** and **Amec**. »

cause d'erreur. Cette interprétation est confirmée par la Cour d'appel, qui résume avec justesse la tendance nette des tribunaux judiciaires :

« The objective which underlies the Act and the statutory scheme requires the courts to respect and enforce the adjudicator's decision unless it is plain that the question which he has decided was not the question referred to him or the manner in which he has gone about his task is obviously unfair. It should be only in rare circumstances that the courts will interfere with the decision of an adjudicator. The courts should give no encouragement to the approach adopted by DML in the present case; which (contrary to DML's outline submissions, to which we have referred in paragraph 66 of this judgment) may, indeed, aptly be described as "simply scrabbling around to find some argument, however tenuous, to resist payment".

86. It is only too easy in a complex case for a party who is dissatisfied with the decision of an adjudicator to comb through the adjudicator's reasons and identify points upon which to present a challenge under the labels "excess of jurisdiction" or "breach of natural justice". It must be kept in mind that the majority of adjudicators are not chosen for their expertise as lawyers. Their skills are as likely (if not more likely) to lie in other disciplines. The task of the adjudicator is not to act as arbitrator or judge. The time constraints within which he is expected to operate are proof of that. The task of the adjudicator is to find an interim solution which meets the needs of the case. Parliament may be taken to have recognised that, in the absence of an interim solution, the contractor (or sub-contractor) or his sub-contractors will be driven into insolvency through a wrongful withholding of payments properly due. The statutory scheme provides a means of meeting the legitimate cash-flow requirements of contractors and their subcontractors. The need to have the "right" answer has been subordinated to the need to have an answer quickly. The scheme was not enacted in order to provide definitive answers to complex questions. Indeed, it may be open to doubt whether Parliament contemplated that disputes involving difficult questions of law would be referred to arbitrage intérimaire under the statutory scheme; or whether such disputes are suitable for arbitrage intérimaire under the scheme. We have every sympathy for an adjudicator faced with the need to reach a decision in a case like the present »⁴³⁸.

Les expressions « pay now; argue later » ou « rough justice » traduisent bien l'interprétation de l'intention du législateur par les tribunaux⁴³⁹. Si le tribunal en vient à la conclusion que la décision est effectivement frappée de nullité, les parties pourront recommencer un nouvel arbitrage intérimaire depuis le début, comme si le

⁴³⁸ *Carillion Construction Ltd v Devonport Royal Dockyard*, préc., note 412, par. 85 et 86.

⁴³⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 251, par. 13.08.

premier n'avait pas eu lieu⁴⁴⁰. La contestation d'une décision intérimaire se fait conformément aux règles de procédures en matière civile, soit les CPR⁴⁴¹. Elle est généralement soumise à la TCC, comme les procédures d'exécution forcée⁴⁴².

c) Exécution forcée devant la TCC

Même si elle est liée par la décision intérimaire rendue, il arrive qu'une partie néglige de s'exécuter. L'autre partie devra entreprendre des démarches en vue de forcer l'exécution. Comme mentionnée ci-haut, la décision intérimaire n'est pas un jugement ou une sentence. En certaines circonstances, une sentence arbitrale peut revêtir la force exécutoire d'un jugement, mais ce n'est pas le cas de la décision intérimaire. Pour cette dernière, l'action des tribunaux judiciaires est nécessaire. Nous sortons donc du cadre de la procédure à l'étude, mais estimons qu'un survol demeure pertinent dans la mesure où cette éventualité devra être étudiée en cas d'importation du modèle britannique. Dans la plupart des cas, la partie gagnante soumettra une demande de jugement sommaire⁴⁴³ devant la TCC⁴⁴⁴ et ce, en respectant les règles de procédure civile, les CPR.

Consciente des impératifs de temps et dans le but de conserver la pertinence de l'arbitrage intérimaire, la TCC lui a consacré des règles de procédure particulières. Elles complètent les règles générales.⁴⁴⁵ En plus des règles CPR 24 relatives au

⁴⁴⁰ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 252, par. 13.09. Donc l'article 9(2) SCC (empêchant de référer le même différend) ne trouve pas application en ces cas.

⁴⁴¹ *Civil Procedure Act 1997*, c.12, art. 1 : (1) There are to be rules of court (to be called "Civil Procedure Rules") governing the practice and procedure to be followed in— (a) the civil division of the Court of Appeal, (b) the High Court [except in relation to its jurisdiction under the Extradition Act 2003], and (c) the county court]. Les CPR ont été modifiées plusieurs fois.

⁴⁴² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 252, par. 13.11.

⁴⁴³ La procédure sommaire ne nécessite pas de procès ni d'auditions, art.24.1 CPR. Elle est prévue à la Partie 24 CPR : <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part24> (page consultée le 10 avril 2019).

⁴⁴⁴ Il est aussi possible, mais moins commun, de demander un ordre péremptoire, une injonction ou une demande déclaratoire. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 249, par. 13.02.

⁴⁴⁵ Article 9.1.3 du Guide. Voir la « Section 9. Arbitrage intérimaire business » du *Technology and Construction Court Guide*, un guide qui est entièrement le fruit des tribunaux, qui se sont inspirés des CPR. En ligne :

jugement sommaire, le demandeur devra suivre les règles CPR Partie 7 ou Partie 8⁴⁴⁶. La preuve doit être limitée au contenu pertinent⁴⁴⁷. Dans le même souci, la TCC se prononce généralement sur documents. Les soumissions orales sont cependant acceptées lorsqu'indiquées⁴⁴⁸. Les parties peuvent espérer être entendues dans les vingt-huit (28) jours de l'introduction de l'action pour jugement sommaire⁴⁴⁹.

Ce dernier n'est pas une révision ou un appel de la décision intérimaire. À ce stade, le tribunal ne se prononce que sur la validité de la décision, car son effet contraignant en dépend. Cette étude de la validité est limitée aux deux seuls motifs évoqués plus haut. Le tribunal accordera le jugement sommaire en faveur du demandeur lorsqu'il ressort des arguments du défendeur que ce dernier a de faibles chances de succès⁴⁵⁰ : « The summary judgment application takes the form of an assessment on the merits of the defendant's objection to the adjudicator's decision. It is not a trial, or a mini-trial »⁴⁵¹. Si le défendeur néglige de donner suite à la procédure d'exécution, un jugement par défaut pourra être rendu contre lui⁴⁵². La TCC peut également refuser

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448256/technology-and-construction-court-guide.pdf (page consultée le 10 avril 2019). Selon la doctrine, le délai pour l'obtention d'une décision de la TCC est d'environ huit semaines. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 252, par. 13.12.

⁴⁴⁶ La Partie 7 s'applique si l'exécution recherchée est le paiement d'une somme d'argent. Si le jugement est de nature déclaratoire, la Partie 8 s'applique. Art. 9.2.1 TCC Guide. Ces règles prévoient les documents requis, leur contenu, les délais etc. Dans le cas de l'arbitrage intérimaire, les parties n'ont pas à se conformer au Pre-Action Protocol for Construction and Engineering Disputes. Paragraphe 1.2 du Protocol :

https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_ced (page consultée le 12 avril 2019).

⁴⁴⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 262, par. 13.50.

⁴⁴⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 255, par. 13.22.

⁴⁴⁹ Le défendeur aura au moins quatorze jours pour répondre. Art. 9.2.8 TCC Guide.

⁴⁵⁰ Art. 24.2 CPR.

⁴⁵¹ Le défendeur doit donc présenter des éléments de preuve crédible qui étayent ses chances de réussite, même si à ce stade ils ne seront pas évalués selon la prépondérance des probabilités. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 253, par. 13.16.

⁴⁵² CPR Partie 13. Si le défendeur avait une raison valable de ne pas répondre en temps opportun à la procédure, il peut la soumettre dans le cadre d'une procédure qui s'apparente à la rétractation de jugement. Le tribunal pourra écarter le jugement par défaut s'il appert que le défendeur a de réelles chances de contrer l'action contre lui. Le tribunal a cependant discrétion en dans son appréciation. Art. 13.3(1) CPR 13.

l'exécution ou refuser avec permission de poursuivre au procès sur le fond⁴⁵³. Le jugement sommaire est motivé et rendu par écrit⁴⁵⁴.

De plus, précisons que le jugement sommaire ordonnant ou déclinant l'exécution est un jugement classique. Les matières dont il dispose ont donc la qualité de chose jugée. Il ne peut pas être renversé en arbitrage ou devant un autre tribunal judiciaire de rang égal ou inférieur⁴⁵⁵. Dans de rares circonstances, le jugement sommaire pourra être écarté suivant une procédure formelle en ce sens⁴⁵⁶. Elle est présentée au même tribunal et relève de la discrétion de ce dernier⁴⁵⁷. Une autre possibilité est d'en appeler du jugement sommaire à un tribunal supérieur⁴⁵⁸.

Enfin, la partie perdante sera généralement tenue de payer les frais engagés pour les procédures d'exécution ainsi que des frais d'intérêts dans le cas d'une décision emportant le paiement d'une somme d'argent⁴⁵⁹.

⁴⁵³ Le rejet de l'exécution met fin au débat, la décision est inexécutable en raison de sa nullité. La seconde option est rare vu l'objectif de l'arbitrage intérimaire. Elle est utilisée dans les cas où la preuve ne permet pas au tribunal de trancher. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 264, par. 13.62, 13.63.

⁴⁵⁴ *Id.*, p. 264, par. 13.61.

⁴⁵⁵ *Id.*, p. 265, par. 13.65.

⁴⁵⁶ CPR 24, Practice Directions.8.

⁴⁵⁷ Discrétion exercée en vertu de l'art. 3.9(1) CPR. La partie qui souhaite écarte le jugement sommaire devrait entamer ses procédures dans les 30 jours du prononcé. *Nageh v Richard Giddings & Another* [2006] EWHC 3240 (TCC), par. 11-14. En pratique, ce recours réussit rarement. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 266, par. 13.70.

⁴⁵⁸ L'appel doit être autorisé par le tribunal qui a rendu le jugement sommaire. Pour être plaidé avec succès, la partie en demande devra démontrer une erreur de fait, de droit ou dans l'exercice de la discrétion du tribunal de qui la décision est contestée. Encore une fois, les permissions d'appeler son rares.

⁴⁵⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 249, par. 13.02. Voir aussi la page 267 au paragraphe 13.71 pour les coûts de procédures et à la page 273, paragraphe 13.90 pour les intérêts.

3.4 Détermination finale

Sans intervention judiciaire ou arbitrale, le règlement final du différend se produit par contrat⁴⁶⁰, par règlement⁴⁶¹ ou par inaction. Si les parties ne sont pas satisfaites, elles peuvent saisir la justice civile ou un tribunal arbitral, dont le jugement ou la sentence pourra maintenir, modifier ou renverser la décision intérimaire ou une partie de celle-ci. À ce moment, nous comprenons de l'article 108(3) HGRA que seuls le jugement ou la sentence arbitrale lient les parties⁴⁶² :

« The contract shall provide [in writing] that the decision of the adjudicator is binding until the dispute is finally determined by legal proceedings, by arbitration (if the contract provides for arbitration or the parties otherwise agree to arbitration) or by agreement ».

Le déclenchement des procédures en vue d'une détermination finale peut survenir avant, pendant ou après l'arbitrage intérimaire⁴⁶³. Dans ce dernier cas, les tribunaux ont établi que la partie qui entend porter le différend en justice ou en arbitrage doit le faire dans les six ou douze ans de la date d'exécution de la décision intérimaire⁴⁶⁴. Rien dans la HGRA ou dans le SCC n'oblige la partie qui souhaite obtenir un jugement ou une sentence définitive à se justifier ou à démontrer que des erreurs ont été commises par l'arbitre intérimaire. En effet, il ne s'agit pas d'un appel de la décision intérimaire, mais bien d'un procès de novo dans la mesure où les parties devront de nouveau faire la démonstration du bien-fondé de leurs prétentions.

⁴⁶⁰ Les parties ne peuvent s'engager à considérer la décision intérimaire comme finale en amont, car cela contreviendrait à l'article 108(3) HGRA. Elles peuvent cependant le faire une fois la décision rendue. Elles peuvent aussi limiter le droit d'engager de telles procédures à un laps de temps. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p.305, par. 15.07.

⁴⁶¹ Les parties peuvent régler en tout temps. Le règlement peut concerner tout le différend ou une partie seulement de celui-ci. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 306, par. 15.09 et 15.10.

⁴⁶² *Id.*, p. 315, par. 15.47.

⁴⁶³ Une décision définitive ne doit pas avoir été rendue sur le même différend, sinon l'arbitrage intérimaire devient caduc. *Id.*, p. 304 par. 15.02 et p. 307, par. 15.13.

⁴⁶⁴ Ces limites sont d'origine jurisprudentielle : *Aspects Contracts (Asbestos) Ltd. v Higgins Construction Plc.* [2015] UKSC 38, par.18-33 J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 312, par. 15.34 et 15.37.

Chapitre II : L'arbitrage conventionnel des différends au Québec

Le mécanisme à importer ayant été présenté, nous traiterons du droit de réception, soit l'arbitrage conventionnel sous l'égide du *Code de procédure civile*. En effet, même si le législateur décide d'en faire un régime statutaire, la procédure d'arbitrage intérimaire entretiendra des liens avec le droit commun en matière de procédure civile. Ce chapitre a pour but de cerner les problématiques rencontrées par les acteurs de l'industrie de la construction, de présenter l'arbitrage conventionnel en droit québécois et d'identifier les lacunes face à la problématique des retards de paiement.

Nous nous sommes efforcés de conserver une structure similaire afin de minimiser les biais inhérents à la comparaison de deux juridictions de tradition juridique différente. En revanche, la structure générale du *Code de procédure civile* ne permet pas une approche aussi poussée, faute de dispositions spécifiques aux différends de construction. De plus, les arbitrages étant généralement privés, seuls ceux ayant nécessité l'intervention des tribunaux judiciaires nous sont accessibles. Quant à la doctrine, si elle est abondante sur l'arbitrage en général, elle est plutôt limitée en matière de construction. Nous avons donc étudié d'autres sources, tels des rapports économiques et juridiques sur l'industrie, ainsi que des sources internationales. Comme mentionné en introduction de ce travail, l'industrie de la construction québécoise partage plusieurs problématiques rencontrées ailleurs. L'arbitrage est quant à lui une procédure internationalement connue. Les règles de procédure diffèrent selon les juridictions, mais les caractéristiques essentielles demeurent.

Nous verrons qu'autant dans la forme que sur le fond, l'institution qui se rapproche le plus de l'arbitrage intérimaire en droit québécois est l'arbitrage conventionnel. En effet, bien que le modèle britannique soit un arbitrage statutaire, nous n'estimons qu'aucun des quelques régimes

d'arbitrage statutaires que compte le Québec ne s'en rapprochent suffisamment. De plus, il nous apparaissait nécessaire d'étudier le droit commun puisque nous soutenons que le modèle britannique pourrait être importé en l'état, soit sans modifications majeures du droit québécois.

Nous présenterons dans un premier temps l'institution et son évolution dans notre juridiction. Nous aborderons ensuite le cadre législatif et judiciaire dans lequel il s'inscrit. Les applications en droit de la construction seront abordées au fur et à mesure. Nous verrons en quoi l'arbitrage conventionnel ne convient pas au règlement des différends en cours de chantier. Les principales étapes du processus seront ensuite détaillées. Enfin, la sentence arbitrale clôturera le chapitre.

A) Présentation de l'arbitrage au Québec

Dans cette partie, nous présenterons les grandes lignes de l'arbitrage, les éléments qui le caractérisent, ses fondements juridiques et ses principes sous-jacents. Nous parlerons des différents types et formes qu'il peut prendre. Nous traiterons de son utilisation dans le secteur de la construction et des avantages et inconvénients qu'il présente dans ce contexte.

Cet exposé se veut plus succinct étant donné la familiarité présumée du lecteur avec le droit québécois. Le présent chapitre est d'abord descriptif, mais la comparaison et l'analyse seront amorcées en prévision du troisième et dernier chapitre, où elles seront toutes deux approfondies.

1. Définition et principales caractéristiques

1.1 Définition

L'arbitrage est un processus privé et contradictoire⁴⁶⁵ de règlement des différends où un tiers neutre tranche le différend qui lui est soumis en rendant une sentence finale et sans appel⁴⁶⁶, qui lie les parties⁴⁶⁷. L'arbitrage présente plusieurs caractéristiques. Certaines sont partagées par d'autres modes alternatifs de règlement des différends alors que d'autres lui sont propres. Elles sont notamment identifiables par leur présence systématique et ce, peu importe la forme ou le type d'arbitrage choisi. Selon nous, les deux principales caractéristiques que nous considérons comme irréductibles sont le caractère extrajudiciaire du processus et la présence d'un tiers neutre dont la décision lie les parties. À ces deux éléments principaux s'ajoutent généralement la confidentialité du processus et le caractère final et sans appel de la sentence.

⁴⁶⁵ Art. 632 al.1 C.p.c.

⁴⁶⁶ Art. 642 al.1 et 648 al.1 N.C.p.c.

⁴⁶⁷ Définition inspirée de celle de Pierre-Claude Lafond dans PIERRE-CLAUDE LAFOND, « Introduction », dans *Régler autrement les différends*, Deuxième édition, Montréal, LexisNexis, 2018, p. 1-36 à la page 15, par. 0-24.

a) Caractère extrajudiciaire

Le propre de l'arbitrage est qu'il se déroule en marge de la justice publique⁴⁶⁸. On parle en effet d'une « justice privée »⁴⁶⁹. De plus, cette caractéristique de l'arbitrage est intimement liée à une autre de ses particularités : son caractère exclusif. En effet, en ayant recours à l'arbitrage, les parties choisissent de soumettre leur différend à un arbitre, généralement à l'*exclusion des tribunaux*⁴⁷⁰ :

« Il existe deux types de clauses contractuelles d'arbitrage. La clause compromissoire parfaite, ou « clause d'arbitrage exclusif », est celle par laquelle les parties s'engagent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui précise que la sentence sera finale et liera les parties. Elle se distingue d'une clause d'arbitrage purement facultative (voir *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, p. 533) » (nos soulignements)⁴⁷¹

L'arbitrage intérimaire peut quant à lui se dérouler parallèlement à d'autres procédures, dont le procès civil ou l'arbitrage conventionnel. Il ne s'agit donc pas d'un recours exclusif. Évidemment, le différend réglé par arbitrage ou jugement judiciaire ne peut subséquemment faire l'objet d'un arbitrage intérimaire.

Au Québec, les auteurs s'étant prononcés sur cet aspect de l'arbitrage dans le contexte de la construction considèrent que le caractère extrajudiciaire est à la fois un avantage et un inconvénient. En effet, si les parties profitent de la confidentialité, de la souplesse et peuvent espérer quelques économies en évitant le système judiciaire, elles se privent également des outils légaux dont ce dernier dispose. Des mesures comme l'intervention forcée d'un tiers ou encore les ordonnances injonctives sont limitées et devront être

⁴⁶⁸ Même les arbitrages statutaires, comme l'arbitrage de grief, ne peuvent être considérés comme un mode « public » de règlement des différends.

⁴⁶⁹ Par exemple, dans Babak BARIN et Marie-Claude RIGAUD, *L'arbitrage consensuel au Québec : Recueil de jurisprudence*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1. Le livre VII du Code de procédure civile s'intitule d'ailleurs « Les modes privés de prévention et règlement des différends ».

⁴⁷⁰ Dans la mesure où les parties bénéficient d'une clause compromissoire parfaite. Voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, par. 131.

⁴⁷¹ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 470.

entreprises devant les tribunaux de droit commun. Les parties doivent donc se demander s'il vaut la peine de saisir deux forums pour une même affaire.

b) Présence d'un tiers neutre ayant un pouvoir décisionnel

Contrairement à plusieurs autres modes privés de règlement des différends⁴⁷², l'arbitrage implique systématiquement au moins un tiers⁴⁷³ ayant un pouvoir décisionnel⁴⁷⁴. Cela le distingue de la médiation⁴⁷⁶ et des autres modes dits « participatifs »⁴⁷⁷. On ne saurait donc parler d'arbitrage sans la présence de ce tiers ou si ce dernier était privé du pouvoir de trancher le différend.

L'arbitrage intérimaire présente également cette caractéristique. Nous pensons que ce pouvoir du tiers est nécessaire à l'atteinte des objectifs de la procédure. En effet, elle n'aurait pas été d'une grande utilité si la décision du tiers n'était que consultative ou facultative. L'arbitrage intérimaire se rapprocherait alors davantage de la médiation.

En droit québécois, les parties recherchent également ce pouvoir du tiers, sans quoi l'arbitrage ne saurait constituer une alternative aux tribunaux judiciaires.

⁴⁷² Comme la négociation, la médiation, le *partening*, etc. INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20. Voir également l'ouvrage collectif intitulé « Régler autrement les différends », rédigé sous la direction de Pierre-Claude Lafond et publié aux éditions LexisNexis, préc., note 467.

⁴⁷³ Art. 620 al.1 C.p.c. : « L'arbitrage consiste à confier à un arbitre la mission de trancher un différend conformément aux règles de droit et, s'il y a lieu, de déterminer les dommages-intérêts. [...]» (nos soulignements).

⁴⁷⁴ Art. 620 al.2 C.p.c. : « L'arbitrage consiste à confier à un arbitre la mission de trancher un différend conformément aux règles de droit et, s'il y a lieu, de déterminer les dommages-intérêts. [...]» (nos soulignements). P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 16, par. 0-26.

⁴⁷⁵ P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467 p. 16, par. 0-26.

⁴⁷⁶ PIERRE-CLAUDE LAFOND et MICHELLE THÉRIAULT, « La médiation », dans *Régler autrement les différends*, Deuxième édition, LexisNexis, 2018, p. 103-143 à la page 106, par. 3-3.

⁴⁷⁷ Comme la médiation ou le *partening*. Les parties exercent un plus grand contrôle dans ces modes que dans les modes juridictionnels comme l'arbitrage. P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 16, par. 0-26.

c) Confidentialité

La confidentialité de l'arbitrage, comme la plupart des modes privés de règlement des différends d'ailleurs, est la norme⁴⁷⁸. La confidentialité s'étend à tout le processus et à la décision qui en découle, le cas échéant. Elle s'impose à l'arbitre et aux parties⁴⁷⁹. Ces dernières doivent cependant garder à l'esprit que la confidentialité ne s'étend pas à la demande d'homologation. La sentence arbitrale qui devra être présentée en soutien à cette demande en justice sera par le fait même rendue publique⁴⁸⁰. En général, la confidentialité est donc un élément récurrent de l'arbitrage, mais son absence ne fait pas perdre au processus sa qualification. D'ailleurs, les parties peuvent y renoncer sans que le processus perde sa qualification⁴⁸¹.

Le modèle britannique prévoit également la confidentialité⁴⁸². Pour les raisons que nous avons abordées en introduction, la confidentialité est habituellement recherchée par les acteurs de l'industrie de la construction, ici comme ailleurs.

d) Le caractère final et sans appel de la sentence

La sentence arbitrale met fin au différend et n'est pas susceptible d'appel. À l'image de la confidentialité, il s'agit là d'un élément caractéristique de l'arbitrage.

Le caractère final se distingue de l'impossibilité d'en appeler et si ces deux éléments sont intimement liés, ils ne sauraient être amalgamés. Une décision finale signifie qu'elle tranche le différend à demeure, en opposition à une décision interlocutoire. Quant à la possibilité d'en appeler, elle est traditionnellement exclue pour les sentences

⁴⁷⁸ Art. 4 C.p.c.

⁴⁷⁹ Art. 4 C.p.c. : « Les parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi. » La doctrine souligne la pertinence d'en faire une obligation pour tous ceux impliqués, mais sans être parties, par exemple les témoins. MARIE-JOSÉE HOGUE et VÉRONIQUE ROY, « L'arbitrage conventionnel », dans *Régler autrement les différends*, Deuxième édition, LexisNexis, 2018, p. 147-189 à la page 153, par. 4-28.

⁴⁸⁰ *Id.*

⁴⁸¹ Art. 4 C.p.c.

⁴⁸² Art.18 SCC.

arbitrales. L'attractivité de l'arbitrage et sa position d'alternative au procès civil seraient négativement affectées par le risque omniprésent d'un appel. Les motifs de refus d'homologation et motifs d'annulation ont d'ailleurs été restreints par le législateur⁴⁸³. En droit québécois, le seul recours de la partie mécontente de la sentence est le recours en annulation⁴⁸⁴.

Cet attribut est au cœur de l'arbitrage et ne saurait être aisément écarté. Selon nous, rien ne s'oppose à ce qu'un processus aboutissant à une décision intérimaire, qui peut par ailleurs devenir finale, soit qualifié d'arbitrage. Cependant, même s'il souffre peu à peu d'exceptions comme en témoigne l'émergence de l'arbitrage intérimaire en Ontario, le caractère final de la sentence demeure essentiel à la qualification d'arbitrage en droit québécois. En même temps, les besoins de l'industrie tendent davantage vers une solution intérimaire qu'une sentence finale en cours de projet. En effet, au vu du résultat, certaines parties pourraient conclure que poursuivre les travaux ne leur serait pas profitable. La possibilité de revenir sur ce qui aura été décidé antérieurement devient donc déterminante dans l'attractivité de l'arbitrage intérimaire.

En ce qui concerne l'absence de possibilité d'appel, les auteurs considèrent qu'il s'agit encore une fois d'une caractéristique souhaitée et redoutée. En effet, l'absence d'appel constitue une sorte de garantie pour les parties. Si l'on pouvait en appeler d'une sentence arbitrale, la pertinence de ce mode pourrait être remise en question. D'ailleurs, nous n'avons relevé aucun processus d'arbitrage, incluant le modèle d'arbitrage intérimaire⁴⁸⁵, qui prévoyait un droit d'appel comme tel, compris comme étant une révision du différend sur le fond. Enfin, nous rappelons que le pourvoi en contrôle

⁴⁸³ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 181, par. 4-69. Les motifs listés à l'article 646 C.p.c. sont exhaustifs.

⁴⁸⁴ Art. 648 C.p.c. *Id.*

⁴⁸⁵ Comme nous l'avons vu, le juge se prononce sur la forme et essentiellement sur des questions pouvant affecter la validité du processus même, soit des irrégularités en termes de compétence et la violation de règles de justice naturelle.

judiciaire des sentences émanant d'arbitrages statutaires ne s'apparente pas à un appel⁴⁸⁶.

L'absence de droit d'appel est cependant pertinente dans le cadre de la sentence finale, à la fin des travaux. Cette caractéristique de l'arbitrage conventionnel n'est donc d'aucune pertinence quant à la problématique des différends en cours de chantier. Au contraire, les parties pourraient être rebutées d'aller en arbitrage alors que les travaux ne sont pas achevés. Si une sentence défavorable est rendue, son contenu ne pourra être modifié dans le cadre des procédures subséquentes. D'ailleurs, notre recherche jurisprudentielle n'a pas révélé de cas où les parties ont fait appel à l'arbitrage conventionnel en ayant l'intention de poursuivre les travaux ensuite. Dans la grande majorité des cas, l'arbitrage prenait place à la fin des travaux ou avait pour effet de les interrompre, ce que l'on veut éviter.

⁴⁸⁶ *Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec c. Marquis*, 2011 QCCA 133, par. 15, 16. Les arbitrages statutaires sont peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire puisqu'ils relèvent du droit administratif.

1.2 Nature et principes

Plusieurs des principes applicables à l'arbitrage découlent de sa nature. Par exemple, les règles relatives aux obligations s'appliquent à la convention d'arbitrage en raison de sa nature contractuelle⁴⁸⁷. Parmi les principes découlant de sa fonction juridictionnelle, mentionnons le principe de contradiction⁴⁸⁸.

Comme le procès, l'arbitrage est une procédure qui suit les principes du débat contradictoire⁴⁸⁹. Il en découle que l'arbitre est, comme le juge judiciaire, passif dans la mesure où ce sont les parties qui doivent amener les preuves au soutien de leurs prétentions. De plus, il ne se prononce que dans la limite de ce qui lui est demandé⁴⁹⁰. En revanche, le législateur attend également de l'arbitre qu'il ait un rôle actif dans la gestion de l'instance arbitrale, comme en témoignent les pouvoirs étendus qu'il détient à ce chapitre⁴⁹¹ et sur lesquels nous reviendrons.

⁴⁸⁷ À ce chapitre, les règles concernant la capacité et la formation du contrat doivent être respectées pour que la convention soit valide et produise des effets juridiques. M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 155, par. 4-23. Mentionnons également l'effet relatif des contrats de l'article 1440 C.c.Q., qui explique pourquoi les tiers n'ayant pas consenti ne peuvent être forcés à aller en arbitrage. Rares sont les cas où les tiers seront ainsi impliqués malgré eux dans un arbitrage. À ce sujet, voir la théorie des personnes reliées. *Id.*, pp. 157 à 159.

⁴⁸⁸ L'arbitrage conventionnel a également été décrit comme établissant un « système de justice privée » au bénéfice des parties : « [d]'un point de vue théorique, l'arbitrage est une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle. Il est donc conventionnel par sa source et juridictionnel par sa fonction », dans S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 5.

⁴⁸⁹ Art.622 al. 3 C.p.c.

⁴⁹⁰ Art.10 C.p.c., appliqué par analogie.

⁴⁹¹ Art.632 al.1 C.p.c. : « L'arbitre procède à l'arbitrage suivant la procédure qu'il détermine; il est cependant tenu de veiller au respect des principes de la contradiction et de la proportionnalité. »

1.3 Formes et types

L'arbitrage se décline en plusieurs formes. L'arbitrage qui servira de base de comparaison dans ce travail sera l'arbitrage conventionnel domestique. Que l'arbitrage soit institutionnel ou ad hoc n'a aucun impact sur notre réflexion.

a) Conventionnel ou statutaire

En matière commerciale, la majorité des arbitrages seraient conventionnels⁴⁹². Les parties s'entendent pour soumettre leur différend actuel ou futur à un arbitre. Cette entente doit également exclure les tribunaux judiciaires pour être qualifiée de « clause compromissoire parfaite ». Cette convention porte un nom; il s'agit de la convention d'arbitrage, un contrat prévu à l'article 2638 C.c.Q.⁴⁹³. Elle intervient généralement en complément d'obligations. Elle peut être prévue à même le contrat principal ou faire l'objet d'un document complètement distinct. En tous les cas, la convention d'arbitrage est un contrat distinct du contrat principal⁴⁹⁴. Lorsque l'arbitrage s'impose aux parties, en raison d'une loi ou d'un règlement, il s'agit alors d'arbitrage statutaire⁴⁹⁵. Deux composantes sont donc nécessaires, soit la source, législative ou réglementaire, et l'absence de choix des parties⁴⁹⁶. C'est le cas de l'arbitrage intérimaire britannique, qui se distingue donc ainsi de l'arbitrage conventionnel du *Code de procédure civile*.

⁴⁹² M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 151, par. 4-12. Nous n'avons pu trouver de statistiques récentes et fiables. L'arbitrage était un mode privé et confidentiel, il est ardu de dresser un portrait fidèle de sa pratique au Québec.

⁴⁹³ « La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. »

⁴⁹⁴ Art.2642 C.c.Q.

⁴⁹⁵ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 151, par. 4-12. Au Québec, L'arbitrage instauré par l'article 106 du *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, chapitre B-1.1, r. 8 en est un exemple.

⁴⁹⁶ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, par.47. Le juge Lebel, au sujet de la *Loi sur le statut professionnel des artistes* : « Elle autorise cependant les parties à renoncer à saisir la juridiction arbitrale, ce qui laisse à cette procédure un caractère consensuel, contrairement, par exemple, à l'arbitrage de griefs en vertu des législations canadiennes du travail ».

Sans influencer sur la qualité de la procédure elle-même, nous estimons que le régime légal ou statutaire présente certains avantages en termes d'efficacité. Le principal est sans doute le caractère contraignant de son utilisation. En effet, les parties ne pourront se dérober à son application et risquer de paralyser les travaux. Peu importe le résultat, ces derniers pourront à tout le moins être poursuivis, limitant ainsi les conséquences négatives sur les parties, mais également sur tous les tiers impliqués de près ou de loin. Les auteurs attribuent d'ailleurs une large part du succès de l'arbitrage intérimaire au fait qu'il soit obligatoire⁴⁹⁷.

b) Institutionnel ou *Ad hoc*

L'arbitre institutionnel se distingue de l'arbitrage *ad hoc* par la présence d'une institution dotée d'une structure prévoyant les règles applicables à la conduite de l'arbitrage. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, les parties sont déchargées de l'organisation et de la logistique rattachées à la tenue d'une procédure arbitrale⁴⁹⁸. Il s'agit le plus souvent d'une sorte de service « clés en main ». Moyennant rémunération selon les services choisis, l'institution⁴⁹⁹ retenue administre le processus, généralement du début à la fin, de la sélection de l'arbitre à la mise à disposition de personnel de soutien, en passant par la location des salles et par la fourniture du matériel requis⁵⁰⁰. Les centres et institutions conduisent l'arbitrage conformément à leur règlement, qui devient partie intégrante de la convention d'arbitrage des parties⁵⁰¹. Ces règlements contiennent des règles de procédure, des règles de preuve ainsi que des règles spécifiques à l'arbitre⁵⁰². Dans l'arbitrage *ad hoc*, les parties gèrent elles-mêmes tout le processus, le tout conformément à la convention

⁴⁹⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 19, par. 3.23.

⁴⁹⁸ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 152, par. 4-13.

⁴⁹⁹ Parmi les plus connues à l'international, mentionnons la Chambre de commerce internationale (CCI) à Paris, la London Court of International Arbitration (LCIA) à Londres, l'International Centre for Dispute Resolution (ICDR) à New York, la Cour permanente d'arbitrage à La Haye, le Singapore International Arbitration Centre (SIAC) à Singapour, le Hong-Kong International Arbitration Centre (HKIAC) à Hong-Kong. Au Canada, mentionnons le Centre Canadien d'Arbitrage commercial (CCAC), l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ).

⁵⁰⁰ R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, p. 34.

⁵⁰¹ <https://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol32/no6/arbitrage.html> (page consultée le 2 avril 2019)

⁵⁰² Les parties optant pour l'arbitrage *ad hoc* peuvent également s'inspirer des règlements élaborés par les divers centres et institutions.

d'arbitrage⁵⁰³. Au Québec, le droit commun s'applique à la convention d'arbitrage à titre supplétif⁵⁰⁴. Les parties peuvent aussi s'inspirer des règles des institutions d'arbitrage. Enfin, un arbitrage mixte ou « arbitrage assisté » est également possible⁵⁰⁵.

Il ressort de notre étude de l'arbitrage intérimaire qu'il peut être institutionnel ou *ad hoc*. En effet, les parties sont libres de prévoir l'ensemble de leur procédure, pourvu qu'elles respectent la HGRA et le SCC. Rien ne les empêche d'avoir recours aux services d'une institution, dont les règles devront également respecter le régime prévu, sans quoi ce dernier s'appliquera.

En ce qui concerne l'arbitrage conventionnel au Québec, l'absence de statistique récente et fiable sur le recours à l'arbitrage dans le secteur de la construction ne nous permet pas d'identifier la proportion d'arbitrage institutionnel et celle d'arbitrage *ad hoc*.

c) Domestique et international

Le caractère domestique ou international de l'arbitrage aura un effet sur les règles qui lui seront applicables, notamment au chapitre de l'homologation ou de la reconnaissance de la sentence, selon le cas⁵⁰⁶. L'arbitrage international est celui qui présente des éléments d'extranéité⁵⁰⁷.

⁵⁰³ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 152, par. 4-13.

⁵⁰⁴ Art.6 C.p.c.

⁵⁰⁵ <https://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol32/no6/arbitrage.html> (page consultée le 2 avril 2019)

⁵⁰⁶ Voir les articles 649 C.p.c. et suivants et les articles 3155 C.c.Q. et suivants.

⁵⁰⁷ « Il est cependant possible de cerner cet élément d'extranéité. Il doit s'agir d'« un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger », c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente : J. A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 801, p. 870 (je souligne); *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-1; voir aussi Wyler et Papaux, p. 256. » *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 471, par. 26.

Rien dans la HGRA ou dans le SCC ne limite l'arbitrage intérimaire aux différends domestiques. La seule condition d'application à cet égard est que les travaux doivent être réalisés en sol britannique. Nous en concluons que les différends peuvent donc autrement comporter un élément d'extranéité.

En matière de construction, le recours à l'arbitrage des contrats internationaux de construction est courant, au point où l'arbitrage constitue la norme⁵⁰⁸. Les contrats internationaux prévoient souvent des travaux d'envergure, qui justifient des appels d'offres internationaux afin de bénéficier de la meilleure expertise possible. Le calendrier de ce type de travaux peut donc s'avérer plus long. Or, les relations s'étirant dans le temps, les parties ont intérêt à prévoir un système efficace de règlement des différends. Nous estimons que l'arbitrage intérimaire demeure donc pertinent dans le contexte de contrats internationaux de construction dont l'exécution est au Québec.

2. Historique général et utilisation dans l'industrie la construction

2.1 Bref historique : de la reconnaissance à la promotion

L'arbitrage n'est pas un phénomène nouveau⁵⁰⁹. Selon certains auteurs, les tribunaux judiciaires canadiens et québécois auraient d'abord démontré une certaine méfiance envers ce qui était alors appelé un « compromis »⁵¹⁰. Cependant, la réflexion entamée à l'occasion de la réforme du *Code civil du Bas-Canada* entraîna un vent d'ouverture⁵¹¹. Elle s'inscrivait d'ailleurs dans un mouvement international des démocraties occidentales⁵¹², qui

⁵⁰⁸ R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 33, 34.

⁵⁰⁹ En termes d'humanité, la justice publique est relativement récente et elle n'a jamais totalement éclipsé les MPRD. P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 3, par. 0-1.

⁵¹⁰ Rappelons que le droit de recourir à la justice étatique est fondamental, toute limitation, même volontaire, était mal perçue. M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 149, par. 4-30.

⁵¹¹ Ce n'est en 1983 que la Cour suprême, dans *Zodiak International c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, renverse l'idée selon laquelle les clauses compromissoires parfaites étaient contraire à l'ordre public et ce, malgré l'adoption d'une disposition le confirmant dans le *Code de procédure civile* en 1965. M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 150, par. 4-5 et par. 4-6.

⁵¹² P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 4, par. 0-3.

cherchaient elles aussi à remédier aux nombreux griefs adressés à la justice publique. Essentiellement, on reprochait au système judiciaire classique de ne plus remplir adéquatement sa mission de rendre justice, notamment dans des délais et pour des coûts raisonnables. En effet, la justice devenait presque inaccessible en raison de sa complexité, des lenteurs et des coûts qui en découlaient pour les justiciables⁵¹³.

À l'adoption du *Code de procédure civile* en 1965, le législateur québécois a confirmé les modes privés de règlement des différends comme faisant partie intégrante du droit commun. À ce chapitre, il est un précurseur au Canada⁵¹⁴. Nous considérons que le Québec est une juridiction résolument favorable à l'arbitrage. Les parties savent que l'intégrité de la sentence arbitrale sera respectée⁵¹⁵ et qu'elle pourra revêtir la force obligatoire d'un jugement sans résistance ou refus injustifié des tribunaux judiciaires⁵¹⁶. De plus, l'évolution dans l'attitude des tribunaux judiciaires démontre que ces derniers ne font plus que tolérer l'arbitrage, mais le reconnaissent comme leur pendant privé⁵¹⁷. L'arbitre n'est plus considéré comme une justice de moindre qualité.

Le nouveau *Code de procédure civile* affirme avec un peu plus de force l'opportunité d'avoir recours aux modes privés de règlement des différends. En effet, en plaçant l'obligation de les considérer en tête de l'ouvrage⁵¹⁸, le législateur est clair. Ce changement de culture est maintenant considéré nécessaire par plusieurs, les enjeux d'accès à la justice sont plus que jamais d'actualité.

⁵¹³ P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 4, par. 0-4.

⁵¹⁴ Le Québec est notamment l'une des premières juridictions à mettre en œuvre la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. 1.

⁵¹⁵ Les juges ne peuvent « rejurer » la sentence au moment de son homologation. Ancien article 946.2 C.p.c. et art. 645 al. 2 C.p.c.

⁵¹⁶ Ancien article 946.4 C.p.c. et art. 646 C.p.c.

⁵¹⁷ P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 7, par. 0-9. Notamment par la Conférence de règlement à l'amiable. La justice administrative n'est pas en reste non plus, plusieurs lois et règlement prévoient la possibilité de recourir à des modes privés de règlement des différends. Dans notre cas, soulignons la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1 et son règlement d'application, le *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r.5.

⁵¹⁸ Art. 1 C.p.c.

2.2 Usages dans l'industrie de la construction

Malgré les économies de temps et d'argent mitigées en raison de sa judiciarisation, l'arbitrage continue d'attirer les acteurs de l'industrie de la construction, ici comme ailleurs⁵¹⁹. À l'international et en Amérique du Nord, l'arbitrage demeure incontournable. Occupant le troisième rang des modes privés de règlement des différends les plus utilisés dans le secteur⁵²⁰, le recours à l'arbitrage, loin d'être anecdotique, est d'ailleurs quasi systématique pour les contrats internationaux⁵²¹, notamment pour des raisons d'exécution⁵²². L'utilisation de plus en plus répandue des contrats-types favorise également l'arbitrage. En effet, malgré l'absence du principe de l'autorité du différend en arbitrage, l'uniformisation opérée par les auteurs de ces documents semble rassurer les parties⁵²³.

Il nous paraît opportun d'aborder le type de différends récurrent dans l'industrie de la construction. Étant donné que l'arbitrage intérimaire s'applique aux différends contractuels, nous avons choisi d'aborder ce type de différend. Quant à l'arbitrage conventionnel, rien n'empêche les parties d'inclure les réclamations de nature extracontractuelle dans leur convention d'arbitrage.

Les différends contractuels sont ceux qui découlent du contrat. En droit québécois, le régime de l'article 1458 C.c.Q. s'applique alors. Il s'agit en général de défauts et de retards, et ce en raison des coûts supplémentaires ou des pertes financières qui en découlent⁵²⁴. Les

⁵¹⁹ P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 761 à 764.

⁵²⁰ En 2016, ARCADIS, *Global Construction Disputes Report 2019 : Laying the Foundations for success*, 2019, p. 13. Nous n'avons pas trouvé de statistiques récentes et fiables pour le Canada et le Québec. R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 36 et ss. Nous n'avons pu trouver de statistiques récentes et fiables portant sur l'utilisation de l'arbitrage dans l'industrie de la construction au Québec.

⁵²¹ Nous entendons par là tous les contrats dont un ou plusieurs éléments essentiels les relient à plus d'une juridiction. Autrement dit, les contrats qui comportent un élément d'extranéité. P. BIENVENU, préc., note 18, p. 763.

⁵²² *Id.*

⁵²³ *Id.*, p.762. Néanmoins, des pratiques sont clairement perceptibles, au point où certains auteurs s'interrogent sur l'émergence d'une *lex constructa*, essentiellement issues de la jurisprudence des contrats-types de la FIDIC.

⁵²⁴ Conner GWYN SCHENCK et A. HOLT GWYN, « Arbitration of Construction Disputes », College of Commercial Arbitrators, en ligne : <<https://www.ccaarbitration.org/construction-disputes/>>, p. 5. La plupart font partie des risques couverts par les assurances.

défauts peuvent découler de vices de construction, de conception ou encore de sol. Les retards et dépassements de coûts peuvent être attribuables aux conditions climatiques, aux découvertes imprévues, aux ajouts demandés par le client, aux conflits de travail, etc.

Il ressort de nos lectures que ces différends constituent l'essentiel des litiges qui peuvent dégénérer et, ultimement, paralyser le chantier.

2.3 Avantages et inconvénients pour les acteurs de la construction

Les différends découlant de défauts ou de retards sont identifiés par la doctrine comme les plus fréquents en droit de la construction. C'est à la lumière de ces derniers que nous résumons maintenant les principaux avantages et inconvénients de l'arbitrage conventionnel comme mode de règlement des différends dans la construction. Les motivations des acteurs de la construction qui se tournent vers l'arbitrage ne sont pas fondamentalement différentes des autres. Nous présenterons donc ici les principaux avantages et inconvénients de l'arbitrage dans le contexte de la construction. Le lecteur remarquera que la plupart des éléments relevés ci-dessous peuvent constituer à la fois des avantages et des inconvénients, selon les circonstances et les priorités des parties.

a) Avantages

Choix du décideur

Parmi les avantages les plus cités, mentionnons tout d'abord la possibilité de choisir son décideur⁵²⁵. Les travaux de construction sont aujourd'hui complexes et font appel à plusieurs corps de métier spécialisés⁵²⁶. De plus, l'industrie de la construction est fortement

⁵²⁵ INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 7. R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 37,38. Olivier DESPRÉS, *Guide pratique de l'arbitrage conventionnel sous l'autorité du Code civil du Québec et du Code de procédure civile du Québec comme mode approprié de résolution des conflits*, Barreau du Québec, Congrès annuel du Barreau du Québec « Modes alternatifs de résolution de conflits », 2009, p. 6.

⁵²⁶ A. HOLT GWYN et C. GWYN SCHENCK, préc., note 524, pp. 1 à 4.

règlementée pour des raisons de santé et de sécurité. Un décideur familial avec les exigences règlementaires est donc un avantage certain, même si ces obligations ne sont pas au cœur du différend à trancher. En somme, l'aspect technique des différends de la construction peut représenter un défi pour plusieurs arbitres ou juges généralistes⁵²⁷. Les expertises se multiplient alors et, avec elles, les coûts pour les parties. La possibilité de choisir un arbitre pour ses connaissances, ses qualifications et son expérience avérée dans ce type de différend est donc un avantage qui n'est pas négligeable en matière de construction⁵²⁸.

Souplesse

En plus de l'arbitre, les parties ont davantage de contrôle sur leur processus. Compte tenu de la part irréductible d'aléas sur les chantiers, la rigidité du processus judiciaire en termes de procédures et de calendrier est souvent mal adaptée aux différends survenant en cours de chantier. La flexibilité au niveau de règles de preuve ne doit pas être négligée dans une industrie où la preuve documentaire est généralement volumineuse⁵²⁹. L'arbitrage conventionnel offre théoriquement le même niveau de flexibilité aux parties que l'arbitrage intérimaire, mais, en pratique, il semble peu utilisé en cours de contrat. Cette désaffection à ce stade de la relation contractuelle s'explique selon nous par le caractère final et sans appel de la sentence, que nous aborderons plus loin.

Confidentialité

La confidentialité est également avancée comme élément déterminant dans le choix des acteurs de la construction d'opter pour l'arbitrage. Elle est généralement considérée comme un avantage⁵³⁰. Pour des raisons commerciales, les parties ont souvent intérêt à

⁵²⁷ *Id.*, p. 5.

⁵²⁸ INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 7. A. HOLT GWYN et C. GWYN SCHENCK, préc., note 524, p. 6. Selon ces auteurs, le règlement des différends techniques serait plus rapide en arbitrage dans la majorité des cas.

⁵²⁹ R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 37, 38.

⁵³⁰ MARIE-JOSÉE HOGUE et ELISABETH NEELIN, « Fascicule 3 Arbitrage », dans *JurisClasseur Droit civil - Procédure civile I*, 2e édition, LexisNexis, par.10.1.

garder leur mésentente confidentielle⁵³¹. En effet, un différend rendu public peut avoir des effets négatifs sur la réputation des toutes les personnes impliquées et livrer aux compétiteurs des détails financiers et techniques que les parties ne souhaitent pas divulguer⁵³².

Économies de temps et d'argent

Nous abordons ces deux volets ensemble, car, en pratique, ils vont souvent de pair. Les perspectives d'économies d'argent et de temps ont longtemps été avancées pour promouvoir l'arbitrage, mais doivent aujourd'hui être nuancées. En effet, dans un contexte de judiciarisation de l'arbitrage, les parties ne peuvent tenir ces économies pour acquises. Côté rapidité, nous devons souligner que l'arbitrage n'est pas intrinsèquement plus rapide. D'ailleurs, le développement par les institutions d'arbitrages de versions accélérées de la procédure classique témoigne de besoins en rapidité jusqu'ici non comblés⁵³³. Faute de statistiques récentes à ce sujet, il est difficile de mesurer à quel point l'arbitrage est plus rapide que le procès judiciaire en matière de construction. En termes économiques, force est de reconnaître que l'arbitre peut s'avérer autant, sinon plus, onéreux que le procès civil⁵³⁴. Les parties doivent considérer les honoraires de l'arbitre, les coûts de location des salles et possiblement du personnel de soutien. Ces dernières dépenses peuvent faire partie des frais que chargent les institutions en cas d'arbitrage institutionnel. En pratique, il semble que ce fait ne décourage pas les acteurs de l'industrie. En effet, en raison des particularités des contrats de construction que nous avons évoquées en introduction, le règlement de ces

⁵³¹ R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 36,37.

⁵³² *Id.*

⁵³³ Ces procédures, dites *fast-track*, sont disponibles dans quelques institutions. John W. HINCHEY, *Fast-Track International Construction Arbitrations, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham papers 2013*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, Fordham Law School annual conference, 2013, p. 227-257. L'arbitrage accéléré se veut une réplique de la procédure classique, à la différence que chaque étape ou presque voit son calendrier réduit et simplifié. L'arbitrage demeure donc « intact » car il n'est amputé d'aucune de ses caractéristiques ni phases fondamentales. Cette version de la procédure est encore plus compressée dans une volonté de s'aligner sur les procédures judiciaires analogues telles l'injonction, soit généralement quelques jours. L'arbitrage d'urgence est quant à lui réservé aux cas urgents, comme son nom l'indique. Fabio G. SANTACROCE, « The emergency arbitrator : a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision? », (2015) 21 *Arbitration International* 283-312, 288. Elle lie les parties et est en principe exécutoire et exécutable sur le champ, vu l'urgence. *Id.*, p. 289.

⁵³⁴ P.-C. LAFOND, « Introduction », préc., note 467, p. 19, par. 0-36

différents demeure souvent coûteux, peu importe le mode choisi. Sommes toutes, il semble que, toute chose étant égale par ailleurs, l'arbitrage demeure plus rapide que les tribunaux judiciaires⁵³⁵.

Caractère final et sans appel de la sentence

Le caractère final et sans appel de la sentence intérimaire est un incitatif important puisqu'il constitue une sorte d'assurance pour les parties. Les juridictions qui reconnaissent et promeuvent l'arbitrage se font un point d'honneur de minimiser les motifs de contestation. Elles découragent ainsi les parties d'utiliser les tribunaux judiciaires comme instance d'appel pour un arbitrage dont elles ne sont pas satisfaites. Au Québec, le principe de non-révision judiciaire est suivi par les tribunaux. L'homologation est la règle et l'annulation, l'exception⁵³⁶.

b) Inconvénients

Des économies de temps et d'argent mitigées

Les inconvénients relevés par la doctrine découlent en partie de la relative judiciarisation dont est victime l'arbitrage⁵³⁷. En effet, l'arbitrage ressemblerait de plus en plus au procès civil, au point d'en partager les griefs⁵³⁸. L'arbitrage n'est donc pas de facto plus économique puisque plusieurs des coûts supportés par le système de justice

⁵³⁵ A. HOLT GWYN et C. GWYN SCHENCK, préc., note 524, p. 6. R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 38,39. Les auteurs soulignent que les procureurs doivent avoir le bon état d'esprit et ne pas se comporter comme s'il s'agissait d'une procédure devant les tribunaux judiciaires.

⁵³⁶ Voir les articles 645 al. 2, 646, 652 et 653 C.p.c., qui font de l'annulation l'exception.

⁵³⁷ Déjà en 2010, le *College of Commercial Arbitrators* se préoccupait de l'importation de la culture du procès en arbitrage, notamment en raison de la représentation importante des avocats : « Protocols for Expedious, Cost-Effective Commercial Arbitration », p. 5, en ligne : <https://www.ccaarbitration.org/wp-content/uploads/CCA_Protocols.pdf> (page consultée le 1er juillet 2019). Parmi les pratiques héritées du procès, mentionnons la preuve volumineuse et la multiplication des témoins et des expertises.

⁵³⁸ R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp.31,32.

sont aux frais des parties⁵³⁹. Il n'est pas forcément plus rapide que la justice publique. Les commentaires susmentionnés demeurent donc pertinents.

Problématique des tiers

La complexité des travaux de construction entraîne une spécialisation des intervenants. Rares sont ceux qui peuvent prétendre couvrir tous les champs d'expertise sollicités, si bien que le nombre de participants augmente et, avec eux, le nombre d'arrangements contractuels⁵⁴⁰.

L'arbitrage est un processus pensé pour les différends bilatéraux. Les clauses sont rédigées et adressées à deux camps en opposition⁵⁴¹. L'arbitrage serait donc peu adapté aux différends où les intérêts de plusieurs parties dans plusieurs contrats seraient en jeu⁵⁴². Les parties ne peuvent forcer l'intervention d'un tiers à l'arbitrage en raison de la nature consensuelle du mécanisme et parce que les cas de jonctions d'arbitrages sont rares. De plus, l'application des conclusions aux tiers demeure controversée en raison du principe de l'effet relatif des contrats⁵⁴³. Dans le cas des contrats de construction, cela peut constituer un handicap.

Nous l'avons vu, plusieurs intervenants sont liés par différents contrats et peuvent être impliqués, de près ou de loin. Par exemple, l'entrepreneur général poursuivi en arbitrage par le donneur d'ouvrage mécontent du travail d'un des sous-entrepreneurs voudra sans doute impliquer ce dernier en tant que défendeur en garantie⁵⁴⁴. D'ailleurs, il est

⁵³⁹ Dont le plus important est probablement le coût du décideur lui-même. O. DESPRÉS, préc., note 501, p. 7.

⁵⁴⁰ A. HOLT GWYN et C. GWYN SCHENCK, préc., note 524, p. 3.

⁵⁴¹ Harvey J. KIRSH, *Pitfalls, Perceptions, and Processes in Construction Arbitration*, San Francisco, California, Annual Conference of the Canadian College of Construction Lawyers, 2012, p. 20.

⁵⁴² P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 763, 764. Pour aller plus loin, voir l'ouvrage de Dimitar KONDEV, préc., note 38.

⁵⁴³ Art.1440 C.c.Q. À ce sujet, la théorie des « sociétés non-signataires » est controversée. Les tribunaux des États-Unis reconnaissent cinq théories fondant l'extension de la clause d'arbitrage aux tiers.

⁵⁴⁴ P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 800, 801.

important de souligner que le principe d'unicité des recours ne saurait faire échec à un arbitrage⁵⁴⁵.

S'il devient évident que des procédures judiciaires parallèles seront entreprises, on peut penser que les parties auront tendance à choisir le forum judiciaire puisqu'elles s'y retrouveront de toute façon. De plus, les parties ne souhaiteront pas courir le risque d'être aux prises avec plusieurs sentences contradictoires⁵⁴⁶. Ce problème peut être contourné contractuellement. La clause compromissoire peut prévoir la jonction ou l'intervention de tiers, mais non-signataires de la convention d'arbitrage elle-même, à défaut d'être parties au contrat principal⁵⁴⁷. Les incorporations par références sont également une option, mais cela peut soulever d'autres difficultés⁵⁴⁸.

Enfin, ces avenues sont possibles grâce au caractère indépendant de la convention d'arbitrage⁵⁴⁹. Il semble que sur cet aspect, l'arbitrage intérimaire n'apporte aucune solution. Rien dans la HGRA ou dans le SCC ne porte sur l'éventualité d'un arbitrage intérimaire impliquant plusieurs parties. La possibilité de trancher sur plusieurs contrats est prévue, mais seulement lorsque les mêmes parties sont en cause⁵⁵⁰.

Étendue de la clause compromissoire

L'arbitre est compétent sur les objets prévus à la clause compromissoire. En droit québécois, la seule limite imposée par le législateur est l'article 2639 C.c.Q. Or, la complexité des différends de la construction et la multiplication des intervenants fait

⁵⁴⁵ *Condominiums mont Saint Sauveur inc. c. Lese*, 1990 CanLII 2867 (QC CA).

⁵⁴⁶ H. J. KIRSH, préc., note 541, p. 20.

⁵⁴⁷ *Id.*

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 21. À cet égard, la jurisprudence des provinces de common law canadienne prévoit que l'incorporation de la clause compromissoire doit être expresse, en raison de la nature procédurale (par opposition au fond) et puisqu'il s'agit d'un contrat distinct. *Id.*, p. 22. Vu la posture similaire du Québec à cet égard, rien n'indique que le résultat serait différent.

⁵⁴⁹ En effet, nous estimons que, vu la nature consensuelle de l'arbitrage, rien ne s'oppose à la jonction des instances si toutes les parties y consentent.

⁵⁵⁰ Art. 8(2) SCC.

qu'il est possible que la source du problème soit à l'extérieur des limites de la clause compromissoire, même si cette dernière est rédigée en termes généraux. Par exemple, la qualité des matériaux fournis pourrait faire l'objet d'un arbitrage alors que les retards liés à leur livraison n'ont pas été inclus. Il s'agit d'une limite qui n'existe pas dans le contexte judiciaire.

Caractère final et sans appel de la sentence

Autre inconvénient, et c'est précisément ce dernier qui est à la source de ce travail : l'arbitrage doit pour l'heure se solder par une sentence finale et sans appel. Le droit actuel au Québec permet à l'arbitre de rendre des décisions ayant un effet temporaire via les mesures d'exception⁵⁵¹. La possibilité pour les arbitres de rendre de telles sentences est donc officielle. Ces dernières sont destinées à être prononcées dans le cadre d'une instance arbitrale. Or, le but du modèle britannique d'arbitrage intérimaire est précisément de permettre aux parties de trancher un différend *sans* devoir mettre en branle une procédure judiciaire ou arbitrale complète. Tout l'intérêt de ce mécanisme réside dans l'obtention rapide d'une décision, fût-elle temporaire.

L'absence d'appel est donc un avantage lorsque les parties souhaitent un résultat définitif. En revanche, en cours de contrat, la priorité des parties n'est pas forcément d'obtenir une décision définitive, mais bien une décision rapide afin de dénouer une impasse, quitte à ce que ce soit sur une base temporaire.

⁵⁵¹ Art.638 à 641 N. C.p.c.

B) Cadre juridique de l'arbitrage

Dans cette sous-section, nous présenterons le cadre juridique dans lequel s'insère l'arbitrage en droit québécois. Nous aborderons les grandes lignes du droit applicable à la procédure elle-même, mais aussi celles régissant ses interactions avec les tribunaux judiciaires.

1. Cadre législatif

Le cadre législatif est constitué des lois et règlements applicables à l'arbitrage. Ils prévoient les règles de fond et les règles de procédure, dont certaines sont d'ordre public. Nous présenterons dans un premier temps le droit commun, pour poursuivre avec les particularités qui s'y ajoutent ou y dérogent en matière de droit administratif lorsque l'État ou des entités publiques sont impliqués à titre de partie.

1.1 Le droit commun

Relevant de l'administration de la justice, l'arbitrage est une matière de compétence provinciale en vertu de l'article 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁵². Les deux principales lois qui régissent l'arbitrage au Québec sont le *Code civil* et le *Code de procédure civile* qui constituent ensemble le droit commun de la province⁵⁵³.

a) Le *Code civil*

Conformément à sa fonction de définition des règles de droit substantiel, le *Code civil* prévoit la convention d'arbitrage, les matières sur lesquelles elle ne peut porter⁵⁵⁴

⁵⁵² *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31, Vict., c. 3 (R.-U.). *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par.45.

⁵⁵³ Déclaration préliminaire, C.c.Q.

⁵⁵⁴ Art. 2639 al.1 C.c.Q.

et autres interdits⁵⁵⁵, la forme que la convention d'arbitrage doit avoir⁵⁵⁶ et identifie le droit applicable à la conduite de l'arbitrage⁵⁵⁷. Contrairement aux contrats nommés bénéficiant d'un régime complet telle la vente, la convention d'arbitrage ne bénéficie pas d'un régime juridique élaboré. Selon nous, cela témoigne de la latitude qu'a voulu donner le législateur aux parties qui choisissent ce mode⁵⁵⁸. Vu cette courte mention et vu la nature de l'arbitrage, qui est essentiellement procédurale, le Code civil n'appelle pas à beaucoup de commentaires à ce stade. Qu'il suffise de dire qu'en tant que contrat, la convention d'arbitrage est soumise au régime général des obligations. Ces règles seront importantes au stade de l'exécution de la sentence, car des éléments comme la capacité⁵⁵⁹ et les termes de la convention d'arbitrage⁵⁶⁰ peuvent fonder un refus d'homologation ou une annulation de la sentence. Ajoutons que les parties et l'arbitre qui prennent part à un arbitrage demeurent soumis à l'obligation générale de bonne foi⁵⁶¹.

b) *Le Code de procédure civile*

L'essentiel des dispositions qui régissent la forme de l'arbitrage est issu du *Code de procédure civile du Québec* (ci-après « Code de procédure civile »). En raison de sa notoriété comme mode privé de règlement des différends, le législateur a prévu plusieurs règles supplétives⁵⁶². Certaines sont cependant d'ordre public⁵⁶³. En plus des règles spécifiques, les règles générales prévues aux articles 1 à 7 C.p.c. s'appliquent également.

⁵⁵⁵ Par exemple, l'article 2641 C.c.Q.

⁵⁵⁶ Art. 2640 C.c.Q. La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit.

⁵⁵⁷ Art. 2643 C.c.Q.

⁵⁵⁸ Le rôle central qu'occupe la vente dans notre société explique également le traitement qui lui est réservé.

⁵⁵⁹ Art. 646 (1) C.p.c.

⁵⁶⁰ Art. 646 (5) C.p.c.

⁵⁶¹ Art. 6,7 et 1375 C.p.c.

⁵⁶² Art. 6 C.p.c. : « [...] Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent. ». Art.

620 C.p.c. et suivants.

⁵⁶³ Notamment les articles 2639 et 2640 C.c.Q.

1.2 Le droit administratif

En raison de l'importance des marchés publics pour l'industrie de la construction québécoise⁵⁶⁴, nous estimons opportun d'inclure dans les règles applicables à l'arbitrage celles concernant les contrats publics de construction⁵⁶⁵. Le contrat administratif ou public de construction ne bénéficie pas d'un régime particulier ou dérogatoire en soi⁵⁶⁶, mais il diffère en plusieurs matières du droit commun⁵⁶⁷, notamment au chapitre des droits et des obligations. Le *Code civil* s'applique malgré tout à titre supplétif. Notamment, l'article 75 du *Code de procédure civile* est de droit nouveau et confirme la possibilité générale, pour l'État et ses organismes, de recourir à des modes privés de règlements des différends. Nous ferons donc un rapide survol du droit applicable aux niveaux provincial et fédéral.

a) Provincial et municipal

En matière de contrats publics de construction, la principale loi à considérer est la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁵⁶⁸ et son règlement d'application⁵⁶⁹. L'article 54 de ce dernier se lit comme suit :

« L'organisme public ou l'entrepreneur peut également résoudre toute difficulté en recourant à un tribunal judiciaire ou à un organisme juridictionnel, selon le cas, ou à un arbitre. Dans ce dernier cas, l'autorisation générale ou spéciale du ministre de la Justice est requise pour les organismes publics visés au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 du premier alinéa de l'article 4 de la Loi. »

⁵⁶⁴ Le secteur public compterait pour près d'un tiers du marché. Raymond Chabot Grant Thornton & Cie et Coalition contre les retards de paiement dans la construction, préc., note 11, p. 22.

⁵⁶⁵ Au sens de l'article 3 (2) de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1.

⁵⁶⁶ Frédéric BACHAND, « Arbitrage commercial : Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres », (2001) 35-465 *R.J.T.*

⁵⁶⁷ Art. 1376 C.c.Q.

⁵⁶⁸ RLRQ, C-65.1.

⁵⁶⁹ *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, C-65.1, r.5

C'est en vertu des articles 23(16) et 24.3 al.2 de cette loi que le gouvernement a adopté le « Projet pilote visant à faciliter les paiements dans l'industrie de la construction »⁵⁷⁰ (ci-après « Projet pilote »). Cet arrêté met en place des dispositions sur les paiements et un mécanisme de règlement des différends. Ce projet pilote sera étudié au Chapitre 3. Bien que limité aux contrats publics, il demeure pertinent, car il constitue le premier et seul exemple de réception en droit québécois d'un mécanisme s'apparentant au modèle britannique d'arbitrage intérimaire.

Au niveau municipal, bien que la *Loi sur les cités et villes*⁵⁷¹ prévoit à son article 500.1 al.2(8) le pouvoir des municipalités d'adopter un règlement à ce propos, rien dans le *Règlement sur les contrats de construction des organismes municipaux*⁵⁷² ne porte sur le règlement des différends.

b) Fédéral

L'arbitrage est utilisé par l'État et les organismes fédéraux pour régler des différends en matières contractuelles, y compris ceux découlant de contrats de construction. Nous n'avons pas relevé, comme au niveau provincial ou pour le droit international⁵⁷³, une seule loi encadrant l'ensemble des pratiques en matière de règlement des différends domestiques pour tous les ministères et organismes fédéraux. Des processus par entités sont en revanche prévus. Par exemple, Services publics et Approvisionnement Canada a la possibilité de recourir à un mécanisme de règlement des différends sous l'égide de l'ombudsman de l'approvisionnement⁵⁷⁴. Autre exemple, le Programme de Gestion des conflits d'ordre commercial offre un service d'arbitrage dans

⁵⁷⁰ Arrêté numéro 2018-01 du président du Conseil du trésor en date du 3 juillet 2018 : L'arrêté ministériel concernant un projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés, *GAZETTE OFFICIELLE DU QUÉBEC*, 18 juillet 2018, 150^e année, n^o 29, p.5063.

⁵⁷¹ RLRQ, c. 19.

⁵⁷² c. C-19, r.3.

⁵⁷³ *Loi sur l'arbitrage international*, L.R.C. (1985), ch. 17 (2e suppl.).

⁵⁷⁴ Pouvoir qui lui est attribué en vertu de l'article 22.1(3)d) de la *Loi sur le ministère des travaux publics et des services gouvernementaux*, L.C., 1996, c. 16. On ne précise pas quel mode.

les cas où Travaux publics et Services gouvernementaux Canada est l'autorité contractante⁵⁷⁵. D'ailleurs, ce même ministère s'intéresse lui aussi au règlement intérimaire des différends en matière de contrats publics de construction. Une analyse intitulée « Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire »⁵⁷⁶ a été entamée en 2018. Pour l'heure, le gouvernement du Canada n'a pas annoncé sa position officielle et aucun nouveau développement n'a été annoncé.

2. Cadre judiciaire de l'arbitrage

2.1 En première instance

Le rôle et l'intervention des tribunaux judiciaires dans la procédure arbitrale ont été restreints par le législateur québécois. Les motifs d'intervention des tribunaux *pendant* l'instance sont limités. Les interventions relevant de leur propre initiative sont rares. À la demande d'une partie, les tribunaux peuvent accorder des mesures provisionnelles ou de sauvegarde⁵⁷⁷, ils peuvent nommer⁵⁷⁸, ordonner la récusation de l'arbitre⁵⁷⁹ ou sa révocation⁵⁸⁰. Le tribunal saisi d'une question visée par une convention d'arbitrage doit renvoyer les parties devant l'arbitre à la demande de l'une d'entre elles⁵⁸¹. Il ne peut non plus contrôler les ordonnances provisoires prononcées par l'arbitre⁵⁸². Ainsi, hormis quelques autres exceptions⁵⁸³, les tribunaux n'interféreront pas avec le processus arbitral. La justice publique est davantage sollicitée au moment de l'exécution. En effet, seuls les

⁵⁷⁵ <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/gcc-bdm/index-fra.html#a11> (page consultée le 26 mai 2019)

⁵⁷⁶ Réalisé par Singleton Urquhart Reynolds Vogel LLP. Pour avoir un résumé des recommandations : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/biens-property/divulgarion-disclosure/psdic-ppci/rapsd-ppes-fra.html> (page consultée le 26 mai 2019). R. B. REYNOLDS et S. C. VOGEL, « Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire », préc., note 8.

⁵⁷⁷ Art. 623 C.p.c.

⁵⁷⁸ Art. 625 C.p.c.

⁵⁷⁹ Art. 627 al.3 C.p.c.

⁵⁸⁰ Art. 628 C.p.c. Voir aussi l'article 629 C.p.c.

⁵⁸¹ À moins qu'il ne constate la nullité de la convention d'arbitrage, et ce en vertu de l'art. 622 al. 2 C.p.c.

⁵⁸² Art. 639 al.2 C.p.c.

⁵⁸³ Comme celle de l'article 648 al.3 C.p.c., qui permet au tribunal de suspendre, sur demande, l'étude de la demande d'annulation le temps que l'arbitre puisse rectifier les causes d'annulation.

tribunaux judiciaires peuvent recevoir les demandes d'homologation, d'annulation⁵⁸⁴ ou encore les demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences rendues hors Québec. Dans cet exercice, les tribunaux ne peuvent examiner le fond du différend⁵⁸⁵ et le refus d'office est limité⁵⁸⁶. Les articles 646 C.p.c. et 653 C.p.c. dressent les motifs fondant un refus d'homologation ou un refus de reconnaissance. Ces articles sont exhaustifs⁵⁸⁷. Notons finalement que les arbitrages statutaires seraient soumis au pouvoir général de contrôle de la Cour supérieure⁵⁸⁸, contrairement aux arbitrages conventionnels⁵⁸⁹. Advenant l'imposition d'un arbitrage intérimaire statutaire, le recours contre la sentence en première instance serait donc un pourvoi en contrôle judiciaire⁵⁹⁰.

2.2 En appel

Certaines décisions des tribunaux relatives à un arbitrage ne sont pas susceptibles d'appel⁵⁹¹. Autrement, les règles générales en matière d'appel⁵⁹² s'appliquent aux décisions judiciaires relatives à l'homologation, l'annulation ou la reconnaissance des sentences arbitrales.

⁵⁸⁴ Art. 648 C.p.c.

⁵⁸⁵ Art. 645 al. 2 C.p.c.

⁵⁸⁶ Art. 646 al. 2. Si l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou si la sentence est contraire à l'ordre public.

⁵⁸⁷ C'est ce que l'on comprend des termes de l'article 646 al.1 C.p.c : « Le tribunal ne peut refuser l'homologation d'une sentence arbitrale ou d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde que si l'un des cas suivants est établi : [...] » (nos soulignements). Art. 653 al.2 C.p.c. : « Une partie contre qui la sentence ou la mesure est invoquée ne peut s'opposer à sa reconnaissance et à son exécution que si elle établit l'un ou l'autre des cas suivants : [...] » (nos soulignements).

⁵⁸⁸ Art. 34 C.p.c.

⁵⁸⁹ *Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec c. Marquis*, préc., note 486, par. 11.

⁵⁹⁰ Art. 34 C.p.c.

⁵⁹¹ Les décisions sur la nomination, la récusation ou la révocation d'un arbitre. Art. 630 C.p.c.

⁵⁹² Art. 30 C.p.c. et suivants.

C) Déroulement selon le *Code de procédure civile*

Dans cette section, nous verrons en détail les étapes clés du processus arbitral tel que prévu au *Code de procédure civile*.

1. Période précédant l'arbitrage

Nous considérons que la période précédant l'arbitrage couvre tout ce qui précède le déclenchement de l'arbitrage. Nous aborderons donc les conditions d'application et d'ouverture devant être respectées par les parties.

1.1 Conditions d'application et restrictions

La procédure d'arbitrage étudiée s'inscrit dans un ouvrage général prévoyant le droit commun en matière de procédure judiciaire et extrajudiciaire. À priori donc, l'arbitrage pourrait être utilisé pour résoudre tous les différends en matière civile. L'arbitrage n'est donc pas réservé aux différends contractuels. Il n'est pas non plus réservé aux personnes privées. Certaines matières ont cependant été exclues de la portée de l'arbitrage pour des raisons d'intérêt et d'ordre public. Ainsi, une convention d'arbitrage ayant pour objet l'une des matières prévues à l'article 2639 C.c.Q. serait nulle de nullité absolue, car contraire à l'ordre public :

« Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public. »

La jurisprudence a eu à se prononcer sur les contours de cette interdiction. Conformément aux principes d'interprétation, les exceptions et exclusions doivent être interprétées

restrictivement⁵⁹³. De plus, il ne suffit pas que la norme au centre du différend soit d'intérêt public ou qu'une question revête un caractère d'intérêt public pour que la sentence soit systématiquement frappée de nullité⁵⁹⁴.

Le droit de la construction ne relève pas de l'état ou de la capacité des personnes ou des matières familiales. En revanche, le Code civil contient des articles d'ordre public applicables aux contrats d'entreprises, y compris aux contrats d'entreprises ayant comme objet la réalisation d'ouvrages immobiliers⁵⁹⁵.

⁵⁹³ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par.53 : « L'interprétation extensive du concept d'ordre public de l'art. 2639, al. 1 C.c.Q. a été expressément écartée par le législateur. Celui-ci a ainsi précisé que le fait que les règles appliquées par l'arbitre présentent un caractère d'ordre public n'empêche pas la convention d'arbitrage (art. 2639, al. 2 C.c.Q.). L'adoption de l'art. 2639, al. 2 C.c.Q. visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l'ordre public. ». *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, Résumé : « L'interprétation et l'application de la notion d'ordre public dans le domaine de l'arbitrage conventionnel au Québec doivent prendre en compte la politique législative qui accepte cette forme de règlement des différends et qui entend même en favoriser le développement. Sauf dans quelques matières fondamentales mentionnées à l'art. 2639 C.c.Q., l'arbitre peut statuer sur des règles d'ordre public, puisqu'elles peuvent faire l'objet de la convention d'arbitrage. ». Position confirmée dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 471, par. 109.

⁵⁹⁴ L'article 2639 al. 2 C.c.Q. est on ne peut plus clair : « Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public. » La Cour suprême l'a d'ailleurs confirmé : « L'ordre public intervient principalement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la sentence arbitrale. Les limites de son rôle doivent cependant être correctement définies. D'abord, comme nous l'avons vu, les arbitres sont fréquemment tenus d'examiner des questions et des dispositions législatives d'ordre public pour régler le différend dont ils ont été saisis. Ce seul examen ne rend pas la décision annulable. L'article 946.5 C.p.c. exige plutôt d'examiner la sentence dans son ensemble, afin d'apprécier son résultat. Le tribunal doit rechercher si la décision elle-même, dans son dispositif, contrevient à des dispositions législatives ou à des principes qui relèvent de l'ordre public. Le *Code de procédure civile* s'intéresse davantage ici à la conformité du dispositif de la décision ou de la solution qu'elle retient qu'à celle de l'exactitude des motifs particuliers qui la justifient. Une erreur d'interprétation d'une disposition législative à caractère impératif ne permettrait pas l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public, à moins que le résultat de l'arbitrage se révèle inconciliable avec les principes fondamentaux pertinents de l'ordre public. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 54.

⁵⁹⁵ Notamment l'article 2100 C.c.Q. et les articles portant sur la responsabilité légale de l'entrepreneur, l'architecte et l'ingénieur, art. 2118, 2119, 2121 C.c.Q.

1.2 Conditions d'ouverture

Le caractère arbitral du différend maintenant établi, encore faut-il que les parties puissent déclencher le processus d'arbitrage. Pour y prétendre, nous devons être en présence d'une convention d'arbitrage valide et d'un différend à faire trancher.

a) Existence et validité de la convention d'arbitrage

L'arbitrage conventionnel repose sur la convention d'arbitrage. Sans une convention d'arbitrage valide, une partie ne peut démontrer au tribunal que son cocontractant s'est engagé à soumettre tout différend actuel ou futur à un arbitre. Seuls les arbitrages statutaires font office d'exceptions⁵⁹⁶.

C'est donc dans la convention d'arbitrage que les parties s'engagent à soumettre leur différend né ou éventuel à l'arbitrage⁵⁹⁷. Si elles le font à l'exclusion des tribunaux, il s'agit d'une clause compromissoire parfaite⁵⁹⁸. En cette matière, la liberté des parties est quasi totale⁵⁹⁹ quant au type de différends visés et à la procédure privilégiée, bien que cette dernière n'ait pas à être établie au moment de la convention⁶⁰⁰. Comme tout contrat, la force obligatoire de la convention d'arbitrage n'existe que si elle est valide. En termes généraux, la validité d'une telle convention s'évalue à la lumière du régime général des obligations. Les parties doivent donc avoir la capacité de contracter⁶⁰¹ et leur consentement ne doit pas avoir été vicié⁶⁰². À cet égard, rappelons qu'un consentement

⁵⁹⁶ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 154, par. 4-22.

⁵⁹⁷ Il s'agit là d'une clause compromissoire parfaite car elle établit clairement « le caractère obligatoire ». *Id.*, p. 156, par. 4-25.

Un arbitrage peut tout de même avoir lieu, mais il se déroulera sur une base volontaire, cette clause ne permettant pas de forcer une partie à respecter son engagement d'y participer à l'exclusion des tribunaux.

⁵⁹⁸ *Zodiak International c. Polish People's Republic*, préc., note 511, p. 534 et suivantes : « La clause compromissoire parfaite, qualifiée tour à tour de réelle, formelle, complète, véritable est celle par laquelle les parties s'obligent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui comporte que la sentence rendue sera finale et liera les parties. »

⁵⁹⁹ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 21

⁶⁰⁰ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 453, p. 155, par. 4-22.

⁶⁰¹ Art. 303 C.c.Q., pour les personnes morales. M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 155, par. 4-23.

⁶⁰² Art. 1386 C.c.Q. et suivants.

libre et éclairé suppose la connaissance de l'existence de la convention⁶⁰³. Certaines règles particulières peuvent s'appliquer à la capacité des personnes morales de droit public. Il importe dans ces cas d'étudier leur loi constitutive et les règlements qui leur sont applicables. Plus spécifiquement, nous rappelons qu'une convention d'arbitrage ne peut porter sur une matière exclue par l'article 2639 C.c.Q. Sur la forme, le législateur a imposé qu'elle soit constatée par écrit, bien qu'elle n'ait pas à se manifester par un contrat formel⁶⁰⁴.

Il est de coutume de conclure la convention d'arbitrage au même moment que le contrat principal⁶⁰⁵. En effet, elle y est souvent annexée ou autrement attachée par commodité. Elle est donc souvent établie en amont du différend. Cependant, rien n'empêche les parties d'en conclure une au moment où celui-ci surgit⁶⁰⁶. Enfin, la volonté des parties de rendre la sentence finale et sans appel de la sentence est pour l'heure requise en matière de clause compromissoire parfaite, qu'elle soit expresse ou tacite⁶⁰⁷.

b) Être une partie à la convention d'arbitrage

Il semble aller de soi que seules les parties puissent se prévaloir de la convention d'arbitrage qui les lie. Il en va du principe de l'effet relatif des contrats⁶⁰⁸ et, plus généralement, du principe de l'autonomie de la volonté⁶⁰⁹. En principe donc, un sous-traitant ne pourrait pas se prévaloir de la clause compromissoire du contrat principal entre l'entrepreneur général et le donneur d'ouvrage. Vu la nature conventionnelle de

⁶⁰³ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 155, par. 4-23. Dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 471, par. 230 et suivants, la Cour suprême confirme que le simple fait que la convention d'arbitrage soit contenue dans une clause externe n'emporte pas sa nullité de facto. Ce jugement a été rendu en matière de droit de la consommation.

⁶⁰⁴ Art. 2640 C.c.Q.

⁶⁰⁵ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 155, par. 4-22.

⁶⁰⁶ L'article 2638 C.c.Q. précise que « La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. ». *Id.*, p. 154, par. 4-22.

⁶⁰⁷ *Zodiak International c. Polish People's Republic*, préc., note 511, p. 534 et suivantes. M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 157, par. 4-25.

⁶⁰⁸ Art. 1440 C.c.Q.

⁶⁰⁹ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 157, par. 4-26.

l'arbitrage, la question du consentement est donc au centre de la problématique posée par de l'intervention forcée de tiers à une procédure arbitrale.

La jurisprudence majoritaire⁶¹⁰ tend à donner préséance au principe de l'autonomie de la volonté⁶¹¹ et au principe de l'effet relatif des contrats⁶¹². Une partie n'ayant pas exprimé la volonté d'être liée par une telle clause ne pourrait donc pas être contrainte à participer à l'arbitrage⁶¹³. Considérant le nombre d'intervenants possible dans le cadre de travaux de construction, la difficulté de faire intervenir un tiers à l'arbitrage doit être considérée⁶¹⁴.

c) Existence d'un différend faisant partie des objets de la convention

Ici encore, il paraît évident qu'un différend doit exister pour que les parties saisissent l'arbitre. En revanche, le législateur québécois n'a pas défini cette notion, laissant aux parties l'appréciation de ce qui constitue pour elles un « différend ».

De plus, la convention d'arbitrage n'a pas à être générale et couvrir l'ensemble des différends pouvant surgir d'une relation contractuelle. Les parties peuvent choisir d'exclure certaines matières ou obligations de leur clause compromissoire⁶¹⁵. Elles devront cependant la rédiger avec soin afin que seuls les différends voulus soient visés.

⁶¹⁰ Pour une analyse plus complète, voir Guillaume ROUSSEAU, « Intervention des tiers à l'instance », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Procédure civile I (2^e édition)*, fasc.17, Montréal, LexisNexis Canada, no.19, à jour au 1^{er} août 2018. Voir aussi le cas particulier du voile corporatif : Art. 317 C.c.Q. Amissi MIRABONA, « Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement », (2008) 38 *R.D.U.S.* 542.

⁶¹¹ *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, par. 50,51. *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, 2006 QCCA 461, par. 32, 33 et 37, [2006] J.Q. no 3118.

⁶¹² *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, préc., note 611, par. 50 et 51.

⁶¹³ *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, préc., note 611, par. 50 et 51. *Lefebvre c. Habitations d'Angoulême inc.*, 2000 CanLII 18784 (QC CS), par. 8. Rejeté en appel sur ce point précis

⁶¹⁴ L'auteur Pierre Bienvenu suggère de contourner ce problème de façon contractuelle. P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 800, 801.

⁶¹⁵ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 156, par. 4.25.

En effet, les tribunaux donnent une interprétation large à la clause compromissoire⁶¹⁶. En établir les limites de façon claire est donc souhaitable⁶¹⁷. Elles sont d'autant plus importantes que leur non-respect constitue un motif d'annulation⁶¹⁸.

En matière de construction, nous estimons que les parties ont intérêt à porter une attention particulière à la clause d'arbitrage. Certains termes descriptifs pourraient avoir pour effet de réduire la portée de la clause compromissoire. Par exemple, les travaux de finition sont-ils inclus dans l'expression « travaux de construction » ?

2. Déroulement de l'arbitrage

2.1 L'avis d'arbitrage

L'avis est ce qui déclenche la procédure arbitrale⁶¹⁹. Cet élément n'est abordé que succinctement par le législateur, qui n'y a consacré qu'un seul article.

a) Fond, forme et communication

Conformément à l'article 631 al.1 C.p.c., l'avis d'arbitrage doit minimalement contenir deux éléments. Il doit, d'une part, communiquer l'intention de la partie qui envisage de soumettre le différend à l'arbitrage et, d'autre part, en préciser la teneur. En d'autres mots, l'avis doit remplir sa fonction, à savoir, aviser l'autre partie du déclenchement de procédures arbitrales contre elle et de leur objet. L'objet du différend doit donc être suffisamment précis pour que le défendeur puisse l'identifier. L'avis a

⁶¹⁶ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 156, par. 4-25. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 35. *GreCon Dimiter inc. c. J.R. Normand inc.*, préc., note 611, par. 35.

⁶¹⁷ M.-J. HOGUE et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », préc., note 479, p. 156, par. 4-25.

⁶¹⁸ Art. 646 al.1 (5) C.p.c.

⁶¹⁹ Art. 631 C.p.c.

donc une fonction qui relève de la justice naturelle⁶²⁰. Enfin, l'avis devra être conforme à ce que la convention d'arbitrage prévoit à son sujet, le cas échéant⁶²¹.

Quant à sa forme et à sa communication, il ressort des dispositions pertinentes que l'avis d'arbitrage doit prendre la forme d'un écrit puisqu'il doit être notifié⁶²², conformément aux règles générales du *Code de procédure civile* à cet effet⁶²³, comme tout autre document. Enfin, il est recommandé de s'aménager une preuve de notification⁶²⁴.

b) Délais et parties visées

Le droit commun ne prévoit pas de délai spécifique pour notifier un avis d'arbitrage à partir du moment où un différend survient. Il appartient donc aux parties d'en prévoir un dans leur convention d'arbitrage si elles le souhaitent. Nous pensons que rien n'empêche les parties de restreindre ainsi la possibilité d'aller en arbitrage. Après tout, il est ici question d'arbitrage conventionnel. Cependant, procéder ainsi fait surgir une nouvelle difficulté, à savoir l'identification du point de départ du délai. Nous pensons que la formule « survenance d'un différend », par exemple, est trop large et mériterait d'être clarifiée par un geste positif signalant l'existence d'un différend. Quant aux parties visées, il s'agit bien entendu des personnes ou entités parties à la convention d'arbitrage. Rappelons que cette dernière peut être dans un document distinct du contrat principal. En matière de différends de la construction, le demandeur doit s'assurer de ne pas avoir oublié des intervenants. En effet, la multitude de parties impliquées dans le projet sans être parties à la convention d'arbitrage peut créer de la confusion. Or, l'absence de notification est une cause d'annulation de la sentence arbitrale⁶²⁵, d'où la

⁶²⁰ Le défendeur doit avoir été informé de la procédure entreprise contre lui afin d'être en mesure de se défendre. Lorsqu'un manquement dans l'avis porte atteinte à ce droit, il s'agit d'un motif d'annulation de la sentence arbitrale en vertu de l'article 647 al.1 (4) C.p.c.

⁶²¹ O. DESPRÉS, préc., note 525, p. 16.

⁶²² Art. 631 al.2 C.p.c.

⁶²³ Art. 109 C.p.c. et suivants.

⁶²⁴ Art. 110 C.p.c.

⁶²⁵ Art. 648 al.1(4) C.p.c.

nécessité de notifier toutes les parties. En cas de doute, il vaut mieux notifier. En toute logique, la partie qui aurait été notifiée sans être concernée ne manquera pas de le signaler.

c) Effets juridiques et conséquence des lacunes de l'avis

Le but de l'avis et de sa notification est d'informer l'autre partie des procédures prises contre elle afin qu'elle ait l'opportunité de faire valoir ses prétentions. La règle de *l'audi alteram partem* fait donc partie du concept plus large de justice naturelle⁶²⁶. En tant qu'instance de nature judiciaire, l'arbitre doit se conformer à cette règle⁶²⁷. Il a d'ailleurs la compétence pour se prononcer sur toute irrégularité de l'avis⁶²⁸. L'importance de cet élément justifie les conséquences d'un manquement à cet égard. Le défendeur qui n'aurait pas eu connaissance de la procédure d'arbitrage en raison de l'absence totale d'avis pourrait fonder un refus d'homologation⁶²⁹. En revanche, l'insuffisance de l'avis, car trop vague, incomplet ou ambigu, ou encore la connaissance du défendeur malgré l'absence d'avis n'entraîneraient pas de facto et en toutes circonstances la nullité de l'arbitrage⁶³⁰.

En somme, l'avis d'arbitrage intérimaire et l'avis d'arbitrage conventionnel se rejoignent donc pour l'essentiel. Ils ont le même objectif, soit d'aviser la partie adverse des procédures à venir. Leur contenu est sensiblement le même en raison de cet objectif commun.

⁶²⁶ Marie-Josée HOGUE et Elisabeth NEELIN, « Fascicule 3 Arbitrage », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Procédure civile I (2^e édition)*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, no. 31.

⁶²⁷ *Id.*

⁶²⁸ *Dens Tech-Dens, k.g. c. Netdent-Technologies inc.*, 2008 QCCA 1245, par. 27-31.

⁶²⁹ Art. 647 al.1 (4). Puisque le défendeur n'a pas été avisé de la procédure d'arbitrage.

⁶³⁰ Par exemple, le tribunal conclut dans l'affaire *Telus Mobilité c. Comtois*, 2012 QCCA 170 que, compte tenu de la procédure de renvoi à l'arbitrage entamée en réponse aux procédures judiciaires, l'absence d'avis n'était pas fatale. Nous trouvons cette analyse raisonnable. En effet, les parties étaient déjà aux faits de tout ce que l'avis aurait pu leur apprendre. Elles ne subissaient alors aucun préjudice du fait de l'absence d'avis et les principes de justice naturelle ont été respectés. Voir cette affaire aux paragraphes 18 et suivants.

2.2 L'arbitre

À l'image du juge du procès, l'arbitre est un élément central de la procédure d'arbitrage. En revanche, le fait d'avoir été choisi et non imposé⁶³¹ ne doit pas affecter son jugement, car l'arbitre a, comme son homologue judiciaire, un devoir d'impartialité⁶³². Dans cette section, nous verrons le droit applicable à l'arbitre et à ses fonctions.

a) Personne et qualifications

Il ressort des dispositions du *Code de procédure civile* que l'arbitre est nécessairement une personne physique⁶³³. Il ressort du Code que la prestation de chaque arbitre lui est personnelle⁶³⁴, même au sein d'un panel⁶³⁵. Cela vaudrait en principe autant pour l'arbitre exerçant de façon indépendante que celui exerçant au sein d'une institution et ce, qu'il soit salarié ou non. Quant aux qualifications requises, le législateur est resté silencieux. Au Québec, l'arbitre ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière. Il ne s'agit pas d'une profession ayant un titre réservé⁶³⁶ ou un exercice exclusif⁶³⁷ au sens du *Code des professions*⁶³⁸. En pratique toutefois, les arbitres sont choisis pour leur connaissance, leur expertise et leur expérience dans l'objet du différend qui oppose les parties⁶³⁹. C'est particulièrement le cas des différends de la construction en raison du volet technique⁶⁴⁰ et explique en partie pourquoi des professionnels tels des ingénieurs ou des architectes sont retenus. Enfin, notons que la preuve de connaissances

⁶³¹ Dans la plupart des cas.

⁶³² *Sport Maska Inc. c. Zittler*, [1988] 1 RCS 564, p. 580.

⁶³³ *Sport Maska Inc. c. Zittler*, préc., note 632, p. 611 : « En l'absence de stipulation expresse des parties, comme c'est le cas ici, les dispositions du *Code de procédure civile* alors en vigueur suggèrent que seule une personne physique puisse agir en cette qualité ».

⁶³⁴ Art. 620, 621 C.p.c.

⁶³⁵ La possibilité pour les autres arbitres de signer la sentence en cas d'impossibilité ou de refus ne s'assimile pas, selon nous à la délégation du mandat.

⁶³⁶ *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art.36

⁶³⁷ *Id.*, art. 32

⁶³⁸ RLRQ, c. C-26

⁶³⁹ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 38.

⁶⁴⁰ R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 37, 38.

et d'expériences pertinentes est requise par le processus d'accréditation de plusieurs institutions d'arbitrage⁶⁴¹.

b) Nomination

L'essentiel des dispositions qui concernent spécifiquement l'arbitre traite de sa nomination. Il s'agit d'ailleurs, avec son retrait, de l'un des rares motifs d'intervention du tribunal dans le processus arbitral⁶⁴².

Le législateur a voulu donner toute la latitude aux parties de retenir l'arbitre de leur choix. Elles le font d'un « commun accord »⁶⁴³ et généralement en amont, par exemple dans leur convention d'arbitrage. Elles peuvent également demander à un tiers de le désigner⁶⁴⁴, par exemple une institution arbitrale possédant un bassin d'arbitres disponibles à leur proposer. En cas d'arbitrage institutionnel, les règles de nomination seront généralement celles prévues par l'institution⁶⁴⁵. De plus, rien n'empêche les parties de faire ce choix une fois le différend confirmé, mais elles prennent alors le risque que leurs relations se détériorent au point de ne plus s'entendre.

Lorsque trois arbitres sont appelés à siéger, les parties nomment chacune un arbitre qui, ensemble, « désignent le troisième »⁶⁴⁶. Le nombre d'arbitres par défaut fut réduit de

⁶⁴¹ L'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) requiert par exemple que le candidat souhaitant obtenir le titre d'arbitre accrédité ait : « complété et réussi un cours d'arbitrage offert dans le cadre du programme de prévention et règlement des différends (PRD) de l'Université de Sherbrooke ou d'un programme offert par un organisme québécois, canadien ou étranger reconnu par l'IMAQ, jugé équivalent ou suffisant. »
<http://imaq.org/wp-content/uploads/2014/05/criteres-adhesion-et-equivalencearbitre-septembre-15.pdf> (page consultée le 9 juin 2019).

⁶⁴² Intervention limitée par l'art. 622 C.p.c.

⁶⁴³ Art. 624 C.p.c.

⁶⁴⁴ *Id.*

⁶⁴⁵ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 36.

⁶⁴⁶ Art. 624 al.2 C.p.c.

trois à un avec le nouveau *Code de procédure civile*⁶⁴⁷ dans le but de simplifier le processus et, par la même occasion, de tenter d'en réduire les honoraires.

Rappelons que, même si les dispositions du *Code de procédure civile* portant sur la nomination sont supplétives⁶⁴⁸, une partie ne peut être privilégiée dans le choix de l'arbitre,⁶⁴⁹ et ce, afin de préserver l'indépendance et l'impartialité de ce dernier⁶⁵⁰.

L'intervention du tribunal sera requise si, malgré leurs efforts, les parties ne parviennent pas à s'entendre. Elle peut aussi avoir lieu si une partie néglige de donner suite à l'invitation de l'autre dans les trente jours qui suivent ladite invitation⁶⁵¹. Cette intervention peut également avoir lieu si les arbitres retenus ne parviennent pas à en nommer un troisième d'un commun accord⁶⁵². Dans tous les cas, l'intervention du tribunal ne se fait qu'à la demande d'une partie ou de l'arbitre⁶⁵³. Les parties doivent garder à l'esprit que la décision du tribunal dans ces cas sera sans appel⁶⁵⁴.

En terminant, des irrégularités dans le processus de nomination des arbitres peuvent, selon leur gravité, entraîner la nullité de la sentence, car le tribunal arbitral qui l'a rendue n'avait aucune existence légale⁶⁵⁵.

⁶⁴⁷ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 36. Les auteurs Hogues et Neelin rappellent l'importance de « bien évaluer l'opportunité que plusieurs arbitres entendent et tranchent le différend », en citant l'affaire *Thésaurus inc. c. XPUB Media*, QCCQ 10436, par. 4 et 26, où le juge a refusé de réduire le nombre d'arbitre prévu à la convention d'arbitrage à la demande d'une partie afin de réduire les coûts.

⁶⁴⁸ *Id.*

⁶⁴⁹ Art. 2641 C.c.Q. « Est nulle la stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres. »

⁶⁵⁰ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 36.

⁶⁵¹ Art. 625 al.2 C.p.c.

⁶⁵² Art. 625 al.2 C.p.c.

⁶⁵³ Art. 625 C.p.c.

⁶⁵⁴ Art. 630 C.p.c. : « La décision du tribunal sur la nomination, la récusation ou la révocation est sans appel ».

⁶⁵⁵ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 36.

c) Retrait de l'arbitre

L'arbitre sera dessaisi de l'instance avant de rendre la sentence dans trois cas de figure, soit la récusation, la révocation ou encore l'incapacité.

À l'image du juge judiciaire, l'arbitre peut faire l'objet d'une demande de récusation lorsqu'une partie invoque au soutien de sa demande les motifs prévus aux articles 201 à 205 du *Code de procédure civile*. Parmi ces derniers, mentionnons le doute quant à l'impartialité de l'arbitre⁶⁵⁶, les liens professionnels ou personnels qu'entretient ou a déjà entretenu l'arbitre avec l'une des parties ou des personnes qui lui sont liées⁶⁵⁷ ou encore une hostilité ou animosité affichée entre l'arbitre et l'une des parties⁶⁵⁸. De plus, l'arbitre pourra également être récusé s'il ne possède pas les qualifications prévues par les parties⁶⁵⁹.

La partie qui souhaite faire récuser l'arbitre ne doit pas s'éterniser, car elle ne dispose que de 15 jours à compter du moment où elle a connaissance de la nomination ou de la cause de récusation⁶⁶⁰. Lorsque la demande de récusation est fondée sur la « crainte raisonnable de partialité », le défaut de l'avoir soulevée en temps opportun, c'est-à-dire dès que possible, constitue une renonciation tacite à l'invoquer⁶⁶¹. La partie qui a nommé un arbitre ne peut formuler cette demande si la cause de récusation existait ou qu'elle en avait autrement connaissance au moment de la nomination⁶⁶².

⁶⁵⁶ Art. 201al.1 C.p.c., art.626 al.1 C.p.c.

⁶⁵⁷ Art. 202 (2), (4) et (5) C.p.c.

⁶⁵⁸ Art. 202, (5) C.p.c.

⁶⁵⁹ Art. 626 al.1 C.p.c.

⁶⁶⁰ Art. 627 C.p.c.

⁶⁶¹ « Le défaut de soulever la crainte raisonnable de partialité de l'arbitre à la première occasion et selon l'application régulière de la Loi constitue, selon la jurisprudence, une renonciation à le faire » dans *Habitations d'Angoulême Inc. c. Létourneau*, préc., note 592, par. 40., citant : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 RCS 892, à propos de la partialité d'un tribunal judiciaire. *Advantech Satellite Networks Inc. (6490425 Canada Inc.) c. EMS Technologies Canada Ltd. (Honeywell International Inc.)*, 2013 QCCA 1847, par. 10.

⁶⁶² Art. 627 al.2 C.p.c.

Comme le juge en pareilles circonstances, l'arbitre est compétent pour se prononcer sur la demande de récusation⁶⁶³. Il devra se retirer si l'autre partie appuie la demande⁶⁶⁴. Si, après trente jours, l'arbitre ne s'est toujours pas retiré ou si l'autre partie refuse sa récusation, le tribunal devra trancher⁶⁶⁵. Il est important de souligner que cela n'interrompt pas l'arbitrage. Celui-ci peut se poursuivre et même accoucher d'une sentence tant que le tribunal ne s'est pas prononcé⁶⁶⁶. Quant à la révocation, elle survient lorsque l'arbitre « est dans l'impossibilité de remplir sa mission » ou « ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable »⁶⁶⁷.

Enfin, étant une personne physique, une panoplie d'évènements peut entraîner l'impossibilité pour l'arbitre de mener à bien et à terme son mandat. Le décès ou encore l'ouverture d'un régime de protection sont deux exemples évidents. Mentionnons également l'incapacité de fait d'agir. Bien qu'aucune disposition ne solutionne ce cas de figure, il nous paraît logique qu'en pareilles circonstances, un nouvel arbitre doive être nommé conformément au processus de nomination.

d) Devoirs

Les pouvoirs que l'arbitre exerce dans le cadre d'un arbitrage sont assortis de devoirs.

Devoir d'indépendance et d'impartialité

Selon nous, le premier devoir de l'arbitre est de conserver son indépendance et son impartialité tout au long du processus. L'indépendance se matérialise sous diverses

⁶⁶³ Art. 627 al.3 C.p.c. Il doit d'ailleurs se prononcer « sans délai ».

⁶⁶⁴ Art. 627 al. 3 C.p.c.

⁶⁶⁵ Art. 627 al.4 C.p.c.

⁶⁶⁶ Art. 627 al.4 C.p.c., Les cas où le juge demanderait la suspension de l'instance arbitrale serait rares selon les auteurs Hogue et Neelin. M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 46.

⁶⁶⁷ Art. 628 C.p.c. Le délai pour rendre la sentence arbitrale est de trois mois après la prise en délibéré, art. 642 al.3 C.p.c.

formes. La subordination de l'arbitre ou encore l'apparence d'un conflit d'intérêts pourrait sans doute soulever une crainte raisonnable à cet égard. Par exemple, on voit mal comment un arbitre pourrait être un salarié d'une des parties. Quant à l'impartialité, la doctrine l'aborde en tant qu'état d'esprit et renvoie davantage à la conduite de l'arbitre vis-à-vis les parties ou l'une d'entre elles⁶⁶⁸. Le législateur rappelle cette obligation au tout début⁶⁶⁹ du *Code de procédure civile* et réitère son importance à son article 626. La *Charte des droits et libertés de la personne* protège également les justiciables contre la partialité des décideurs⁶⁷⁰. Celle-ci découle de la nature juridictionnelle qu'a l'arbitre. D'ailleurs, l'arbitre est présumé impartial⁶⁷¹. Après tout, il remplit des fonctions analogues au juge judiciaire. Le test applicable est le même, à savoir la crainte raisonnable de partialité⁶⁷². Pour éviter toute apparence de partialité, l'arbitre devrait traiter les deux parties de la même manière. Rappelons que l'arbitre est tenu d'informer les parties de tout motif pouvant remettre en question son impartialité et fonder une demande de récusation⁶⁷³.

Enfin, des devoirs déontologiques pourraient s'appliquer si l'arbitre est membre d'un ordre professionnel. De plus, certaines institutions imposent également des codes déontologiques à leurs membres⁶⁷⁴.

⁶⁶⁸ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, résumé : « L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une affaire donnée. »

⁶⁶⁹ Art. 3 C.p.c.

⁶⁷⁰ RLRQ, c. C-12, art. 23.

⁶⁷¹ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 44.

⁶⁷² Principe établi pour la première fois dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259. Ce principe s'applique également à l'arbitrage : *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

⁶⁷³ Art. 626 al.1 C.p.c.

⁶⁷⁴ C'est le cas de l'IMAQ : <http://imaq.org/wp-content/uploads/2014/05/CODE-DE-DÉONTOLOGIEIMAQ.pdf> (page consultée le 9 avril 2019). Celui du CCAC semble ne s'appliquer qu'aux « arbitre des organismes autorisés par la Régie du Bâtiment à administrer l'arbitrage de différend reliés au Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neuf. », <https://ccac-adr.org/code-de-deontologie> (page consultée le 9 juin 2019).

Devoir d'agir conformément aux principes de la procédure civile

L'arbitre bénéficie d'une grande latitude dans la conduite de l'arbitrage qu'il préside. Le législateur pose cependant deux limites. L'arbitre doit ainsi respecter les principes de contradiction et de proportionnalité⁶⁷⁵. Les principes de justice naturelle doivent également être respectés.

Au Québec, l'interprétation du principe du débat contradictoire emprunte de la *common law* et de la tradition civiliste⁶⁷⁶. De plus, la règle de l'*audi alteram partem*, comme les autres règles de justice naturelle⁶⁷⁷, doit être respectée par tous ceux appelés à exercer une fonction judiciaire⁶⁷⁸. Le but de cette règle est de donner aux parties l'occasion de se défendre⁶⁷⁹. Cette règle se manifeste de plusieurs façons. Par exemple, les parties doivent avoir été informées de la procédure d'arbitrage ainsi que du moment et du lieu où se tiendra l'audition. Plus généralement, il est de bonne pratique pour l'arbitre de mettre en copie de toutes ses communications l'autre partie⁶⁸⁰ et de ne pas recevoir de preuve ni communiquer avec l'une des parties, ses représentants ou ses témoins et experts en l'absence de l'autre⁶⁸¹. À l'audition, chaque partie doit avoir l'opportunité de présenter sa preuve, incluant témoins et experts⁶⁸². Les parties ont également le droit de contre-interroger les témoins et experts de la partie adverse⁶⁸³. Autre exemple, l'arbitre peut fonder sa décision sur un principe non plaidé, à condition d'avoir donné aux parties l'opportunité de présenter leurs arguments⁶⁸⁴. De la même manière, les parties devront avoir accès à toute expertise commandée par l'arbitre et les communications qui

⁶⁷⁵ Art. 632 al.2 C.p.c.

⁶⁷⁶ S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (DIR.), préc., note 14, pp. 180,181.

⁶⁷⁷ *Sport Maska Inc. c. Zitter*, préc., note 611, pp. 580, 581.

⁶⁷⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 23.

⁶⁷⁹ C. CARRIER et H. REID, préc., note 16, art. 645, par. 645/26.

⁶⁸⁰ *Balian c. Morneau*, 2006 QCCS 6249, par. 10 et suivants. Appel rejeté, *Morneau c. Balian*, 2007 QCCA 315.

⁶⁸¹ JEAN DENIS GAGNON, « La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ? », (2010) 69-1 *La Revue du Barreau* 1-55, 33-34, par. 70. *Axor Construction inc. c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2000 CanLII 18552 (QC CS), par. 29 à 33. *Pfizer c. Sous-ministre du revenu national*, [1977] 1 RCS 456, p. 463,464 : « Il est nettement contraire à ces règles [de justice naturelle] de s'en rapporter à des renseignements obtenus après la fin de l'audience sans en avertir les parties et leur donner la possibilité de les réfuter ».

⁶⁸² Sous réserve que cette preuve soit pertinente et légale. J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 69.

⁶⁸³ *Id.*

⁶⁸⁴ *Pfizer c. Sous-ministre du revenu national*, préc., note 681, par. 463.

l'entourent. Elles devraient également pouvoir faire valoir leurs arguments au sujet de l'expertise et, si les circonstances le justifient, interroger son auteur⁶⁸⁵. Le non-respect de cette règle, comme toute règle relevant du principe de justice naturelle, pourrait entraîner un refus d'homologation ou justifier l'annulation de la sentence arbitrale⁶⁸⁶. Si, selon certains auteurs, la partie qui invoque la violation n'a pas à démontrer son préjudice⁶⁸⁷, la jurisprudence est également à l'effet que la sentence pourra être homologuée en présence d'une irrégularité ou de « violation mineure »⁶⁸⁸.

Quant au principe de proportionnalité, la position qu'il occupe en droit québécois est héritée de la *common law*⁶⁸⁹. La proportionnalité renvoie à une relation entre deux éléments. Cette relation peut être équilibrée, positive ou négative. Appliquée à la procédure civile, la proportionnalité peut être définie comme la relation entre les moyens ou ressources déployés dans le cadre d'un différend et l'objectif poursuivi⁶⁹⁰. Le principe de proportionnalité vise une relation d'équilibre et implique : « que l'on compare les procédures et les coûts engendrés à la complexité des questions en litige, à la valeur en litige et à la nature de la réclamation. »⁶⁹¹. La « situation financière des parties »⁶⁹² est également un élément pertinent. Dans le contexte de la construction, il convient de rappeler que les sous-entrepreneurs n'ont peut-être pas les capacités financières des entrepreneurs généraux ou encore des donneurs d'ouvrages publics ou institutionnels.

Les liens que le principe de proportionnalité entretient avec le principe du débat contradictoire sont donc particulièrement frappants en matière de procédure civile. En

⁶⁸⁵ *Axor Construction inc. c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 681.

⁶⁸⁶ Art. 646 (4) C.p.c.

⁶⁸⁷ J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 77.

⁶⁸⁸ *Hachette Distribution Services (Canada) inc. c. 2295822 Canada inc.*, 2018 QCCS 1213, par. 40.

⁶⁸⁹ S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (DIR.), préc., note 14, pp. 160, 161. S'il existe aussi dans les juridictions civilistes, sa qualification de « principe fondamental » de procédure est caractéristique des juridictions de *common law*. CATHERINE PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 R.D.U.S., 552-597, p. 562-567

⁶⁹⁰ C. PICHÉ, préc., note 689, p. 560.

⁶⁹¹ *Id.*, pp. 560, 561.

⁶⁹² *Id.*, P. 560.

effet, si le succès de la procédure contradictoire repose sur la confrontation de la preuve et des arguments des parties, ces dernières peuvent être tentées de débattre plus que nécessaire. Or, le principe contradictoire suppose une réelle opportunité de défendre leurs positions et cet objectif ne peut être atteint sans équilibre. Pour limiter les abus, des balises doivent être imposées aux démonstrations des parties⁶⁹³. Elles ont notamment pour but d'empêcher une partie d'en asphyxier une autre, par exemple en imposant à cette dernière l'étude d'une preuve au volume injustifié⁶⁹⁴.

Il est évident de ce qui précède que le principe de proportionnalité fait appel à la bonne foi des parties et les invite à être responsables de leur dossier en faisant une saine gestion de leur instance⁶⁹⁵ :

« Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend »⁶⁹⁶. (nos soulignements)

Ce principe rappelle également que la justice a un coût « économique, social et humain »⁶⁹⁷. À ce titre, le principe de proportionnalité permet d'équilibrer deux droits fondamentaux, soit le droit d'avoir accès à la justice et le droit à une défense pleine et entière⁶⁹⁸. Dans ce contexte, le décideur, qu'il soit public ou privé, partage cette

⁶⁹³ S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (DIR.), préc., note 14, p. 181.

⁶⁹⁴ « Vu le système contradictoire de la procédure de common law, considérant que la révélation de la vérité passe davantage par un débat contradictoire permettant aux parties d'exposer au maximum leurs arguments à un arbitre appelé à trancher entre les plus méritants, il se révèle nécessaire d'édicter des règles statutaires spécifique (« statutory rules », d'interprétation restrictive) pour encadrer la conduite de cette liberté d'action. En outre, conséquence directe du caractère antagoniste de l'instance de common law, la raison d'être d'y inclure une règle de proportionnalité semble trouver ses racines autant dans un désir de protection d'une partie vulnérable pour lui éviter de subir les débordements procéduraux injustes ou inéquitable d'une autre, que dans un souci d'administration globale de la justice à titre d'objectif social » dans S. BERNATCHEZ et L. LALONDE (DIR.), préc., note 14, pp. 181, 182.

⁶⁹⁵ On pourrait même dire que le terme « doivent » à l'alinéa 2 de l'article 2 C.p.c. tend davantage vers une obligation qu'une suggestion. C. PICHÉ, préc., note 689, p. 560.

⁶⁹⁶ Art.2 al.2 C.p.c.

⁶⁹⁷ C. PICHÉ, préc., note 689, p. 561.

⁶⁹⁸ *Id.*

responsabilité avec les parties⁶⁹⁹. « La proportionnalité est un principe directeur » et, à ce titre, s'impose aux juges, qui ne peuvent le relayer au plan de simple principe d'interprétation⁷⁰⁰. Les décideurs ont une obligation positive et non simplement passive. Ils doivent intervenir, avec les outils à leur disposition comme des ordonnances, afin de faire respecter le principe de proportionnalité⁷⁰¹. Le principe de proportionnalité, tout comme le principe de contradiction, est d'ordre public⁷⁰².

Enfin, l'arbitre doit respecter les principes de justice naturelle. L'application des derniers découle de la nature quasi judiciaire de l'arbitrage⁷⁰³. Notamment, la règle de l'*audi alteram partem* s'applique sans altération aux arbitres⁷⁰⁴.

Devoir de confidentialité

La confidentialité est l'un des principaux attraits de l'arbitrage. La doctrine la classe généralement parmi les avantages⁷⁰⁵. La confidentialité est la règle, mais elle n'est pas obligatoire⁷⁰⁶. Par défaut, elle s'étend à tout ce qui est dit ou fait dans le cadre de l'arbitrage, et ce, indépendamment du mode de communication :

« Les parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait

⁶⁹⁹ *Id.*, pp. 562, 580.

⁷⁰⁰ *Id.*, p. 570.

⁷⁰¹ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, par.42 et 43, *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, par. 66. C. PICHÉ, préc., note 689, pp. 570, 571.

⁷⁰² Art. 622 al.3 C.p.c. : Les parties ne peuvent par leur convention déroger aux dispositions du présent titre qui déterminent la compétence du tribunal, ni à celles concernant l'application des principes de contradiction et de proportionnalité, le droit de recevoir notification d'un acte ou l'homologation ou l'annulation de la sentence arbitrale.

⁷⁰³ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 678, art. 23 et 56 (1), qui se lit comme suit : « 1. Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot «tribunal» inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires ».

⁷⁰⁴ Rien n'indique que la portée de la règle soit altérée en matière d'arbitrage. J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 67 et ss.

⁷⁰⁵ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 10.1 Du moins d'un point de vue strictement privé. Il pourrait en être autrement des arbitrages impliquant l'État ou l'un de ses organismes.

⁷⁰⁶ *Id.*

dans le cours du processus, sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi. »⁷⁰⁷ (nos soulignements).

Cette obligation de confidentialité du tiers est réitérée, dans le cas de l'arbitrage, à l'article 644 C.p.c. : « L'arbitre est tenu de respecter la confidentialité du processus et le secret du délibéré, mais il n'y manque pas en exprimant ses conclusions et ses motifs dans la sentence ». Dans le même souci, les tribunaux respecteront la confidentialité de l'arbitrage, sauf exception :

« De ce qui précède, le Tribunal retient que le législateur québécois a érigé en principe la confidentialité du processus d'arbitrage en adoptant l'article 4 C.p.c., sous réserve de la volonté des parties d'agir autrement. Le Tribunal doit donc respecter la confidentialité d'un arbitrage, à moins que l'information recherchée soit nécessaire en vue de disposer de l'affaire et éviter un déni de justice. Si l'information devait être communiquée, une ordonnance pourrait toujours être émise afin d'éviter que celle-ci devienne du domaine public. »⁷⁰⁸

e) Immunité et responsabilité

À l'image du juge judiciaire, « l'arbitre ne peut être poursuivi en justice en raison des actes accomplis dans l'exercice de sa mission »⁷⁰⁹. Elle découle en effet de la nature juridictionnelle de la fonction⁷¹⁰. Il en est ainsi afin de préserver l'indépendance et l'impartialité du décideur, qu'il siège dans une instance publique ou privée⁷¹¹. Cette immunité n'est toutefois pas absolue, mais relative⁷¹². Elle ne protégera pas l'arbitre qui aura agi de mauvaise foi ou qui aurait commis une faute lourde ou intentionnelle⁷¹³. L'immunité de l'arbitre d'ailleurs est étendue :

⁷⁰⁷ Art. 4 C.p.c.

⁷⁰⁸ *SNC-Lavalin inc. c. ArcelorMittal Exploitation minière Canada*, 2018 QCCS 3024, par. 34.

⁷⁰⁹ Art. 621 C.p.c.

⁷¹⁰ J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 59.

⁷¹¹ M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 45.

⁷¹² J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 60.

⁷¹³ Art. 621 C.p.c. *Sport Maska c. Zitrer*, préc., note 632, par. 55 : « En l'absence de fraude ou de mauvaise foi, l'arbitre bénéficie d'une immunité à l'égard de la responsabilité civile que voudraient lui imputer les plaideurs. »

« Leur décision peut être erronée en droit, ils peuvent avoir agi sans compétence, avoir mal apprécié la preuve qui leur a été soumise ou manqué aux obligations que la justice naturelle leur imposait; cependant, même dans ces divers cas, l'immunité reconnue aux titulaires de fonctions judiciaires rend irrecevable toute action en dommages qui serait intentée contre eux, pourvu qu'ils aient agi de bonne foi »⁷¹⁴.

Enfin, l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel convergent sur l'essentiel de ce qui entoure la personne de l'arbitre, tels ses qualifications, sa nomination, ses pouvoirs et ses devoirs. De plus, ce qui n'est pas expressément prévu au *Code de procédure civile* peut aisément être prévu par les parties à même leur contrat ou être convenu avec l'arbitre au moment d'entamer le processus. La fonction des deux arbitres est en essence la même, soit de disposer du différend qui leur est soumis. Notre conclusion provisoire est que rien dans le droit québécois ne freine l'importation de l'arbitrage intérimaire sur cet aspect.

2.3 Déroulement de l'arbitrage

Dans cette phase, les parties présentent à l'arbitre leurs prétentions, leurs arguments et leurs preuves.

a) Juridiction et compétence matérielle

Ces deux éléments sont abordés simultanément, car ils sont étroitement liés. En effet, ce sont les objets et sujets sur lesquels l'arbitre a compétence qui forment sa juridiction. En d'autres mots, la juridiction délimite le champ de compétence de l'arbitre. Le tribunal arbitral aura compétence sur les personnes et pour les différends visés par la convention d'arbitrage⁷¹⁵. Celle-ci est également « l'acte de mission de l'arbitre » et, à ce titre, elle

⁷¹⁴ J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 61.

⁷¹⁵ L'arbitre conventionnelle n'a pas de compétence « territoriale », sous réserve de ce que les parties ont prévu. L'absence de fort ou d'assise territoriale est l'une des caractéristiques de l'arbitrage. <https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-alter-ego/cpc-2019/ae-cpc-2019-loi-article-620/> (page consultée le 17 juin 2019).

délimite son mandat et « constitue la source première de la compétence de l'arbitre »⁷¹⁶. La convention d'arbitrage peut être jointe au contrat principal ou constituer un document à part entière. Elle peut également se retrouver dans plus d'un document. Le législateur n'impose aucun formalisme autre que l'écrit⁷¹⁷.

Il est essentiel que les parties et l'arbitre aient la même interprétation de l'étendue de la juridiction de ce dernier. L'excès de juridiction se manifeste dans différents scénarios et parfois à l'insu de l'arbitre, qui doit donc demeurer vigilant. Se prononcer sur un élément exclu de la convention d'arbitrage⁷¹⁸ ou encore à l'égard d'un tiers⁷¹⁹ constitue généralement des excès de juridiction fondant un refus d'homologation ou l'annulation de la sentence arbitrale⁷²⁰. Les parties ont également intérêt à tenir compte de l'interprétation des tribunaux. En effet, ces derniers ont adopté une interprétation libérale de la convention d'arbitrage⁷²¹. Comme tout contrat, les parties sont liées par le contenu express, mais également par ce qui en découle⁷²². L'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette* ne laisse planer aucun doute :

« Il ne faut pas interpréter le mandat de l'arbitre de façon restrictive en le limitant à ce qui est expressément énoncé à la convention d'arbitrage. Le mandat s'étend aussi à tout ce qui entretient des rapports étroits avec cette dernière, ou, en d'autres mots, aux questions qui entretiennent un « lien de connexité de la question tranchée par les arbitres avec le litige qui leur est soumis » ». ⁷²³

⁷¹⁶ Art. 2643 C.c.Q., *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 21. M.-J. HOGUE et E. NEELIN, préc., note 626, par. 49.

⁷¹⁷ Art. 2640 C.c.Q. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 24. Dans cette affaire, la convention était éclatée dans la correspondance des parties.

⁷¹⁸ *Axor Construction inc. c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 681, par. 26, 27.

⁷¹⁹ Voir notre section 2.3 intitulée « Avantages et inconvénients ».

⁷²⁰ Art. 647 al.1 (5) C.p.c. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 22 : « Si l'arbitre excède cette convention, un tribunal pourra refuser d'homologuer ou encore annuler la sentence arbitrale (art. 946.4, par. 4 et art. 947.2 C.p.c.) ».

⁷²¹ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 35.

⁷²² Art. 1434 C.c.Q.

⁷²³ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 35.

Comme nous l'avons vu, les parties jouissent d'une grande liberté dans la détermination de la juridiction de l'arbitre. En matière de droit de la construction, la compétence de l'arbitre peut se traduire par plusieurs formules. Les parties peuvent choisir de définir le type de différend qu'elles veulent soumettre à l'arbitrage par leur nature⁷²⁴, par type de travaux, par phases du projet, par leurs conséquences financières⁷²⁵, selon que le différend implique ou non des sous-entrepreneurs, etc.

b) Pouvoirs de l'arbitre

Le législateur est resté vague quant à l'étendue des pouvoirs de l'arbitre. En effet, l'alinéa deux de l'article 632 du *Code de procédure civile* se contente de dire que l'arbitre « a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence ». Le législateur précise quelque peu en ajoutant que les pouvoirs de l'arbitre comprennent « celui de faire prêter serment, de nommer un expert ou de statuer sur sa propre compétence »⁷²⁶. De plus, l'arbitre a maintenant le pouvoir de prendre des mesures d'exception.

Tous les pouvoirs nécessaires à sa compétence

Selon nous⁷²⁷, par cette formule, le législateur donne à l'arbitre les moyens de mener à bien son mandat. L'arbitre ne se retrouve pas ainsi paralysé dans l'exercice d'un pouvoir principal en raison du manque de pouvoir incident ou connexe. Par exemple, le pouvoir de l'arbitre de visiter les lieux⁷²⁸ devrait emporter le pouvoir d'en ordonner l'accès à celle des deux parties qui en est la gardienne⁷²⁹.

⁷²⁴ Contractuel ou extracontractuel.

⁷²⁵ Les parties pourraient choisir de soumettre les différends à l'arbitre jusqu'à concurrence d'un montant précis.

⁷²⁶ Art. 632 al.2 C.p.c.

⁷²⁷ Cette formulation générale est de droit nouveau et le peu de jurisprudence entourant l'article 632 du *Code de procédure civile* se concentre davantage sur le principe de compétence-compétence, prévu au même article. Le temps nous dira si cette interprétation est juste.

⁷²⁸ Art. 633 al.3 C.p.c. Si le gardien ou propriétaire des lieux est un tiers.

⁷²⁹ Le résultat pourrait être différent en revanche si les lieux sont la propriété d'un tiers. En pareilles circonstances, l'article 634 C.p.c. pourrait s'avérer utile. En effet, ce dernier prévoit que « L'arbitre, ou une partie avec sa permission, peut demander assistance au tribunal pour l'obtention de preuves, notamment pour contraindre un témoin qui refuse, sans raison valable, de se présenter, de répondre ou de produire un élément matériel de preuve qu'il a en sa possession. »

Pouvoir de faire prêter serment et de nommer un expert

Le législateur cite deux exemples concrets de ce qu'il entend par « pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence ». Le premier, le pouvoir de faire prêter serment, découle donc de la compétence générale de l'arbitre sur le déroulement de l'instance et, plus particulièrement, sur l'administration de la preuve. Ainsi, s'il est compétent pour entendre la preuve par témoins, il est logique qu'il ait la compétence pour les assermenter afin que ces derniers soient soumis à la même obligation de véracité que s'ils avaient été assermentés par un tribunal⁷³⁰. Ces ordonnances devront évidemment avoir un lien de connexité avec le différend. En effet, un élément totalement hors sujet et sans lien ne peut être « nécessaire » à l'exercice de la compétence de l'arbitre.

Comme l'arbitre intérimaire⁷³¹, l'arbitre conventionnel peut donc s'adjoindre un expert dans la réalisation de son mandat. Ce faisant, l'arbitre doit néanmoins s'assurer de respecter les règles de justice naturelle en permettant aux parties de prendre connaissance de l'expertise⁷³². Malgré ses connaissances et son expérience, la complexité technique des différends dans le secteur de la construction fait que l'arbitre peut tout de même avoir besoin d'une expertise.

Pouvoir de statuer sur sa propre compétence

Le législateur québécois a choisi de perpétuer le principe dit de « compétence – compétence », selon lequel l'arbitre peut se prononcer sur sa propre compétence⁷³³. Si une partie conteste la compétence de l'arbitre, c'est à lui qu'elle doit s'en remettre, en priorité⁷³⁴.

⁷³⁰ Art. 24 C.p.c. : « Le serment est, pour la personne qui le prête, un engagement solennel de dire la vérité ou d'exercer une fonction avec impartialité et compétence. Outre les cas prévus par la loi, le serment peut être exigé par le tribunal lorsqu'il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la justice. Il doit alors être prêté devant un juge, un greffier ou toute autre personne autorisée par la loi à le recevoir. »

⁷³¹ Art. 13(c) SCC.

⁷³² *Balian c. Morneau*, préc., note 680.

⁷³³ Art.632 al. 2 C.p.c. Principe mentionné dans *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 471, par. 79.

⁷³⁴ *Eacom Timber Corporation c. Domtar inc.*, 2014 QCCA 100, *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 471, par. 84.

Hormis les contestations ne soulevant qu'une question de droit⁷³⁵, les tribunaux judiciaires doivent décliner leur compétence, qui demeure résiduelle, au profit de l'arbitre. Les tribunaux pourront en revanche se prononcer sur la décision de l'arbitre qui porte sur sa compétence, et ce à la demande d'une partie⁷³⁶. Contrairement à la sentence finale, le juge n'est pas limité dans les motifs pouvant fonder sa décision. Il pourra alors se fonder sur toute erreur de droit qu'aurait commise l'arbitre dans l'examen de sa compétence⁷³⁷. Soulignons qu'une partie doit formuler une telle demande en début d'arbitrage, à l'image des moyens déclinatoires analogues en matière judiciaire, sous peine d'être réputée avoir accepté la compétence de l'arbitre⁷³⁸.

Mesures d'exception

La possibilité expresse pour l'arbitre d'ordonner des mesures d'exception est de droit nouveau⁷³⁹. Selon nous, il s'agit de la réponse du législateur à la critique répandue du manque d'autonomie de l'arbitrage à ce chapitre. Cet ajout se conforme également à la Loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international⁷⁴⁰. Elle fut amendée en 2006 par l'ajout des dispositions concernant les mesures provisoires et de sauvegarde⁷⁴¹. L'arbitre québécois peut donc aujourd'hui ordonner toute ordonnance provisionnelle ou de sauvegarde à la demande d'une partie⁷⁴². Il en fixe les conditions ou modalités ainsi que son application dans le temps⁷⁴³. Comme la sentence finale, les parties sont liées par cette décision et doivent

⁷³⁵ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 471, par. 84.

⁷³⁶ Art. 632 al. 3 C.p.c.

⁷³⁷ *Guilde des musiciens du Québec c. Piché*, 1998 CanLII 9518 (QC CS), par. 8. Voir aussi le paragraphe 7 parlant de la norme à appliquer.

⁷³⁸ Ou du moins avoir renoncé à la contester sur ce point.

⁷³⁹ Journal des débats, CI, 17/01/14, vol. 43, no 113: p. 1 à 3, <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI-40-1/journal-debats/CI-140117.html#Page00001> (page consultée le 26 juin 2019).

⁷⁴⁰ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Documents A/40/17, annexe I et A/61/17, annexe I, (2006), en ligne : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-french_revised%2006.pdf . Voir *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, projet de loi n°28 (Étude détaillée – 17 janvier 2014), 1^{re} sess., 40^e légis. (QC), p.1 à 3.

⁷⁴¹ *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 719, p.1 à 3.

⁷⁴² Art. 638 C.p.c.

⁷⁴³ Art. 638 C.p.c.

s'exécuter. L'homologation demeure disponible si toutefois l'une d'entre elles était récalcitrante⁷⁴⁴.

En plus de ces mesures, l'arbitre peut rendre une ordonnance provisoire en cas d'urgence, et ce, avant même que l'autre partie ait reçu notification de la mesure provisionnelle ou de sauvegarde⁷⁴⁵. Une telle ordonnance ne peut cependant dépasser 20 jours⁷⁴⁶. Elle s'impose aux parties, mais ne peut être homologuée⁷⁴⁷. Selon nous, le caractère urgent et sa nature provisoire expliquent cette impossibilité. Ces dispositions étant nouvelles, nous ne disposons pas d'une jurisprudence étoffée. Le peu de jurisprudence dont nous disposons rappelle que la compétence de l'arbitre, délimitée dans la convention d'arbitrage, s'impose également aux mesures d'exception. Ainsi, l'arbitre ne peut rendre une telle ordonnance visant un tiers ou un objet exclu de sa compétence. Les mesures d'exception ne peuvent non plus servir de couvert aux mesures d'exécution⁷⁴⁸.

La législation britannique en matière d'arbitrage intérimaire ne prévoit pas de mesures analogues. Il semble que cette absence ne soit pas ressentie par les principaux intéressés. En effet, la doctrine consultée n'en fait pas mention. Au Chapitre III, nous nous interrogerons sur la possibilité d'utiliser les mesures d'exception comme véhicule d'introduction de l'arbitrage intérimaire.

c) Conduite de l'arbitrage et administration de la preuve

Comme mentionné plus haut, l'arbitre bénéficie d'une large discrétion quant à la procédure qu'il adopte pour l'arbitrage dont il est saisi. Sous réserve du respect des dispositions d'ordre public, des principes de la contradiction et de proportionnalité, et bien

⁷⁴⁴ Art. 638 C.p.c.

⁷⁴⁵ Art. 639 al.1 C.p.c.

⁷⁴⁶ Art. 639 al.1 C.p.c.

⁷⁴⁷ Art. 639 al.2 C.p.c.

⁷⁴⁸ *Hachette Distribution Services (Canada) inc. c. 2295822 Canada inc.*, préc., note 667, par.77 à 81.

sûr de la volonté des parties contenue à la convention d'arbitrage⁷⁴⁹, « l'arbitre procède à l'arbitrage suivant la procédure qu'il détermine »⁷⁵⁰. Il pourra donc se prononcer sur tout aspect procédural et logistique.

D'un point de vue procédural, il bénéficie d'une certaine latitude quant à la détermination des règles de preuve et, plus précisément, en termes de forme et de présentation. À cet égard, le législateur a décrété l'oral par défaut⁷⁵¹, sans doute pour des raisons de simplicité et de fluidité. En revanche, l'étude de certains dossiers peut être facilitée par l'écrit. Les parties ou l'arbitre peuvent décréter que la preuve se fera « sur dossier ». L'arbitre qui décide de procéder ainsi ne viole par la règle de l'*audi alteram partem*⁷⁵², particulièrement lorsque le différend soulève principalement des questions de droit⁷⁵³. De plus, étant tenu de « veiller au respect du principe de proportionnalité⁷⁵⁴, l'arbitre pourrait selon nous fixer un nombre maximal de témoignages ou d'expertises pouvant être soumis⁷⁵⁵. Côté logistique, le calendrier et le lieu des audiences sont probablement les principaux éléments à établir dans les meilleurs délais.

La souplesse procédurale est un atout, particulièrement dans le contexte des litiges de la construction. Elle permet aux parties d'ajuster leurs règles de preuve et de procédures aux besoins particuliers de ce type de différends. L'arbitrage intérimaire permet une souplesse équivalente selon nous. Il ne s'agit donc pas d'un élément qui distingue les deux procédures ou qui avantage l'une au détriment de l'autre.

⁷⁴⁹ Art. 2643 C.c.Q. : « Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou, à défaut, par le Code de procédure civile (chapitre C-25.01). »

⁷⁵⁰ Art. 632 al.2 C.p.c.

⁷⁵¹ Art. 633 al.1 C.p.c.

⁷⁵² *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par.70 : « Une décision rendue sur dossier, sans audition de témoin en présence de l'arbitre, ne viole aucun principe de procédure ou de justice naturelle et ne saurait être annulée pour ce seul motif ». J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 75.

⁷⁵³ J. D. GAGNON, préc., note 681, par. 74.

⁷⁵⁴ Art. 632 al.1 C.p.c.

⁷⁵⁵ Ce droit n'est en effet pas illimité. Le principe de proportionnalité assure l'équilibre entre le droit des parties de faire valoir leurs prétentions et les ressources impliquées. Art. 2 et 622 al. 2 C.p.c.

3. Période post-arbitrage et fin de l'arbitrage

Nous nous pencherons maintenant sur les manières de conclure un arbitrage.

3.1 Fin de l'arbitrage

Outre par le rendu d'une sentence, l'arbitrage peut prendre fin par le désistement du demandeur ou des deux parties, par la survenance d'un règlement entre elles ou encore par une décision du tribunal.

a) Désistement du demandeur

Pour des motifs qui lui appartiennent, le demandeur peut vouloir se désister du processus, même en l'absence de règlement. Par exemple, la partie en demande peut se rétracter après avoir pris connaissance de la preuve de la partie adverse ou même avoir réalisé les lacunes de son argumentaire. L'article 635 al.2 du *Code de procédure civile* prévoit que le défaut de faire valoir ses prétentions entraîne la fin de l'arbitrage si celui-ci est attribuable à la partie qui a « soumis le différend à l'arbitrage »⁷⁵⁶. Le demandeur peut ainsi se rétracter, « à moins que l'autre partie ne s'y oppose ». En revanche, le défendeur n'a pas ce choix. S'il néglige d'assurer sa défense, l'arbitrage pourra se poursuivre⁷⁵⁷.

b) Survenance d'un règlement

À tout moment de la procédure d'arbitrage, les parties peuvent parvenir à un règlement. L'arbitrage étant ici purement conventionnel, rien n'empêche les parties de modifier ensemble leur volonté. D'ailleurs, « l'arbitre peut agir en qualité d'amiable compositeur »⁷⁵⁸ et tenter de concilier les parties⁷⁵⁹. Si elles s'entendent, la procédure

⁷⁵⁶ « à moins que l'autre partie ne s'y oppose ».

⁷⁵⁷ Art. 635 al.1 C.p.c.

⁷⁵⁸ Art. 620 al.1 C.p.c.

⁷⁵⁹ Art. 620 al.2 C.p.c.

d'arbitrage n'a pas à être poursuivie faute d'objet, le différend ayant été résolu. L'arbitre consigne alors le règlement intervenu entre les parties dans une sentence arbitrale⁷⁶⁰.

c) Décisions du tribunal

Même si l'intervention des tribunaux dans le processus arbitral est quantitativement et qualitativement limitée, certaines de ces interventions peuvent mettre fin à l'arbitrage.

Tout d'abord, le tribunal saisi d'un différend soumis à une convention d'arbitrage, mais constatant la nullité de celle-ci, n'a pas à renvoyer les parties en arbitrage⁷⁶¹. En effet, on voit mal comment une procédure qualifiée d'irrégulière pourrait se poursuivre. La sentence qui en découlerait sera évidemment nulle⁷⁶² et, donc, sans effet juridique. Ensuite, dans le cadre d'une contestation de la décision de l'arbitre sur sa propre compétence, la décision du tribunal pourrait avoir pour effet de mettre un terme à l'arbitrage⁷⁶³. Ce serait le cas si aucun des différends soumis n'est visé par la convention d'arbitrage par exemple. En somme, si les interventions des tribunaux judiciaires sont réduites en nombre, leurs conséquences peuvent être déterminantes pour les parties et la suite de la procédure arbitrale.

3.2 Sentence arbitrale et exécution volontaire

Selon nous, l'arbitre ne possède pas autant de latitude sur la sentence que sur le processus qui y a mené. En effet, nous verrons que le législateur a encadré de plusieurs règles la sentence arbitrale. Avant de les aborder, nous traiterons succinctement de sa nature et de ses effets juridiques.

⁷⁶⁰ Art. 642 al.4 C.p.c.

⁷⁶¹ Art. 622 al.2 C.p.c.

⁷⁶² Art. 646 al.1 (1), (2), (3) et al. 2 C.p.c.

⁷⁶³ Comme le permet l'art. 632 al.3 C.p.c.

a) Nature, effets et conséquences juridiques

La sentence est à l'arbitrage ce qu'est le jugement au procès civil. La sentence arbitrale lie les parties⁷⁶⁴. Bien que le législateur n'ait pas repris la formule de l'article 945.4 de l'ancien *Code de procédure civile*, rien n'indique que les effets juridiques de la sentence arbitrale ne se manifestent pas « dès son prononcé ». Le fait que les parties aient un délai pour s'exécuter ne signifie pas que la sentence ne lie pas les parties sur-le-champ. Comme le jugement, elle met fin au différend⁷⁶⁵. Rien n'indique que les principes de litispendance⁷⁶⁶ et de chose jugée⁷⁶⁷ soient altérés en matière d'arbitrage⁷⁶⁸. Les parties ne pourront donc pas soumettre à nouveau le même différend s'il y a identité de parties, d'objets et de cause⁷⁶⁹. En revanche, contrairement au jugement, la sentence arbitrale ne peut fonder des procédures d'exécution forcée. C'est en effet le jugement en homologation qui lui donnera la force et le caractère exécutoire requis⁷⁷⁰. Enfin, nous rappelons que la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel⁷⁷¹. Comme nous le verrons plus loin, le seul moyen à l'encontre d'une sentence arbitrale est la demande en annulation.

Nous avons identifié en début de travail la difficulté de conjuguer l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel, qui paraissent irréconciliables sur le caractère final du résultat. Or, importer le modèle britannique d'arbitrage intérimaire sans cette caractéristique serait possible, mais minerait selon nous l'un des principaux avantages d'un tel dispositif.

⁷⁶⁴ Art. 642 al 1 C.p.c.

⁷⁶⁵ Art. 620 C.p.c., l'arbitrage tranche le différend.

⁷⁶⁶ Art. 168 (3) C.p.c.

⁷⁶⁷ Art. 2848 C.c.Q.

⁷⁶⁸ Il semble cependant nécessaire d'homologuer la sentence pour que celle-ci revêtisse la qualité de chose jugée. En effet, le principe de la chose jugée s'applique aux jugements en vertu de l'article 2848 C.c.Q. : « L'autorité de la chose jugée est une présomption absolue; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, lorsque la demande est fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et que la chose demandée est la même. Cependant, le jugement qui dispose d'une action collective à l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties et des membres du groupe qui ne s'en sont pas exclus ». *Girard c. Tremblay*, 2002 CanLII 29008 (QC CS), par.31

⁷⁶⁹ *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 RCS 374.

⁷⁷⁰ Art. 645 al.1 C.p.c.

⁷⁷¹ P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 806, 807. R. BENDAYAN et O. F. KOTT, préc., note 20, pp. 40, 41.

b) Forme et fond

La sentence arbitrale est l'un des rares éléments frappés de formalisme. Elle doit être écrite et signée par l'arbitre⁷⁷². Elle est notifiée aux parties le plus rapidement possible⁷⁷³. Le lieu et la date où elle a été rendue doivent aussi être indiqués⁷⁷⁴. En présence de plus d'un arbitre, la sentence est rendue à la majorité des voix⁷⁷⁵. Pour éviter une impasse, le législateur a prévu qu'en cas de refus ou d'impossibilité de signer d'un arbitre, la sentence peut tout de même être considérée comme ayant été rendue à la majorité⁷⁷⁶. Une mention à cet effet devra être incluse dans la sentence⁷⁷⁷, mais il n'empêchera pas les parties d'obtenir leur sentence. L'arbitre a un délai de trois mois pour rendre sa sentence⁷⁷⁸. Ce délai commence à courir à la prise en délibéré⁷⁷⁹. Conscient que certaines causes présentent un plus haut niveau de complexité, le législateur a permis aux parties de commun accord de prolonger ou renouveler ce délai⁷⁸⁰. En cas de désaccord, le tribunal peut y consentir à la demande d'une des parties ou de l'arbitre lui-même⁷⁸¹. Un nouveau délai n'est donc pas automatique et il appartient à l'arbitre de bien évaluer sa capacité à répondre au mandat dans les délais impartis. Quant au fond, le législateur n'impose pas à l'arbitre la manière dont il doit disposer du différend, mais ce dernier est tenu de le faire « conformément aux règles de droit »⁷⁸². Dans tous les cas, il devra motiver sa décision⁷⁸³. Ce faisant, il ne viole pas son obligation de confidentialité⁷⁸⁴. De plus, l'arbitre n'est pas lié par les conclusions d'un autre arbitrage. La règle du *stare decisis* ou « autorité du précédent » ne semble pas s'appliquer en arbitrage conventionnel⁷⁸⁵.

⁷⁷² Art. 642 al.1 C.p.c.

⁷⁷³ *Id.*, al.5.

⁷⁷⁴ Art. 642 al.1 C.p.c. Le législateur ajoute au même alinéa : « La sentence est réputée avoir été rendue à cette date et en ce lieu. »

⁷⁷⁵ Art. 642 al.2 C.p.c.

⁷⁷⁶ *Id.*

⁷⁷⁷ *Id.*

⁷⁷⁸ *Id.*, al.3.

⁷⁷⁹ *Id.*

⁷⁸⁰ *Id.* Le renouvellement survient lorsque le délai est expiré et que les parties souhaitent en octroyer un nouveau.

⁷⁸¹ *Id.* À noter que cette décision du tribunal est sans appel.

⁷⁸² Art. 620 al.1 C.p.c.

⁷⁸³ Art. 642 al.1 C.p.c.

⁷⁸⁴ Art. 644 C.p.c.

⁷⁸⁵ *Laurentienne-vie, Cie d'assurances inc. c. Empire, Cie d'assurance-vie*, 2000 CanLII 9001 (QC CA), par. 57 et suivants.

En terminant, mentionnons que l'arbitre peut d'office corriger toute erreur matérielle, et ce dans les 30 jours de la date de la sentence⁷⁸⁶. Selon nous, l'erreur matérielle dont il est question à l'article 643 al.1 C.p.c. doit recevoir la même interprétation que celle de l'article 338 al.1 C.p.c. applicable aux tribunaux judiciaires. Il s'agit d'une coquille, d'une erreur de bonne foi, manifestement commise par inadvertance ou inattention. Les fautes de frappe ou erreurs de calcul sont d'ailleurs expressément prévues⁷⁸⁷. Dans le même délai, une partie peut aussi demander à l'arbitre une sentence complémentaire si un aspect du différend a été oublié⁷⁸⁸. Avec l'accord de l'autre partie, l'arbitre peut également interpréter un passage de sa sentence, son interprétation devenant par le fait même partie intégrante de la sentence⁷⁸⁹.

Pour toutes ces actions post-sentence, l'arbitre dispose d'un nouveau délai pour s'exécuter, soit de deux mois de la demande d'une ou des parties⁷⁹⁰. Si, passé le délai, aucune décision n'a été rendue par l'arbitre, le tribunal peut intervenir à la demande d'une partie afin qu'elle conserve ses droits⁷⁹¹.

Hormis l'obligation de motiver, la décision intérimaire et la sentence arbitrale sont similaires dans leurs formes et dans leurs effets contraignants sur les parties. Ce sont les effets dans le temps qui diffèrent, car la première est intérimaire et l'autre, finale. Les décisions intérimaires ont toutefois la possibilité de devenir finales, comme nous l'avons vu⁷⁹².

⁷⁸⁶ Art. 643 al.1 C.p.c. Une partie peut également, dans le même délai, demander à l'arbitre de corriger une telle erreur en vertu de l'article 643 al. 2 C.p.c.

⁷⁸⁷ Art. 643 al.2 C.p.c.

⁷⁸⁸ *Id.*

⁷⁸⁹ *Id.*

⁷⁹⁰ *Id.*, al.3.

⁷⁹¹ Art. 643 al.3 C.p.c. Cette décision du tribunal est sans appel.

⁷⁹² Art. 108(3) HGRA, art. 23 SCC.

3.3 Homologation et exécution forcée

L'homologation selon nous est superflue lorsque les parties exécutent la sentence de leur plein gré. En effet, le principal effet juridique recherché par la demande d'homologation est de conférer à la sentence arbitrale la force exécutoire d'un jugement judiciaire⁷⁹³ susceptible d'exécution forcée⁷⁹⁴.

La procédure d'homologation est une demande en justice classique. Elle est donc introduite via une demande introductive d'instance⁷⁹⁵ et suit les règles générales en matière civile. Comme nous l'avons expliqué précédemment, les parties doivent être conscientes que la demande en homologation rendra le contenu de la sentence arbitrale public. En effet, cette dernière fera partie du dossier d'instruction puisqu'elle constitue une pièce au soutien d'un acte de procédure⁷⁹⁶. Les procédures étant publiques sauf exception⁷⁹⁷, les tiers auront donc accès au contenu de la sentence arbitrale. Le juge appelé à examiner la demande en homologation ne pourra se substituer à l'arbitre dans son appréciation des faits et du droit⁷⁹⁸. D'ailleurs, le législateur a restreint les motifs pouvant fonder le tribunal à refuser l'homologation à l'article 646 du *Code de procédure civile*. La liste est exhaustive⁷⁹⁹.

Mentionnons également que le refus d'office n'est possible que dans deux cas de figure, à savoir l'impossibilité de soumettre le différend à l'arbitrage au Québec et la violation de l'ordre public québécois. Sur ce dernier motif, la jurisprudence a confirmé à maintes reprises qu'une sentence arbitrale ne saurait être invalidée sur la base de ce motif que si elle enfreint des dispositions ou principes d'ordre public⁸⁰⁰. De plus, l'ordre public ne peut

⁷⁹³ Art. 645 al.1 C.p.c.

⁷⁹⁴ Art. 679 C.p.c. et suivants.

⁷⁹⁵ Art. 99, 100 et 544 C.p.c.

⁷⁹⁶ Art. 306 et 544 C.p.c.

⁷⁹⁷ Art. 11 C.p.c.

⁷⁹⁸ Art. 645 al.2 C.p.c.

⁷⁹⁹ C'est ce que la doctrine et jurisprudence interprètent de l'usage du mot « que » notamment. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 496, par. 67.

⁸⁰⁰ *Id.*, par. 54. Le seul fait que l'arbitre se penche sur des dispositions d'ordre public n'est donc pas suffisant selon la Cour. Même l'erreur d'interprétation d'une disposition d'ordre public n'est pas suffisante, si la sentence elle-même demeure conforme.

servir de couverture pour contourner l'interdiction d'examiner le fond du différend⁸⁰¹. Soulignons également que l'arbitrage conventionnel, contrairement aux arbitrages statutaires, n'est pas soumis au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure⁸⁰².

Quant aux mesures d'exception en particulier, le refus d'homologation des tribunaux est encore une fois cantonné aux situations prévues par l'article 647 C.p.c. Même si le législateur ne l'a pas précisé à cet endroit, il nous paraît logique que le tribunal puisse refuser d'office d'homologuer une mesure provisionnelle ou de sauvegarde qui serait contraire à l'ordre public. Même si le tribunal refuse d'homologuer la sentence, cette dernière n'en devient pas pour autant caduque puisque seule l'annulation peut la priver de ses effets juridiques. Elle continue de produire ses effets à l'endroit des parties.

3.4 Demande en annulation

Comme dit précédemment, la sentence lie les parties sans besoin d'homologation du tribunal. La demande en annulation est le seul moyen de se pourvoir contre une sentence arbitrale lorsque le résultat voulu est l'anéantissement de ses effets juridiques :

« La demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul moyen de se pourvoir contre celle-ci et elle obéit aux mêmes règles que celles prévues en matière d'homologation de la sentence arbitrale, avec les adaptations nécessaires. »⁸⁰³

La demande en annulation peut être un recours à part entière ou être entreprise en réponse à la demande en homologation⁸⁰⁴. Dans les deux cas, le législateur impose un délai de rigueur de 3 mois suivant la réception de la sentence ou, le cas échéant, de la « demande de rectification, de complément ou d'interprétation de cette sentence »⁸⁰⁵. Conformément à sa position proarbitrale, le *Code de procédure civile* permet au tribunal,

⁸⁰¹ *Id.*

⁸⁰² *Id.*, par. 66 et suivants.

⁸⁰³ Art. 648 al.1 C.p.c.

⁸⁰⁴ Art. 648 al.2 C.p.c. Lorsqu'entreprise seule, elle se fait via une demande introductive d'instance.

⁸⁰⁵ Art. 648 al.2 C.p.c.

sur demande d'une partie, de sursoir à statuer sur la demande en annulation⁸⁰⁶. L'arbitre a ainsi le temps de corriger le ou les motifs d'annulation allégués⁸⁰⁷.

Les recours contre la décision intérimaire et la sentence arbitrale diffèrent sur plusieurs éléments. Tout d'abord, les motifs de contestation de la décision intérimaire sont beaucoup plus restreints. Comme nous l'avons vu, il s'agit essentiellement de la violation des règles de justice naturelle et l'excès de juridiction⁸⁰⁸. Pour les tribunaux judiciaires britanniques, le caractère intérimaire de la décision justifie ces limitations⁸⁰⁹. À l'inverse, les parties bénéficient de davantage de motifs d'annulation de la sentence arbitrale, ce qui se justifie vu son caractère final. Le législateur québécois a tout de même limité les motifs, ce qui assure sécurité et stabilité à la sentence arbitrale.

⁸⁰⁶ Art. 648 al.3 C.p.c.

⁸⁰⁷ Art. 648 al.3 C.p.c. Et ce, même si le délai pour « rectifier, compléter ou interpréter la sentence est expiré »

⁸⁰⁸ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 250, par.13.05.

⁸⁰⁹ *Id.*, par. 13.06

Chapitre III : Analyse comparative et perspectives d'importation

Nous abordons maintenant la comparaison comme telle. Rappelons que notre hypothèse est la suivante : le droit québécois peut recevoir le modèle britannique d'arbitrage intérimaire sans modifications substantielles de part et d'autre. Outre les modifications législatives pour l'instaurer et en détailler les modalités, le *Code de procédure civile* est une assise suffisante à sa mise en place, sa conduite et son exécution. Nous nous fondons essentiellement sur l'article 6 du *Code de procédure civile* qui se lit comme suit :

« Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent. »

Selon nous, l'arbitrage intérimaire s'inspirerait assurément de l'arbitrage conventionnel. Les règles de ce dernier pourraient donc s'appliquer à titre supplétif. Il s'agit de l'un des avantages du droit civil. Sa structure et son approche générale permettent de couvrir la plupart des situations particulières⁸¹⁰. Plus qu'un style de rédaction, cette approche civiliste permet au droit civil de s'appliquer avec fluidité aux nouveautés sans avoir besoin de l'intervention systématique du législateur ou des tribunaux. Nous présenterons d'abord les ressemblances et recouvrements que la description des mécanismes nous a permis de relever (A). Nous traiterons ensuite des distinctions entre les deux régimes. Cette comparaison nous permettra d'identifier les possibles vides juridiques en droit québécois (B). Les éléments retenus sont ceux dont l'étude est incontournable pour envisager toute possibilité d'importation. Les éléments secondaires, c'est-à-dire ceux ayant peu ou n'ayant pas d'incidence sur les possibilités d'importation, ne seront pas discutés. Les éléments de forme tombent pour la plupart dans cette catégorie.

⁸¹⁰ Raisonnement connu sous l'expression « syllogisme juridique ». Auteur et juge à la Cour d'appel du Québec, l'honorable Jean-Louis Baudoin résume avec justesse le « style civiliste », sa construction, son raisonnement. Voir Jean-Louis BAUDOIN, « L'art du droit civil », dans *Hommages à Gérard Cornu : droit et sagesse*, Dalloz, 2009 à la page 22.

Une fois cette comparaison effectuée, nous analyserons les perspectives d'importation, non seulement au regard des divergences de fond, mais également en termes d'environnement juridique, au-delà des textes législatifs eux-mêmes (C). Par exemple, l'absence d'une législation sur les paiements est-elle un obstacle ? Qu'en sera-t-il du recours en vertu de l'hypothèque légale de la construction ? Bref, la faisabilité de l'importation sera aussi étudiée à la lumière des particularités du droit québécois. D'ailleurs, le Projet pilote lancé par le gouvernement du Québec nous servira d'étude de cas. Malgré son cadre restreint aux contrats publics de construction, il s'agit du premier et seul résultat concret d'une réflexion portée par les autorités québécoises en la matière.

A) Éléments juridiques convergents ou équivalents

Dans cette section, nous présenterons les éléments qui, selon nous, sont les plus probants pour notre hypothèse de recherche. Nous estimons que les similitudes entre les deux procédures surpassent les différences, autant en termes de quantité que de qualité. Pour les raisons susmentionnées, l'accent sera cependant mis sur les éléments de fond.

1. La présence d'un tiers

La présence d'un tiers ressort régulièrement dans la doctrine comme élément caractéristique servant à départager les divers modes privés de règlement des différends. La présence ou non d'un tiers est sans conteste une importante similitude, car elle établit une séparation nette entre les modes qui présentent cette caractéristique et ceux qui en sont dépourvus. Les premiers, comme l'arbitrage, la médiation, l'expertise ou encore les comités de règlement des différends, sont ainsi aisément distingués des modes où les parties sont seules, comme la négociation directe. Évidemment, la simple présence d'un tiers ne permet pas de conclure à l'adéquation des procédures. Cependant, le rapprochement entre les deux processus aurait été limité en l'absence de cet élément commun. En effet, une part appréciable des dispositions dans chaque législation porte sur ce tiers, sa nomination, ses pouvoirs et ses devoirs ainsi que sur son immunité. Ajoutons que dans les deux cas, les parties peuvent choisir ce tiers.

2. Nature juridictionnelle de la procédure

La nature juridictionnelle du processus est un second élément essentiel partagé par l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel. Non seulement un tiers est présent, mais ce dernier a également le pouvoir de disposer du différend⁸¹¹. Cette caractéristique écarte donc les autres modes où un tiers est présent tels la facilitation⁸¹², la médiation⁸¹³, les comités de consultation⁸¹⁴ ou encore le partnering⁸¹⁵. Dans ces modes, le tiers n'a pas le pouvoir, le mandat ou l'autorité de trancher le différend. La nature juridictionnelle est donc un élément essentiel à la qualification d'arbitrage. Il est vrai que l'arbitre peut agir en tant qu'amiable compositeur⁸¹⁶, mais cette faculté ne retire en rien le caractère premier du processus, qui demeure juridictionnel. C'est une chose de trancher des différends, encore faut-il que les parties impliquées s'exécutent, ce qui nous amène à la troisième et dernière similitude de fond : l'effet contraignant du résultat.

3. Effet contraignant de la décision

Dernière caractéristique, mais non la moindre, l'effet contraignant de la décision ou de la sentence est central au concept d'arbitrage. Le but commun de ces modes est de rendre une décision, mais, surtout, une décision obligatoire pour les parties. En effet, il n'est pas ici question de recommandations.

L'obligation de se conformer au résultat est présente dans les deux procédures, bien que l'intervention des tribunaux judiciaires soit néanmoins nécessaire pour obtenir l'exécution forcée. Ici encore, la comparaison aurait été limitée, et moins pertinente selon nous, si l'un des

⁸¹¹ *Sport Maska c. Zittner*, préc., note 632, p. 599, 600 : « Il ne saurait cependant être question d'arbitrage si la détermination d'un élément du contrat ne résulte pas de la survenance d'un différend et de la volonté des parties de soumettre ce différend au pouvoir juridictionnel d'un arbitre ». (nos soulignements).

⁸¹² INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 3.

⁸¹³ Art. 605 à 619 C.p.c.

⁸¹⁴ INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 4. JOHN G. DAVIES, « Dispute Boards. Their Use in Canada », *Construction Law Reports: Alternatives to the Alternatives* 2010.

⁸¹⁵ INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 2. SHAMIL NAOUM, « An overview into the concept of partnering », (2003) 21 *International Journal of Project Management* 71-76, 71.

⁸¹⁶ Art. 620 C.p.c.

mécanismes ne prévoyait que des recommandations. Les similitudes présentées témoignent à ce stade de la compatibilité générale du modèle britannique d'arbitrage intérimaire avec le droit québécois. En revanche, cela ne signifie pas que l'arbitrage intérimaire constitue de l'arbitrage au sens du *Code de procédure civile* et qu'il serait considéré comme tel par les tribunaux judiciaires québécois.

Selon nous, le caractère final du résultat répondait à l'origine aux besoins des parties d'avoir une alternative viable aux tribunaux judiciaires qui, sauf exception, rendent des décisions finales. Aujourd'hui, les parties attendent plus de flexibilité de la justice, y compris de la justice privée. L'essor d'autres variantes de l'arbitrage intérimaire, comme l'arbitrage *fast-track*⁸¹⁷ ou l'arbitrage d'urgence⁸¹⁸, et ce particulièrement dans l'industrie de la construction⁸¹⁹, témoigne d'une demande pour des procédures encore plus rapides, voire expéditives, afin de trancher les différends, fût-ce sur une base intérimaire. Enfin, rien n'empêche le législateur de revisiter cette caractéristique historique de l'arbitrage.

⁸¹⁷ John W. HINCHEY, *Fast-Track International Construction Arbitrations, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers 2013*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, Fordham Law School annual conference, 2013, p. 227-257, p. 227. Voir par exemple les procédures fast-track de l'American Arbitration Association : <https://www.adr.org/sites/default/files/Construction%20Rules.pdf> (page consultée le 28 juillet 2019)

⁸¹⁸ Barbara Helene STEINDL, *The Emergency Arbitrator in International Construction Arbitration, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers 2013*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, Fordham Law School annual Conference, 2013, p. 258-298. Fabio G. SANTACROCE, « The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision? », (2015) 21 *Arbitration International* 283-312.

⁸¹⁹ J.W. HINCHEY, préc., note 817, p. 227.

B) Éléments juridiques divergents et possibles vides juridiques

Le lecteur a pu constater au long de ce travail que des différences importantes existent entre les deux institutions. Dans cette partie, les différences abordées seront celles qui, selon nous, pourraient constituer un obstacle à l'importation du modèle britannique d'arbitrage intérimaire dans le droit québécois actuel. Ces éléments ne sont pas forcément insurmontables, mais leur introduction nécessiterait assurément un effort d'arrimage. Nous aborderons également les éléments qui, sans être en opposition, semblent absents du droit québécois. Nous considérons ces éléments comme neutres puisqu'ils s'insèreraient aisément en droit québécois. Comme nous allons le voir, les distinctions majeures se concentrent sur les extrémités de la procédure, soit les conditions d'application et la décision. Ces éléments sont selon nous incontournables et le législateur québécois aura à pallier s'il souhaite incorporer l'essentiel du modèle britannique d'arbitrage intérimaire. Enfin, au centre, seule l'absence d'une demande d'arbitrage ressort du lot et sera abordée brièvement.

1. Conditions d'application et d'ouverture

Disons d'emblée que les divergences en matière de conditions d'application sont selon nous inéluctables lorsqu'une loi particulière est comparée à une loi générale. En effet, la loi spécifique aura tendance à délimiter et préciser son champ d'application, notamment par l'inclusion de définitions⁸²⁰. Il n'est donc pas surprenant que le *Code de procédure civile* ne prévoie aucune condition d'application particulière pour l'arbitrage conventionnel. L'établissement de conditions d'application et d'ouverture sera donc un passage obligé de tout exercice d'adaptation.

⁸²⁰ Cet objectif de précision n'est pas toujours atteint. Voir la sous-section 3 « Les définitions » dans P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113.

1.1 Conditions d'application

Outre les limites temporelles et territoriales sur lesquelles nous estimons inutile de revenir⁸²¹, l'existence d'un « contrat de construction » est la principale condition d'application de l'arbitrage intérimaire selon le modèle britannique. En effet, dès lors que le différend ne découle pas d'un contrat de construction, il n'existe aucun « droit » à l'arbitrage statutaire. Le législateur britannique a défini séparément les deux composantes du terme, soit le contrat d'une part et la construction d'autre part. Nous conserverons cette logique aux fins de comparaison avec le droit québécois.

a) Notion de contrat

L'article 104 HGRA précise le sens du terme « contrat » aux fins d'application de l'arbitrage intérimaire :

« **104.**—(1) In this Part a “construction contract” means an agreement with a person for any of the following—

- (a) the carrying out of construction operations;
- (b) arranging for the carrying out of construction operations by others, whether under sub-contract to him or otherwise;
- (c) providing his own labour, or the labour of others, for the carrying out of construction operations.

(2) References in this Part to a construction contract include an agreement—

- (a) to do architectural, design, or surveying work, or
- (b) to provide advice on building, engineering, interior or exterior decoration or on the laying-out of landscape, in relation to construction operations. [...] »

Nous distinguons trois composantes du contrat tel que décrit par l'article 104 HRGA. Pour être un contrat au sens de cet article, l'entente doit exister entre les personnes désignées et pour les services énumérés. À la lecture de cet article, le rapprochement avec le contrat d'entreprise au sens de l'article 2098 C.c.Q. se fait naturellement. L'objet du contrat de construction tel que

⁸²¹ Les principes de non-rétroactivité des lois et de territorialité s'appliquent au Québec. Il existe cependant des exceptions, comme en matière fiscale. P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT ET S. BEAULAC, préc., note 113, par. 474 et ss.

décrit par le législateur britannique s'insère assurément dans la notion de « contrat d'entreprise » en droit civil québécois :

« Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer. »

En droit québécois aussi, il doit y avoir un contrat conclu entre certaines catégories de personnes pour un ouvrage ou un service. Cette disposition est évidemment moins précise, les catégories étant beaucoup plus générales, mais nous rappelons que le *Code civil* est un texte général. Il faut donc tenir compte du contexte de l'ouvrage. En plus du régime général des obligations, du contrat et du contrat d'entreprise, nous rappelons que des dispositions spécifiques s'appliquent aux ouvrages et, enfin, aux ouvrages immobiliers⁸²². Si certains auteurs⁸²³ ont critiqué le *Code civil* pour son insuffisance en matière de grands chantiers, nous estimons que, pour les besoins d'une éventuelle législation sur l'arbitrage intérimaire, la notion de « contrat » en soi ne pose aucune difficulté. Il est possible qu'à l'image de son homologue britannique, le législateur québécois veuille limiter le champ d'application de l'arbitrage intérimaire. Il pourrait par exemple exclure certains secteurs d'activités⁸²⁴ ou encore certaines catégories de cocontractants⁸²⁵. Vu l'adoption du Projet pilote, il est évident que le législateur est ouvert à l'inclusion des contrats publics de construction.

⁸²² Nous y reviendrons au point suivant, mais le terme « construction » de l'article 104 HGRA doit être entendu comme « construction immobilière ».

⁸²³ Voir la thèse de doctorat de Me Marie-Hélène Dufour : « Le contrat d'entreprise de construction dans un contexte de grand chantier ». Sujet présenté lors de la conférence donnée par l'auteur dans le cadre des Conférences du cycle « Nouveaux chercheurs » de la Chair Jean-Louis Baudoïn de l'Université de Montréal, le 22 mars 2018.

⁸²⁴ Le législateur britannique a lui exclu plusieurs matières, voir l'article 105(2) HGRA. Ces exclusions pourraient se justifier par les enjeux que représentent certains ouvrages, notamment en termes de santé et sécurité du public. Vu les implications que ces ouvrages représentent pour le public, il est possible que le législateur estime que l'arbitrage intérimaire soit mal adapté, notamment en raison de son caractère expéditif.

⁸²⁵ Au Royaume-Uni, le contrat conclu avec un propriétaire-occupant ainsi que le contrat de travail sont exclus, respectivement les articles 106 et 104(3) HGRA.

b) Définition de « construction »

Nous avons vu que le *Code civil* prévoit quelques dispositions particulières aux contrats d'entreprise concernant des ouvrages immobiliers. Il s'agit de la première mention du terme « construction »⁸²⁶ dans le sens où nous l'entendons ici. Hormis qu'elles doivent se rapporter à un immeuble, les notions de « construction », d'« ouvrage » et de « travaux » ne sont pas davantage élaborées. Ces termes doivent donc recevoir leur sens courant⁸²⁷.

Encore une fois, le *Code civil* est, comme le *Code de procédure civile*, une loi à portée générale. On ne peut s'attendre à ce qu'elle définisse l'expression « construction » comme le font les lois particulières qui portent sur cette industrie. Ces dernières ne sont cependant pas sans pertinence lorsque vient le temps d'analyser le sens commun, même si la portée du terme peut avoir été réduite aux fins d'application de la loi. Nous pensons qu'il serait opportun pour le législateur de définir le terme ou, du moins, les travaux assujettis et, le cas échéant, les exclusions.

En conclusion, si des précisions étaient à notre sens opportunes quant à l'expression « contrat de construction », leur absence n'empêche pas l'introduction de l'arbitrage intérimaire statutaire. Nous estimons que, concernant cet élément précis, le droit actuel ne souffre d'aucune lacune empêchant l'introduction de l'arbitrage intérimaire dans le secteur de la construction.

⁸²⁶ Art. 2117 C.c.Q.

⁸²⁷ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 994 et ss. Les tribunaux ont interprété les termes de construction ou travaux de construction dans le contexte des articles 2118 et 2121 du Code civil. Ces derniers portent sur la responsabilité légale de l'entrepreneur, l'ingénieur ou l'architecte. Voir la décision *Deguisse c. Montminy*, 2014 QCCS 2672, où la Cour Supérieure interprète de façon large le terme « constructions » aux fins d'application de la garantie légale de l'article 2118 C.c.Q.

1.2 Conditions d'ouverture

Nous souhaitons aborder les deux conditions qui, selon nous, devraient être clarifiées par le législateur québécois. Il s'agit de la notion de différend et de sa nature.

a) La notion de différend

Le *Code de procédure civile* ne définit pas ce qu'est un différend. Il n'est pas question ici de l'objet du différend tel que prévu par la convention d'arbitrage, mais bien de l'existence même de celui-ci. En effet, à quel stade un simple désaccord devient-il un différend au sens du *Code de procédure civile*? Le législateur québécois est resté muet à ce sujet et nous n'avons trouvé aucune jurisprudence sur ce moment précis. Ce terme doit être interprété selon son sens courant⁸²⁸. L'existence d'un différend est notamment une question relevant de la juridiction de l'arbitre en vertu de son pouvoir de statuer sur sa propre compétence⁸²⁹.

Le législateur britannique l'a simplement défini comme toute différence⁸³⁰. Dans ce contexte, cette mention renvoie à la fois à l'objet du différend, qui peut donc être tout désaccord pourvu qu'il découle du contrat de construction, et à l'existence même du différend. En effet, le modèle britannique n'impose pas de critère qui permette de constater l'existence d'un différend. Saisis de la question, les tribunaux anglais ont développé le critère de « cristallisation du différend »⁸³¹ afin de pallier cette incertitude.

⁸²⁸ *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. Canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735. P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 995.

⁸²⁹ Art. 632 al.2 C.p.c.

⁸³⁰ Notre traduction de la phrase : « For this purpose “dispute” includes any difference. », contenue à l'article 108(1) HGRA.

⁸³¹ Voir la sous-section 1.2 de la section C), au Chapitre 1.

b) La nature du différend

Le législateur britannique a choisi de limiter l'arbitrage intérimaire statutaire aux différends *découlant*⁸³² du contrat de construction. Le caractère statutaire est donc limité aux différends contractuels. Il s'agit d'une limite importante puisque, comme nous l'avons vu, plusieurs autres participants peuvent être affectés par un arrêt des travaux. Les acteurs qui ne sont pas les cocontractants dans le cadre du contrat en question ne peuvent donc pas se prévaloir des dispositions de l'HGRA. Nous pensons entre autres aux sous-traitants et aux fournisseurs de matériaux. Autre conséquence, l'arbitrage intérimaire ne sera pas le forum adéquat pour les réclamations extracontractuelles⁸³³.

En somme, la notion de différend et la nature de celui-ci pourraient être affinées dans le cadre d'une législation spécifique sur l'arbitrage intérimaire des différends de la construction au Québec. Pour l'heure, le sens commun du terme « différend » n'est pas imprécis au point de causer des interférences ou des difficultés d'importation.

⁸³² Notre traduction de : « arising under the contract », à l'article 108(1) HGRA. C'est la lecture qui ressort de la jurisprudence et la doctrine.

⁸³³ Art.1457 C.c.Q. Par exemple, une poursuite pour atteinte à la réputation n'est pas de nature contractuelle et ne pourrait être soumis à un tel arbitrage. *Delisle c. Bélanger, Sauvé, Société en nom collectif*, 1997 CanLII 8459 (QC CS).

2. La demande d'arbitrage

Le déroulement de l'arbitrage constitue la phase qui, selon nous, présente le plus de similitudes. En effet, l'avis, la personne de l'arbitre et l'administration générale de la procédure se distinguent dans la forme et non sur le fond. Seul un élément se démarque par son absence dans notre droit : la demande d'arbitrage⁸³⁴. Le *Code de procédure civile* ne prévoit pas de document analogue intervenant à ce stade de la procédure, c'est-à-dire entre l'avis et le début de la procédure. Dans le régime britannique d'arbitrage intérimaire, cet élément est important en raison de son rôle, de son contenu et de ses conséquences juridiques pour la suite du processus.

Alors que l'avis décrit le différend de façon succincte, la demande d'arbitrage le fait de façon plus détaillée⁸³⁵. C'est l'occasion pour le demandeur de développer davantage sur l'objet du différend et sur ses arguments. Elle permet à l'arbitre d'évaluer sa capacité à présider l'arbitrage. La demande d'arbitrage permet également à la partie adverse d'évaluer sa position et ses chances de succès. Le demandeur doit envoyer la demande d'arbitrage aux parties concernées dans les sept jours qui suivent l'avis d'arbitrage⁸³⁶, sous peine de vicier irrémédiablement l'arbitrage⁸³⁷. La demande d'arbitrage marque également le début du délai de 28 jours⁸³⁸.

Cette mise en point est loin d'être superflue, vu le caractère expéditif du processus. En effet, le calendrier d'arbitrage intérimaire laisse peu de place aux ambiguïtés et approximations. En revanche, nous ne pensons pas que l'absence d'équivalent en droit québécois soit fatale. Le contenu de la demande d'arbitrage intérimaire pourrait être prévu à même l'avis d'arbitrage, qui serait donc plus précis et complet. Vu les délais, nous estimons que la simplicité devrait être privilégiée et un document plutôt que deux est une option.

⁸³⁴ Notre traduction de « referral notice », de l'article 7(1) SCC.

⁸³⁵ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 174, par. 10.05. art. 7(2) SCC.

⁸³⁶ Art. 108(2)(b) HGRA.

⁸³⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 175, par. 10.11.

⁸³⁸ Art. 19(1)(a) SCC.

3. La décision intérimaire

Nous arrivons ici au cœur de notre problématique. La différence substantielle entre le modèle britannique d'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel au Québec réside dans le caractère intérimaire de la décision et de ses effets juridiques dans le temps.

D'autres distinctions ont été notées, comme le fait de motiver ou non sa décision⁸³⁹ ou encore la différence de délais⁸⁴⁰. Cependant, ces modalités nous semblent secondaires et facilement modifiables. Nous nous concentrerons donc sur les distinctions dans la nature, les effets et l'exécution de la décision ou de la sentence.

3.1 Nature et effets juridiques

Nous l'avons vu, la décision intérimaire lie les parties à demeure en l'absence d'un procès, d'un arbitrage subséquent ou d'une entente entre elles⁸⁴¹. En revanche, la décision intérimaire n'est ni un jugement ni une sentence⁸⁴². Les principes de la chose jugée et de la litispendance ne s'appliquent que relativement aux autres arbitrages intérimaires, le cas échéant. Le juge du procès et l'arbitre siégeant sur le fond ne sont aucunement liés par la décision intérimaire⁸⁴³.

En droit québécois au contraire, la sentence arbitrale est définitive. La volonté du législateur d'assurer la stabilité de l'arbitrage est évidente. Les motifs d'annulation ou de refus d'homologation ont été volontairement restreints en nombre et la liste est exhaustive⁸⁴⁴. Nous retenons des dispositions pertinentes qu'à l'heure actuelle, le caractère final est nécessaire à la qualification d'arbitrage au sens du *Code de procédure civile*.

⁸³⁹ Obligatoire au Québec en vertu de l'article 642 al.1 C.p.c., mais sur demande au Royaume-Uni vertu de l'article art. 22 SCC.

⁸⁴⁰ L'arbitre québécois a 90 jours pour rendre sa sentence en vertu de l'article 642 al.3 C.p.c. alors que l'arbitre intérimaire britannique doit rendre sa décision dans un délai de 28 jours en vertu de l'article 19(1)a) SCC.

⁸⁴¹ Art. 23 SCC.

⁸⁴² J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 175, par. 10.06.

⁸⁴³ *Id.*, p. 304, par. 15.01.

⁸⁴⁴ Art. 646 al.1 C.p.c.

En l'état, l'arbitrage intérimaire ne pourrait donc pas être considéré comme de l'arbitrage au sens du droit civil québécois, et ce, en raison de l'absence de décision finale.

Cette apparente limitation à l'importation n'est pas une simple question de vocabulaire. En effet, au-delà de l'appellation qui sera retenue, c'est tout le régime juridique de l'arbitrage conventionnel qui ne pourra s'appliquer à titre supplétif, à moins que les parties l'aient prévu. Cette difficulté n'empêche pas l'importation du modèle britannique d'arbitrage intérimaire, mais ce dernier ne pourra être assimilé à de l'arbitrage. Vu la proximité des termes, le titre de la procédure pourrait être revu pour éviter toute confusion⁸⁴⁵.

3.2 Recours contre la décision ou la sentence : contestation et annulation

Dans les deux juridictions, l'appel formel est exclu⁸⁴⁶. En revanche, d'autres recours existent. La décision intérimaire peut être contestée et la sentence arbitrale annulée.

a) La contestation de la décision intérimaire

Nous avons vu qu'une décision intérimaire peut être contestée devant les tribunaux judiciaires au moment de l'exécution⁸⁴⁷. Vu l'objectif de la procédure et son caractère expéditif, les motifs de contestation ont été limités par la jurisprudence⁸⁴⁸. La partie qui conteste la décision doit le faire sur la base de sa nullité. Elle doit démontrer une violation des règles de justice naturelle ou des irrégularités en matière de juridiction⁸⁴⁹. Les erreurs de faits ou de droit ne donnent pas ouverture à une contestation⁸⁵⁰. Les tribunaux justifient

⁸⁴⁵ Contrairement au Royaume-Uni ou même à l'Ontario, le Québec ne dispose pas d'une loi particulière pour l'arbitrage. Ces juridictions peuvent respectivement compter sur la *Arbitration Act 1996*, c. 23 et la *Arbitration Act*, 1991, S.O. 1991, c. 17. Les procédures d'arbitrage et d'arbitrage intérimaire ayant chacun leur législation, les risques d'amalgames semblent s'en trouver limités. Il est clair que l'arbitrage intérimaire est en marge du régime applicable à l'arbitrage. Il s'agit peut-être de la raison pour laquelle la doctrine ne soulève aucune préoccupation quant à l'amalgame possible entre les deux régimes.

⁸⁴⁶ Art. 648 C.p.c. J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 317, par. 15.55.

⁸⁴⁷ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 249 et suivantes.

⁸⁴⁸ En effet, ni la HGRA ni le SCC ne prévoient de disposition sur la contestation de la décision intérimaire.

⁸⁴⁹ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 254., par. 13.19. Voir aussi la note 13 à la même page.

⁸⁵⁰ *Id.*, p. 250, par. 13.05.

cette intransigeance en rappelant aux parties que, la décision étant intérimaire, ces dernières ont la possibilité de revenir sur les éléments qui demeurent litigieux dans le cadre d'un procès, d'un arbitrage ou encore en parvenant à un règlement⁸⁵¹.

b) L'annulation de la sentence arbitrale

En droit québécois, les motifs de refus d'homologation et d'annulation de la sentence arbitrale sont légèrement moins restrictifs que les motifs de contestation de l'arbitrage intérimaire. Selon nous, cela s'explique par le caractère final de la sentence arbitrale québécoise. L'annulation est l'unique recours contre la sentence⁸⁵². De plus, les motifs y donnant droit sont limités et l'erreur de fait ou de droit n'en fait pas partie⁸⁵³. Une fois homologuée, il y a chose jugée⁸⁵⁴. Les parties ne peuvent donc plus revenir sur le contenu de la sentence devant un autre forum.

Dans l'éventualité où l'arbitrage intérimaire serait adopté, nous pensons que ces motifs devraient être revus à la lumière du but de la procédure et de sa nature expéditive. Si certains motifs conservent leur pertinence⁸⁵⁵, d'autres nous semblent superflus dans ce contexte. Par exemple, le deuxième paragraphe de l'article 646 du *Code de procédure civile* se lit comme suit : « la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec ». Cet article fut rédigé dans le contexte d'un arbitrage conventionnel. Or, la loi fait office de convention d'arbitrage dans les arbitrages statutaires. C'est elle qui prévoit notamment les différends assujettis, qui ne

⁸⁵¹ Art. 23 SCC. J. PICKAVANCE, « A Practical Guide to Construction Adjudication », préc., note 133, p. 250, par. 13.05.

⁸⁵² Art.648 al.1 C.p.c.

⁸⁵³ Les motifs d'annulation de l'article 646, applicable en raison de l'article 648 C.p.c., sont nommés et l'erreur de fait ou de droit n'en fait pas partie. Seules les erreurs qui entraînent l'un des motifs prévus peuvent justifier l'annulation « seules des erreurs emportant nullité, c'est-à-dire des erreurs portant sur des éléments de faits ou de droit qui sont constitutifs de juridiction ou des erreurs sur des question d'ordre public y compris les règles de justice naturelle doivent pouvoir être invoquées ». *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. Gazette (The), une division de Southam inc.*, 1999 CanLII 20697 (QC CA), par. 60, citant le Juge Gonthier.

⁸⁵⁴ *Girard c. Tremblay*, 2002 CanLII 29008 (QC CS), par.39.

⁸⁵⁵ Comme les paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 648 al.1 C.p.c. puisque ces articles traitent de règles de justice naturelle.

peuvent évidemment aller à l'encontre de l'article 2639 du *Code civil*, qui est d'ordre public. Quant au premier paragraphe de l'article 646 du *Code de procédure civile* traitant de la capacité pour conclure une convention d'arbitrage, nous estimons qu'il ferait double emploi avec les règles générales touchant la capacité des personnes. En effet, l'existence d'un contrat de construction sera sans doute l'une des conditions d'application d'une éventuelle législation sur l'arbitrage intérimaire. Or, l'existence même du contrat de construction suppose la capacité des cocontractants, sans quoi le contrat serait nul de nullité absolue⁸⁵⁶.

⁸⁵⁶ Art.1385 C.c.Q.

C) Perspectives d'importation et étude de cas

Dans cette section, nous analyserons les perspectives d'importation du modèle britannique d'arbitrage intérimaire à travers deux véhicules. Nous nous demanderons dans un premier temps si les mesures d'exception⁸⁵⁷ peuvent donner des résultats équivalents à ceux de l'arbitrage intérimaire. Nous pensons que cet article de droit nouveau démontre une relative ouverture à l'idée qu'un arbitre puisse rendre une décision temporaire. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur le mécanisme décrit dans Projet pilote. Ce dernier répond à de nombreuses problématiques, dont les retards de paiements et l'absence de modes rapides de résolution des différends pendant les travaux⁸⁵⁸. À ce jour, le Projet pilote est le texte législatif qui se rapproche le plus du modèle britannique d'arbitrage intérimaire au Québec. Il nous permet également de comparer le texte général qu'est le *Code de procédure civile* au potentiel d'un texte plus spécifique. Ce sera également l'occasion d'aborder l'impact du droit administratif puisque, rappelons-le, les arbitrages statutaires relèvent du droit administratif en droit québécois⁸⁵⁹. Enfin, nous nous interrogerons sur les relations que seraient appelés à entretenir l'arbitrage intérimaire et l'hypothèque légale de la construction.

⁸⁵⁷ Art. 638 à 641 C.p.c.

⁸⁵⁸ Voir le préambule de l'Arrêté.

⁸⁵⁹ *Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec c. Marquis*, préc., note 486.

1. Les mesures d'exception, véhicule possible de l'arbitrage intérimaire?

1.1 Définition et but des mesures d'exception

L'article 638 du *Code de procédure civile* permet aux arbitres d'ordonner des mesures d'exception⁸⁶⁰. Le Québec se conforme⁸⁶¹ ainsi à la *Loi Type*⁸⁶², tout en clarifiant la controverse jurisprudentielle quant au caractère implicite ou non de ce pouvoir. Cette modification répondait entre autres à l'un des griefs les plus fréquemment adressés à l'arbitrage, soit l'« absence de pouvoir injonctif »⁸⁶³. Les mesures d'exception regroupent les ordonnances provisionnelles ou de sauvegarde. Comme leur nom l'indique, ces mesures constituent l'exception. Elles ne devraient donc être prises que lorsque les circonstances le justifient, soit lorsqu'il s'agit de sauvegarder les droits des parties⁸⁶⁴. Parmi les mesures expressément prévues et sujettes à l'arbitrage, mentionnons les ordonnances de type injonctives⁸⁶⁵. En cas d'urgence, l'arbitre peut également rendre une ordonnance provisoire⁸⁶⁶.

⁸⁶⁰ Il y avait des incertitudes à cet égard, même si la Cour d'appel dans *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2012 QCCA 385, par. 49, 55, avait reconnu que ce pouvoir était implicite. « Les articles 638 et suivants reflètent donc les ajouts à la Loi type, mais ne changent pas l'état du droit au Québec puisque la Cour d'appel avait statué que le tribunal arbitral avait implicitement le pouvoir de prononcer de telles ordonnances ». Commentaire de Pierre J. Dalphond, tiré du livre Luc CHAMBERLAND, *Le Grand Collectif, Code de procédure civile, commentaires et annotations*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017., cité dans *Hachette Distribution Services (Canada) inc. c. 2295822 Canada inc.*, préc., note 748, par. 61.

⁸⁶¹ Claire CARRIER et Hubert REID, *Code de procédure civile du Québec, RLRQ, c. C-25.01 : Jurisprudence et Doctrine*, Collection Alter Ego, 35e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2019, art. 638 C.p.c., Section « Commentaires ».

⁸⁶² *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international*, préc., note 740.

⁸⁶³ On a longtemps reproché à l'arbitrage de ne pas permettre les ordonnances de nature injonctive.

⁸⁶⁴ Art. 638 C.p.c.

⁸⁶⁵ Injonction, saisies avant jugement et séquestres : « Les mesures provisionnelles sont décrites au livre VI du nouveau Code : injonction, saisie avant jugement et séquestre (art. 509 à 526). Pour des mesures de nature injonctive (exposant le contrevenant à l'outrage au tribunal), incluant une ordonnance Anton Piller (ordonnance de remettre un élément de preuve), une ordonnance Mareva (ordonnance empêchant que des actifs soient dispersés ou dissimulés) et une ordonnance Norwich (ordonnance de fournir certains renseignements), le seul tribunal compétent sera la Cour supérieure », dans *Hachette Distribution Services (Canada) inc. c. 2295822 Canada inc.*, préc., note 748, par. 61.

⁸⁶⁶ Art. 639 C.p.c.

1.2 Nature et effets juridiques

Compte tenu des adaptations nécessaires⁸⁶⁷, les mesures provisionnelles ou de sauvegarde en matière d'arbitrage ne diffèrent pas en sens, en portée ou dans leurs effets juridiques de celles prévues en matière judiciaire⁸⁶⁸. Selon nous, ces mesures ne sont pas le véhicule adéquat pour incorporer le modèle britannique d'arbitrage intérimaire.

Tout d'abord, les mesures d'exception ne remplissent pas la même fonction que les décisions intérimaires. Les mesures d'exception sont prises dans le but de sauvegarder les droits des parties en attendant l'étude sur le fond. Ces mesures ne sont pas destinées à disposer du différend, même sur une base intérimaire. Au contraire, on pourra reprocher à l'arbitre qui les utiliserait ainsi de s'être prononcé alors que le débat contradictoire n'est pas terminé. Les tribunaux ont d'ailleurs confirmé que ces mesures ne peuvent servir de véhicule aux ordonnances d'exécution⁸⁶⁹.

À l'inverse, le but des décisions intérimaires est précisément de *disposer du différend* sur une base intérimaire. Cette différence de fonctions se reflète dans leurs effets juridiques respectifs. Si les deux s'imposent aux parties⁸⁷⁰, les mesures provisionnelles ou de sauvegarde dans le contexte arbitral ne peuvent voir leurs effets juridiques se poursuivre après l'arbitrage. En effet, l'article 638 du *Code de procédure civile* prévoit que l'arbitre prend ces mesures « pour le temps et aux conditions qu'il détermine ». Il est implicite que ces mesures ont donc un terme. Si l'arbitre veut en perpétuer les effets, il devra inclure leur contenu dans la sentence arbitrale elle-même.

⁸⁶⁷ C. CARRIER et H. REID, préc., note 16, art. 639 C.p.c. En effet, le Titre I du livre VI s'intitule : « Mesures provisionnelles et de contrôle ». Il est évident que le pouvoir en contrôle judiciaire est réservé à la Cour supérieure. Art. 29, 535 C.p.c.

⁸⁶⁸ Essentiellement les articles 509 et suivants du *Code de procédure civile*.

⁸⁶⁹ *Hachette Distribution Services (Canada) inc. c. 2295822 Canada inc.*, préc., note 748, par. 77,78.

⁸⁷⁰ Art. 638, art. 108(3) HGRA et art.23 SCC.

Selon les auteurs, la possibilité nouvelle pour l'arbitre d'ordonner des mesures d'exception exclut l'injonction elle-même, qui demeure sous la compétence exclusive de la Cour supérieure⁸⁷¹. Nous partageons cette position et pensons que l'arbitre québécois peut maintenant prendre des « ordonnances de nature injonctives » sans pour autant pouvoir rendre d'injonction au sens des articles 33 et 509 du *Code de procédure civile*. En effet, rien n'indique que le législateur québécois ait voulu étendre le pouvoir d'ordonner des injonctions permanentes aux arbitres par l'introduction de l'article 638 du *Code de procédure civile*⁸⁷². Autre élément qui conforte notre position, l'injonction permanente est accordée par le juge siégeant sur le fond, et ce, à la suite d'un débat complet : « L'injonction finale s'accorde ou se refuse après l'instruction entière et finale du litige engagé entre les parties; le jugement qui l'accorde ou la refuse doit se fonder sur une reconnaissance finale et motivée des droits réels des parties tel que découlant de la Loi et tel qu'appuyé sur des faits dont la certitude découle d'une preuve complète et elle-même finale »⁸⁷³. Les exigences pour l'obtention de l'injonction permanente sont donc inconciliables avec les mesures d'exception prévues en matière d'arbitrage à ce stade de la procédure.

Ensuite, cette conclusion nous amène à la seconde difficulté que représente l'usage des mesures d'exception comme véhicule de l'arbitrage intérimaire : leur caractère interlocutoire⁸⁷⁴. Elles doivent donc être prises *dans le cadre d'un arbitrage* alors que l'arbitrage intérimaire est une procédure à part entière, autonome et distincte du procès ou de l'arbitrage final, le cas échéant. Une partie ne peut solliciter un arbitre qui n'a pas encore été nommé, dans une procédure arbitrale qui n'a pas encore été lancée. Contrairement aux

⁸⁷¹ Voir les commentaires de Pierre J. Dalphond dans L. CHAMBERLAND, préc., note 860.

⁸⁷² « Cet article est de droit nouveau. Il accorde à l'arbitre le pouvoir de prononcer des ordonnances qui ressemblent à l'injonction interlocutoire provisoire, comme il est prévu à l'article 510, mais avec des conditions différentes quant à ses modalités. (...) » Commentaires de la ministre de la justice, dans GILLES SIMART, *Manuel du notaire-médiateur*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 82-83.

⁸⁷³ *Pérusse c. Commissaires d'école de Saint-Léonard de Port Maurice* [1970] C.A. 324.

⁸⁷⁴ Après le Chapitre III « Déroulement de l'arbitrage » et le chapitre V « La sentence arbitrale ». La structure des titres et sous-titres est un élément pertinent à l'interprétation. Voir « Paragraphe 1 : Les rubriques », dans P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 241-245.

tribunaux judiciaires qui sont à la disposition des parties à tout moment et même avant l'envoi de la moindre mise en demeure, le tribunal arbitral n'est constitué que lorsque l'arbitrage est lancé par l'envoi de l'avis. En matière judiciaire, les parties n'ont donc pas à avoir formellement entamé une procédure judiciaire pour demander une injonction. La lecture de l'article 623 C.p.c. renforce cette interprétation. Cet article permet aux parties qui désirent obtenir des mesures provisionnelles ou de sauvegarde « avant ou pendant » l'arbitrage de s'en remettre aux tribunaux judiciaires. Nous nous demandons quelle serait l'utilité d'un tel article en plus des articles 638 et 639 C.p.c. Selon nous, il est évident que l'arbitre ne peut rendre certaines ordonnances de cette nature, telle l'injonction.

En somme, notre analyse de la nature des mesures d'exception en matière d'arbitrage ainsi que leurs effets juridiques les disqualifient en tant que véhicule procédural approprié pour l'arbitrage intérimaire.

2. Le Projet pilote

L'intérêt de ce sujet et la décision d'en traiter plus longuement s'expliquent en partie par l'actualité. Comme nous l'avons mentionné en introduction, plusieurs juridictions canadiennes s'intéressent à l'arbitrage intérimaire pour leur industrie de la construction⁸⁷⁵. Le Québec a fait un premier pas en ce sens en adoptant le *Projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés*⁸⁷⁶. Il s'agit de l'unique ébauche et seule tentative d'intégration d'un mécanisme ayant le même objectif que l'arbitrage intérimaire et qui en partage, selon nous, plusieurs caractéristiques essentielles.

Pour l'heure, le mécanisme s'intitule : « Règlement des différends par un intervenant-expert ». Deux sources nous permettent de rapprocher ce mécanisme de l'arbitrage intérimaire. L'une est législative et l'autre, judiciaire. D'une part, l'article 6 du *Code de procédure civile* permet d'appliquer le droit commun à titre supplétif⁸⁷⁷. Les parties qui s'inspirent de l'arbitrage et de la médiation peuvent donc bénéficier des dispositions régissant ces régimes. D'autre part, les tribunaux ont maintes fois rappelé que le titre d'un acte ou d'un document n'est pas le gage de son contenu et que l'interprète ne saurait s'y limiter⁸⁷⁸. La qualification découle de la nature du contenu et non du libellé retenu. Il sera

⁸⁷⁵ Le Québec a lancé un projet-pilote. L'Ontario l'a déjà adopté. Un rapport sur le sujet a été remis au gouvernement fédéral. La Saskatchewan étudie également l'opportunité d'un tel mécanisme. Le projet de loi intitulé *The Builder's Lien (Prompt Payment) Amendment Act, 2018* a reçu la sanction royale le 15 mai 2019 : <https://publications.saskatchewan.ca/#/products/402> (page consultée le 17 août 2019).

⁸⁷⁶ Arrêté numéro 2018-01 du président du Conseil du trésor en date du 3 juillet 2018, *Gazette officielle du Québec*, 18 juillet 2018, 150e année, n°29, p. 5063 (ci-après, l'« Arrêté »).

⁸⁷⁷ « Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent ». (nos soulignements). Cette tendance d'englober tout ce qui ressemble d'assez près à de l'arbitrage n'est pas unique au Québec. Plusieurs juridictions civilistes et de *common law* peuvent appliquer par analogie le régime de l'arbitrage : « Thus, both common law and civil law courts have held that a variety of alternative dispute resolution provisions not fitting comfortably into classic notions of arbitration nonetheless constitute arbitration agreements that are subject to the protections of national arbitration legislation. » Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 271. Nous pensons que cette tendance se déploie au nom de la sécurité des relations et transactions juridiques.

⁸⁷⁸ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 221.

pris en considération, mais les tribunaux ne sont pas liés par les termes choisis consciemment ou non par les parties. Rien n'indique que législateur soit privilégié à cet égard. Nous tenterons donc de qualifier le processus proposé.

Nous présenterons dans un premier temps le Projet pilote afin de mettre le lecteur en contexte. Nous soulignerons ensuite les éléments qui nous paraissent comme principaux. Par souci de concision et pour éviter la redondance, nous les comparerons et commenterons au fur et à mesure avec l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel. Enfin, nous présenterons une alternative aux modes jusqu'ici discutés.

2.1 Présentation

a) Mise en contexte

Le Projet pilote est une réponse⁸⁷⁹ aux préoccupations manifestées par les acteurs de l'industrie de la construction⁸⁸⁰, notamment au sujet de la problématique des retards de paiements. Le mécanisme est l'occasion de « tester deux éléments principaux, soit le calendrier de paiement obligatoire et un mode de règlement des différends plus rapide, avec le recours à un intervenant expert »⁸⁸¹. Concernant les paiements, le gouvernement met ainsi en place la quinzième recommandation de la Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction⁸⁸². Plusieurs acteurs sont fédérés pour la mise en œuvre du Projet pilote, dont l'Institut québécois de médiation et d'arbitrage (ci-

⁸⁷⁹

https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=502&L=2&cHash=f8eb7a69e990d72d4cd_b57201903db8d (page consultée le 3 août 2019). Voir également le préambule de l'Arrêté.

⁸⁸⁰ Notamment représentée par la Coalition contre les retards de paiement dans la construction :

⁸⁸¹ Description qu'en fait le Conseil du Trésor sur la page d'accueil du Projet pilote. <https://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/projet-pilote-visant-a-faciliter-les-paiements-dans-lindustrie-de-la-construction/> (page consultée le 3 août 2019).

⁸⁸² France CHARBONNEAU et Renaud LACHANCE, *Rapport final de la Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, p. 121.

après « IMAQ »)⁸⁸³ pour la portion portant sur le règlement des différends⁸⁸⁴. Les principaux organismes publics y participant sont le ministère des Transports du Québec ainsi que la Société québécoise des infrastructures⁸⁸⁵.

b) Structure du dispositif

Le Projet pilote présente donc deux portions distinctes. Les dispositions relatives au calendrier des paiements suivent les dispositions générales. Comme le modèle britannique d'arbitrage intérimaire, la procédure d'intervention par expert est assortie de règles sur les paiements. Les dispositions qui nous intéressent sont contenues à la section III. La procédure d'intervention par expert monopolise une part appréciable de l'Arrêté⁸⁸⁶. Enfin, le Projet pilote contient des dispositions concernant la reddition de compte⁸⁸⁷ et prévoit des sanctions pénales⁸⁸⁸. Trois annexes complètent le dispositif de l'Arrêté. Les modalités y sont plus détaillées.

c) Cadre juridique du Projet pilote

L'Arrêté instaurant le Projet pilote fut pris par le président du Conseil du trésor en vertu des articles 24.3 et 24.5 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*⁸⁸⁹. Le Projet pilote relève donc du droit administratif, comme sa loi habilitante. Cet élément n'empêche pas la comparaison, mais il doit être souligné afin de ne pas en fausser les conclusions du lecteur.

⁸⁸³ Robert VILLENEUVE, *Projet pilote contre les retards de paiement dans le domaine de la construction*, Direction générale des politiques de marchés publics et Secrétariat du Conseil du trésor, 2019. https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/faire_affaire_avec_etat/marches_publics/projet_pilote_retard_const_ruction.pdf (page consultée le 3 août 2019).

⁸⁸⁴ Voir le troisième « Considérant » du préambule de l'Arrêté.

⁸⁸⁵ [https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews\[tt_news\]=502](https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews[tt_news]=502) (page consultée le 3 août 2019).

⁸⁸⁶ Les articles 9 à 19 portent spécifiquement sur le calendrier des paiements alors que l'intervention par expert accapare 26 articles sur 51 que compte le décret.

⁸⁸⁷ Section IV de l'Arrêté

⁸⁸⁸ Section V de l'Arrêté.

⁸⁸⁹ RLRQ, c. C-65.1.

Les conséquences de cette qualification sont nombreuses. La plus importante selon nous est l'application du droit commun. En effet, en cas de silence ou d'insuffisance de l'Arrêté, la première source à consulter sera sa loi habilitante et non le droit commun, car les organismes administratifs sont d'abord régis par leurs lois constitutives⁸⁹⁰. Cependant, il est important de souligner que le droit administratif n'est pas en soi un régime juridique étanche et autosuffisant. En matière contractuelle, le droit commun demeure applicable aux organismes administratifs, « sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables »⁸⁹¹. Le droit commun s'applique également en matière extracontractuelle, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁸⁹².

De plus, il est légitime de se demander si les décisions de l'intervenant-expert seront soumises au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure du Québec :

« La Cour supérieure est investie d'un pouvoir général de contrôle judiciaire sur les tribunaux du Québec autres que la Cour d'appel, sur les organismes publics, sur les personnes morales de droit public ou de droit privé, les sociétés et les associations et les autres groupements sans personnalité juridique.

Ce pouvoir ne peut s'exercer dans les cas que la loi exclut ou qu'elle déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, personnes, organismes ou groupements, sauf s'il y a défaut ou excès de compétence.

La cour est saisie au moyen d'un pourvoi en contrôle judiciaire. »⁸⁹³

Aucune disposition de la *Loi sur les organismes publics* ne la soustrait à cette compétence de la Cour supérieure. Nonobstant la nature judiciaire ou administrative de la décision de l'intervenant-expert (à laquelle nous reviendrons), nous pensons que celle-ci sera soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure en raison du caractère statutaire du mécanisme lui-même. En effet :

⁸⁹⁰ Art. 301 C.c.Q.

⁸⁹¹ Art. 1376 C.c.Q. »

⁸⁹² [1992] 2 RCS 554, (résumé). Cet arrêt retient la responsabilité d'Hydro-Québec pour avoir manqué à son obligation de renseignement.

⁸⁹³ Art. 34 C.p.c.

« Une première remarque s'impose. Il existe au Québec deux mécanismes non judiciaires d'adjudication des différends : la soumission à un tiers découlant de la volonté des parties reflétée généralement dans une clause compromissoire (art. 2638 C.c.Q.) et l'assujettissement imposé par la loi à l'autorité exclusive d'un tiers. On peut ainsi être en présence soit d'un tribunal arbitral conventionnel, soit d'un tribunal statutaire. Le premier tient du droit privé, le deuxième du droit administratif, d'où des recours différents devant les cours de justice. Il n'existe cependant pas un mécanisme hybride, tenant à la fois de l'un et de l'autre, qui serait complexe d'application et conceptuellement difficile à expliquer, comme celui que propose le Conseil. »⁸⁹⁴

L'adjectif « statutaire » signifie découler d'une loi⁸⁹⁵, d'où l'utilisation de l'expression *statutory adjudication*, traduite par « arbitrage intérimaire » au Canada⁸⁹⁶. Les arbitrages statutaires au Québec sont soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure⁸⁹⁷.

2.2 Détails du dispositif

a) Conditions d'application et d'ouverture

Le premier article de l'Arrêté se lit comme suit :

« Est autorisée la mise en œuvre d'un premier projet pilote visant à expérimenter diverses mesures destinées à faciliter le paiement aux entreprises parties aux contrats publics de travaux de construction que détermine le Conseil du trésor en application du cinquième alinéa de l'article 24.3 de la Loi sur les contrats des organismes publics (chapitre C-65.1) ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés directement ou indirectement et à définir des normes applicables en cette matière. » (nos soulignements)

⁸⁹⁴ *Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec c. Marquis*, préc., note 486.

⁸⁹⁵ *Id.*

⁸⁹⁶ C'est du moins la traduction qu'à retenue l'Ontario dans la version française de la *Loi sur la construction*, préc., note 1.

⁸⁹⁷ C'est le cas de l'arbitrage de grief conduit en vertu du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27., ou encore de l'arbitrage sous l'égide du *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, B-1.1, r. 8. Ce règlement fut pris en vertu de la *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1. Vu le caractère intérimaire de l'avis, ces préoccupations demeureront probablement théoriques. En effet, même si les avis étaient soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure, nous voyons mal les cas de figure où l'intervention de cette dernière aurait un sens, le décideur sur le fond n'étant aucunement lié par l'avis en vertu de l'article 42 de l'Arrêté. Il en irait autrement si l'avis était définitif.

L'article 20 porte quant à lui spécifiquement sur l'intervention par expert :

« Peut être soumis à un intervenant-expert, tout différend n'ayant pu se régler à l'amiable qui découle de l'exécution d'un contrat public soumis au présent projet pilote ou de l'exécution d'un sous-contrat public lié directement ou indirectement à ce contrat dans la mesure où ce différend est susceptible d'avoir une incidence sur le paiement de la totalité ou d'une partie d'un tel contrat ou sous-contrat.

Aux fins du présent arrêté, un différend est réputé avoir une telle incidence lorsqu'il concerne :

- a) une demande de paiement présentée selon les dispositions du contrat ou du présent arrêté;
- b) la valeur d'une modification au contrat;
- c) une retenue ou sa libération;
- d) l'évaluation du coût des travaux, y compris la valeur des biens et des services fournis. » (nos soulignements)

Il ressort de ce premier article que les conditions d'application de l'arrêté sont minimalement au nombre de cinq : il faut être une entreprise (1), une partie (2) à un contrat public de travaux de construction ou à un sous-contrat public qui y est lié directement ou indirectement (3.) L'article 20 ajoute deux conditions supplémentaires : le différend doit découler de l'exécution du contrat ou sous-contrat public de travaux de construction (4) et avoir une incidence sur le paiement (5). Hormis la dernière condition, les conditions d'application de l'intervention par expert sont similaires aux conditions d'application de l'arbitrage intérimaire.

Personnes visées : les entreprises

L'arrêté ne définit pas ce qu'est une « entreprise ». Nous nous rabattons donc sur la *Loi sur les contrats des organismes publics*. Cette dernière s'applique à toutes les formes d'entreprises prévues par le *Code civil*, à savoir la personne morale de droit privé ou société par actions⁸⁹⁸, la société en nom collectif, en commandite ou en

⁸⁹⁸ Art. 2088 al.2 C.c.Q.

participation⁸⁹⁹. L'entreprise individuelle⁹⁰⁰ fait également partie des cocontractants possibles⁹⁰¹. Le contrat ou sous-contrat de construction au sens de l'Arrêté ne peut donc qu'être un contrat d'entreprise ou de service⁹⁰² au sens du *Code civil*, ce qui exclut le contrat de travail. Quant au contrat de construction résidentielle, ce dernier est inconciliable avec la nature administrative du Projet pilote. Un particulier ne peut être un cocontractant d'un contrat ou sous-contrat public de construction.

Même si le législateur britannique n'a pas prévu de disposition équivalente, sa loi a également pour effet d'exclure les cocontractants qui ne seraient pas des entreprises ou entreprises individuelles. En effet, nous avons vu que le propriétaire-occupant⁹⁰³ et le travailleur⁹⁰⁴ sont exclus.

Être une partie

Seules les parties peuvent déclencher la procédure d'intervention par expert. Nous concluons que les tiers, par exemple les cautions, les assureurs et les créanciers des parties, ne peuvent donc s'en prévaloir. Ici encore, cette condition d'application et d'ouverture de l'arbitrage intérimaire est remplie⁹⁰⁵.

Contrat ou sous-contrat publics de construction

Le contrat duquel découle le différend doit être un contrat ou sous-contrat public de construction. L'article 3 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* énonce quels sont les contrats soumis à son application. Il s'agit de ceux comportant une « dépense publique »⁹⁰⁶. Parmi eux, les contrats de construction sont prévus au

⁸⁹⁹ Art. 2088 al.1 C.c.Q.

⁹⁰⁰ Art. 1525 al.3 C.c.Q.

⁹⁰¹ Art. 1 al.1 *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 568.

⁹⁰² Art. 2098 C.c.Q. et suivants.

⁹⁰³ Art.106(1)(a) HGRA.

⁹⁰⁴ Art. 104(3) HGRA.

⁹⁰⁵ Art. 108(1) HGRA. Art. 1 de l'Arrêté.

⁹⁰⁶ Art. 3 al.1 *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 568.

deuxième paragraphe du même article. Ils sont définis comme étant ceux visés par la *Loi sur le bâtiment* et « pour lesquels le contractant doit être titulaire de la licence requise en vertu du chapitre IV de cette loi ». La *Loi sur le bâtiment* ne définit pas ce qu'est un contrat ou sous-contrat de construction. En revanche, elle définit ce que sont des travaux de construction⁹⁰⁷ et ce qu'est un contrat public pour fins d'application⁹⁰⁸. C'est l'article 9 de cette loi qui prévoit ce que sont des travaux de construction⁹⁰⁹. Des allers-retours entre ces différents textes législatifs sont donc nécessaires.

Quant au sens à donner au terme « contrat », nous concluons que ce dernier doit recevoir son sens commun en l'absence de précision à cet égard⁹¹⁰. Il faut cependant souligner que les conditions de formation du contrat ou sous-contrat public de construction et, plus particulièrement, la notion de consentement, doivent être interprétées à la lumière des règles particulières applicables au mode d'adjudication de ces contrats, soit généralement l'appel d'offres⁹¹¹. À ce sujet, nous invitons le lecteur à consulter l'arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*⁹¹². Dans cette décision, la Cour suprême développe la théorie des contrats « A » et contrats « B ».

De plus, tous les contrats publics ne sont pas visés par l'Arrêté, mais bien ceux déterminés par le Conseil du trésor⁹¹³. À l'heure actuelle, aucun document ne prévoit les contrats concernés. Le communiqué de presse⁹¹⁴ diffusé par le Conseil du trésor

⁹⁰⁷ Art. 9 *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1 : « Pour l'application de la présente loi, sont assimilés à des travaux de construction les travaux de fondation, d'érection, de rénovation, de réparation, d'entretien, de modification ou de démolition. »

⁹⁰⁸ Art. 65.4 *Loi sur le bâtiment*, préc., note 907.

⁹⁰⁹ « Pour l'application de la présente loi, sont assimilés à des travaux de construction les travaux de fondation, d'érection, de rénovation, de réparation, d'entretien, de modification ou de démolition ».

⁹¹⁰ Art. 1378 C.c.Q.

⁹¹¹ Voir le chapitre II de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 568, intitulée : « Adjudication et attribution des contrats ».

⁹¹² [1999] 1 R.C.S. 619.

⁹¹³ Art. 1 de l'Arrêté.

⁹¹⁴ [https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews\[tt_news\]=502](https://www.tresor.gouv.qc.ca/nouvelles/?tx_ttnews[tt_news]=502) (page consultée le 10 août 2019).

mentionne que les organismes qui participent au Projet pilote sont le Ministère des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports et la Société québécoise des infrastructures. Lorsqu'un contrat sera soumis au Projet pilote, l'avis d'appel d'offres devra contenir une mention à cet effet⁹¹⁵.

En terminant, nous pensons que l'expression « liés directement ou indirectement » devra être définie. Ce terme figure également dans la *Loi sur le bâtiment* aux fins de définition d'un contrat ou sous-contrat public de construction⁹¹⁶. Nous n'avons pu trouver de jurisprudence établissant le degré de connexion nécessaire pour qu'un contrat soit considéré « indirectement lié ». L'éclatement de la définition de contrat de construction dans divers textes de loi⁹¹⁷ n'empêche pas son interprétation qui, compte tenu du contexte administratif, rejoint globalement la définition britannique.

Différend de nature contractuelle

L'article 20 de l'Arrêté dispose que le différend doit découler de l'exécution du contrat ou sous-contrat public de construction. Nous comprenons donc que la réclamation doit être de nature contractuelle, c'est-à-dire découler de la non-exécution ou mauvaise exécution d'une des obligations, explicites et implicites⁹¹⁸, du contrat. Ici encore, les deux dispositifs se rejoignent.

Incidence sur le paiement

En plus de découler du contrat ou sous-contrat de construction, l'article 20 de l'arrêté prévoit que le différend doit être « susceptible d'avoir une incidence sur le paiement de la totalité ou d'une partie d'un tel contrat ou sous-contrat ». L'arrêté

⁹¹⁵ Art. 2 de l'Arrêté.

⁹¹⁶ Art. 65.4 al.1 *Loi sur le bâtiment*, préc., note 908.

⁹¹⁷ Dans le Code civil, dans la *Loi sur le bâtiment* et, pour les contrats publics de construction, dans la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

⁹¹⁸ Art.1434 C.c.Q.

prévoit également des cas de figure où ce critère est réputé rencontré⁹¹⁹. L'Arrêté se distingue donc de la loi britannique, où le différend est compris comme « toute différence »⁹²⁰, sans limitation autre que la nature contractuelle.

En ce qui concerne le *Code de procédure civile*, la portée et fonction générale de cette loi font qu'il n'y a pas, à proprement dit, de conditions d'application. Les règles portant sur l'arbitrage s'appliqueront à titre supplétif dans la mesure où la procédure prévue par les parties se qualifie effectivement comme de l'arbitrage. Les tribunaux ont établi que cela suppose minimalement un compromis et l'existence d'un différend⁹²¹. Le compromis n'a pas à être une clause compromissoire parfaite et elle peut porter sur un différend futur⁹²².

b) Le Décideur

Le décideur est appelé « intervenant-expert »⁹²³. Nous reviendrons sur ce choix de vocabulaire.

Personne, devoirs et responsabilité

L'intervention est une charge personnelle⁹²⁴, l'intervenant-expert ne peut donc qu'être une personne physique. Il se doit d'être neutre, impartial⁹²⁵ et éviter tout conflit

⁹¹⁹ Art. 20 al.2 de l'Arrêté.

⁹²⁰ Art. 108(1) al.2 HGRA.

⁹²¹ *Sport Maska c. Zittner*, préc., note 632, p. 599. De plus, un différend doit exister au moment de la procédure, l'arbitrage qui en serait privé serait en tout logique considéré comme sans objet.

⁹²² *Sport Maska c. Zittner*, préc., note 632, dans le résumé : « Pour qu'un tiers puisse être qualifié d'arbitre, il est essentiel de retrouver dans la convention des parties les éléments d'un compromis, que ce compromis résulte ou non d'une clause compromissoire. Un compromis nécessite l'existence d'un différend et un engagement des parties de soumettre ce différend à un tiers ».

⁹²³ Art. 1 de l'Annexe 1 de l'Arrêté : « Le demandeur et le cocontractant, ci-après « les Parties », retiennent les services professionnels de l'Intervenant-expert pour rendre un avis sur le différend qui lui est soumis ».

⁹²⁴ Art. 3 de l'Annexe 1 de l'Arrêté.

⁹²⁵ Art. 3 de l'Annexe 1 de l'Arrêté.

d'intérêts⁹²⁶. Il est également tenu de conserver la confidentialité du processus⁹²⁷. Il n'engage aucune responsabilité, si ce n'est qu'en cas de faute lourde ou intentionnelle⁹²⁸. Les obligations et devoirs de l'intervenant-expert se confondent avec ceux de l'arbitre intérimaire⁹²⁹ et l'arbitre conventionnel⁹³⁰. Nous y voyons une similarité dans le rôle et la nature juridictionnelle des procédures.

Sélection et retrait

L'intervenant-expert doit être sélectionné à même le répertoire de l'IMAQ constitué à cet effet⁹³¹. Ce dernier compte actuellement quatorze noms. Les professionnels sont tous juristes, ingénieurs ou architectes. L'IMAQ n'a pas publié ou autrement rendu public les qualifications requises pour être intégrées à la liste. Les fonctions de l'IMAQ se rapprochent de celles que remplissent les autorités de nomination au Royaume-Uni⁹³², soit essentiellement des services liés à la nomination du décideur.

La demande d'intervention soumise par le demandeur doit comporter le nom de trois intervenants-experts disponibles et inscrits audit répertoire⁹³³. Le cocontractant dispose de cinq jours à compter de la réception de la demande d'intervention pour choisir parmi les noms soumis⁹³⁴. S'il néglige de le faire ou de solliciter l'IMAQ à cette fin dans les délais, le demandeur doit s'adresser lui-même à l'IMAQ afin qu'il désigne un

⁹²⁶ Art. 4 de l'Annexe 1 de l'Arrêté.

⁹²⁷ Art. 40 et 41 de l'Arrêté.

⁹²⁸ Art.9 de l'Annexe 1 de l'Arrêté.

⁹²⁹ Art. 12 et 26 SCC.

⁹³⁰ Art. 621 C.p.c.

⁹³¹ <http://imaq.org/projet-pilote-visant-a-faciliter-les-paiements-dans-lindustrie-de-la-construction/#liste> (page consultée le 10 août 2019). L'IMAQ peut en désigner un intervenant-expert hors de la liste sur demande des parties en vertu de l'article 25 al.1 de l'Arrêté.

⁹³² Art. 2(3) SCC.

⁹³³ Art. 21(f) de l'Arrêté.

⁹³⁴ Art. 25 al.1 de l'Arrêté. Si aucun nom ne lui convient, il peut demander à l'IMAQ d'en désigner un. Il doit cependant le faire dans le même délai.

intervenant-expert⁹³⁵. L'IMAQ dispose à son tour du même délai pour s'exécuter⁹³⁶. La procédure à suivre pour renommer un expert lorsque celui-ci ne peut poursuivre son mandat est similaire, quoique dans des délais plus courts⁹³⁷. Ici encore, les différences entre l'intervention par expert, l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel relèvent surtout de la forme. Dans les trois cas, les parties peuvent choisir leur décideur d'un commun accord⁹³⁸.

c) Déroulement

La procédure est enclenchée par la demande d'intervention⁹³⁹. L'arrêté prévoit les éléments qu'elle doit contenir, dont une description du différend et les motifs au soutien de la demande⁹⁴⁰. Il semble que les auteurs de l'Arrêté aient combiné l'avis d'arbitrage et la demande d'arbitrage présents dans la législation britannique. En effet, la demande d'arbitrage du Projet pilote semble plus complète que le simple avis d'arbitrage intérimaire.

Une fois l'intervenant-expert nommé, les parties doivent lui remettre tous les documents au soutien de leur position⁹⁴¹. Chaque partie ainsi que l'intervenant-expert devront posséder une copie des échanges subséquents⁹⁴². L'article 29 de l'Arrêté prévoit que « l'intervenant-expert procède à l'intervention de la façon qu'il détermine. Celle-ci peut notamment s'effectuer par écrit, par conférence téléphonique, en personne ou en recourant à plusieurs de ces modes ».

⁹³⁵ Art. 25 al.2 de l'Arrêté.

⁹³⁶ Art. 25 al.3 de l'Arrêté.

⁹³⁷ Art. 26 de l'Arrêté. Voir également l'article 5 de l'Annexe 1 de l'Arrêté portant sur le désistement de l'intervenant-expert.

⁹³⁸ Art. 624 C.p.c., art.2 SCC.

⁹³⁹ Art. 21 de l'Arrêté.

⁹⁴⁰ Art. 21 (c) et (e) de l'Arrêté.

⁹⁴¹ Art. 28 al.1 de l'Arrêté.

⁹⁴² Art. 28 al.1 de l'Arrêté.

Sans autre cadre de référence, cet article ne nous permet pas de nous faire une idée de comment pourrait se dérouler une telle intervention. Y a-t-il un débat contradictoire? Au-delà de la communication de documents, s'attend-on des parties qu'elles fassent une démonstration quelconque ? Le texte semble mettre davantage d'accent sur le rôle du décideur, plutôt inquisitoire, que sur les rôles des parties. Ces dernières nous semblent plus passives qu'en arbitrage ou que lors d'un procès judiciaire. Elles attendent l'avis de l'expert et, à sa demande, lui remettent les informations et documents pertinents⁹⁴³. Il est tout de même possible d'avoir une intervention en personne à laquelle les parties doivent se présenter⁹⁴⁴. Elles peuvent être conseillées, mais les tiers qui les accompagnent ne peuvent les représenter⁹⁴⁵.

En raison du flou procédural, il nous est difficile de dire si l'intervention par expert rejoint l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel sur ce point. La première donne une grande latitude au décideur alors que le second la concentre sur les parties⁹⁴⁶. Néanmoins, le modèle d'arbitrage intérimaire britannique se rapproche davantage de l'arbitrage conventionnel et du procès judiciaire. Il ressort de la HGRA et du SCC que l'arbitre intérimaire se prononce sur les éléments soumis par les parties⁹⁴⁷, qui peuvent d'ailleurs être représentées par leur procureur⁹⁴⁸.

d) Avis de l'intervenant-expert et recours subséquents

L'intervenant-expert doit rendre son avis dans les trente jours de la réception des documents⁹⁴⁹. Une seule prolongation semble être permise et elle ne peut dépasser quinze jours⁹⁵⁰.

⁹⁴³ Art. 30 de l'Arrêté.

⁹⁴⁴ Art. 31 de l'Arrêté.

⁹⁴⁵ Art. 32 de l'Arrêté.

⁹⁴⁶ En effet, elles peuvent choisir elles-mêmes leur procédure. Ce n'est qu'en cas de non-respect des minimums prévus par la HGRA que le SCC remplacera ce que les parties ont prévu.

⁹⁴⁷ Art.17 SCC.

⁹⁴⁸ Art.16 SCC.

⁹⁴⁹ Art. 28 al.2 de l'Arrêté.

⁹⁵⁰ Art. 28 al.2 de l'Arrêté.

L'intervenant-expert doit motiver et signer son avis, qui doit donc prendre la forme d'un écrit⁹⁵¹. L'avis est transmis aux parties dans les meilleurs délais et doit respecter la loi et le contrat⁹⁵². L'avis lie les parties et est exécutoire dès la réception qu'en font les parties⁹⁵³. Notamment, les parties doivent s'exécuter dans les délais prescrits⁹⁵⁴. Fait intéressant, les paiements faits en vertu de l'avis le sont sous protêt⁹⁵⁵. Cela confirme une fois de plus le caractère intérimaire du résultat et la volonté de conserver tous les droits des parties dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale subséquente. Il faut souligner que l'intervention par expert n'est disponible que pendant l'exécution du contrat⁹⁵⁶. En revanche, rien n'empêche les parties de saisir un tribunal, judiciaire ou privé, lorsqu'un avis aura été rendu, et ce, avant la fin des travaux⁹⁵⁷. Il en est de même pour la publication de l'avis d'hypothèque légale de la construction⁹⁵⁸. Le résultat de la procédure lie donc les parties dans toutes les procédures⁹⁵⁹.

⁹⁵¹ Art. 36 de l'Arrêté.

⁹⁵² C'est ce que nous comprenons du passage : « Cet avis doit s'inscrire à l'intérieur du cadre juridique et contractuel applicable » à l'article 36 de l'Arrêté.

⁹⁵³ Art. 37 al.1 de l'Arrêté.

⁹⁵⁴ Art. 37 al.2 de l'Arrêté.

⁹⁵⁵ Art. 38 de l'Arrêté.

⁹⁵⁶ Art. 23 de l'Arrêté.

⁹⁵⁷ En effet, l'article 5 de l'Arrêté interdit seulement de saisir les tribunaux judiciaire ou l'arbitre privé pour un différend qui n'aurait pas encore fait l'objet d'un avis d'un intervenant-expert.

⁹⁵⁸ Art. 6 de l'Arrêté.

⁹⁵⁹ Art. 642 al.1 C.p.c., art. 23 SCC.

2.3 Comparaison avec l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel

Cette comparaison tripartite vise à situer le dispositif décrit dans le Projet pilote face à l'arbitrage intérimaire et l'arbitrage conventionnel. Nous avons retenu aux fins de comparaison les concordances et divergences qui, selon nous, sont au cœur du dispositif et donc à même d'en déterminer la nature et le rattachement principal. Les trois mécanismes présentant à la fois des similitudes et des distinctions. Nous avons choisi d'aborder celles qui, selon nous, sont les plus probantes.

a) Similitudes

En plus de ne pas interrompre⁹⁶⁰ les travaux et d'être confidentielle⁹⁶¹, l'intervention par expert du Projet pilote rejoint l'arbitrage intérimaire ou l'arbitrage conventionnel sur deux principaux éléments : le décideur et le caractère contraignant du résultat.

Le décideur

L'arbitre intérimaire et l'arbitre se rapprochent selon nous de l'intervenant-expert. Il s'agit dans tous les cas d'une personne physique appelée à trancher un différend. Ils ont tous un devoir d'impartialité ou de neutralité⁹⁶². Sauf exception⁹⁶³, aucun ne verra sa responsabilité engagée en raison d'une erreur ou d'une faute dans l'exécution de ses fonctions. De plus, aucun texte n'impose des qualifications précises et les processus de nomination diffèrent quelque peu sur la forme, mais non sur le fond. Dans les deux cas, elle repose sur l'accord des parties. En cas de difficulté, elles peuvent compter sur d'autres intervenants⁹⁶⁴ et, ultimement, les tribunaux judiciaires.

⁹⁶⁰ Art. 34 de l'arrêté.

⁹⁶¹ Art. 40 de l'arrêté.

⁹⁶² Art. 3, 626 C.p.c. pour l'arbitre conventionnel, art. 12(a) SCC pour l'arbitre intérimaire et art. 4 de l'Annexe 1 de l'Arrêté pour l'intervenant-expert.

⁹⁶³ Pour l'arbitre et l'intervenant-expert, ils bénéficient d'un régime identique, seule la faute intentionnelle ou lourde peut emporter leur responsabilité. Art. 108(4) HGRA et 26 CC pour l'arbitre intérimaire, art. 621 C.p.c. pour l'arbitre conventionnel et art. 9 de l'Annexe 1 de l'Arrêté pour l'intervenant expert.

⁹⁶⁴ Les autorités de nomination ou l'IMAQ, selon le cas.

Dans la nature juridictionnelle du processus

Il s'agit peut-être de la similitude la plus pertinente. Les trois procédures visent à disposer du différend, que ce soit à demeure ou sur une base intérimaire. Le résultat, qu'il s'agisse de l'avis, de la décision intérimaire ou de la sentence arbitrale, lie les parties. Ces dernières doivent s'y conformer et elles n'ont que peu d'options pour s'y soustraire. En effet, même lorsque la décision est intérimaire, les parties devront généralement s'exécuter dans l'immédiat et en débattre ensuite, devant un tribunal judiciaire ou dans le cadre d'un arbitrage final. La détermination par expert de distinguer donc nettement des autres modes de prévention et règlement des différends où le tiers n'a pas le mandat de trancher le différend, comme la médiation.

b) Distinction

Nous considérons la plupart des distinctions comme des différences de forme, sans réelle conséquence sur la nature du dispositif. En revanche, un élément nous laisse perplexe et freine toute conclusion d'équivalence. Il nous est difficile de confirmer que l'intervention d'expert et de l'arbitrage intérimaire sont équivalents en termes de procédure.

Concernant le texte lui-même, l'intervention par expert semble plus inquisitoire que contradictoire. Rien n'indique que l'avis rendu par l'intervenant-expert doit reposer sur les résultats du débat contradictoire, soit la confrontation des éléments mis en preuve par les parties. La rédaction de l'article 28 al.2 de l'Arrêté suggère que l'intervenant-expert peut rendre son avis uniquement sur les documents communiqués par les parties : « Une fois les documents et renseignements reçus, l'intervenant-expert dispose d'une période de 30 jours pour donner son avis ». À la première lecture, le dispositif semble occulter cette phase présente de débat. L'article 29 de l'Arrêté ne donne guère plus de précisions en la matière et invite l'intervenant-expert à procéder « à l'intervention de la façon qu'il détermine ».

Quant au contexte, la foire aux questions⁹⁶⁵ du Projet pilote et le document de présentation du Conseil du trésor⁹⁶⁶ entretiennent l'incertitude. Sans avoir le poids d'un instrument législatif, ces documents demeurent pertinents pour l'analyse de l'intention du législateur, car ils font partie du contexte de mise en place du Projet pilote⁹⁶⁷. Or, non seulement ces documents ne précisent pas le déroulement de l'intervention, mais la foire aux questions réfute toute association avec l'arbitrage⁹⁶⁸.

En quoi ce *modus operandi* se distingue-t-il d'un arbitrage rendu sur documents par exemple⁹⁶⁹? Contrairement au *Code de procédure civile*, l'arrêté du Projet pilote ne précise pas que l'intervenant-expert doit veiller au respect du principe de contradiction⁹⁷⁰.

En plus du manque de détails quant au déroulement possible d'une intervention et du rôle que les parties ont à y jouer, le choix du vocabulaire nous laisse perplexes. Sans tomber dans la « règle de l'interprétation littérale »⁹⁷¹, il demeure que les termes associés à l'arbitrage sont complètement absents de l'arrêté. Le texte demeure le point de départ de notre interprétation⁹⁷². Vu l'importance accordée à l'intention du législateur⁹⁷³ dans

⁹⁶⁵ <https://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/projet-pilote-visant-a-faciliter-les-paiements-dans-lindustrie-de-la-construction/foire-aux-questions/> (page consultée le 18 août 2019).

⁹⁶⁶

https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/faire_affaire_avec_etat/marches_publics/projet_pilote_retard_const_ruction.pdf (page consultée le 18 août 2019). Ce document contient également une ligne du temps qui donne une idée du processus. Ce document n'est pas numéroté.

⁹⁶⁷ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 157, 162, 169 et ss. Au paragraphe 159, les auteurs citent également la Cour suprême dans *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, par. 22, qui reprend la célèbre formule de E. A. Driedger dans *The Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 : « [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ».

⁹⁶⁸ Voir la page 10 de la foire aux questions : <https://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/projet-pilote-visant-a-faciliter-les-paiements-dans-lindustrie-de-la-construction/foire-aux-questions/> (page consultée le 18 août 2019).

⁹⁶⁹ Art. 633 C.p.c.

⁹⁷⁰ Art. 632 al.1 C.p.c.

⁹⁷¹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 980.

⁹⁷² « Méthode grammaticale », par opposition à la « règle de l'interprétation littérale », dans P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 113, par. 980.

⁹⁷³ Il s'agit de la « théorie officielle d'interprétation ». *Id.*, par. 11 et ss.

l'interprétation des textes de loi et du principe selon lequel la loi est une communication⁹⁷⁴, nous devons nous y arrêter.

Trois expressions traduisent selon nous l'essentiel du dispositif du Projet pilote : « intervenant-expert », « intervention » et « avis ». Le législateur a donc pris soin d'éviter les termes : arbitre, arbitrage et sentence, ou même décision. Ces termes ne sont pas des synonymes, si bien que leur usage traduit différentes notions et concepts. De plus, dans leur sens courant, les termes choisis ne font pas partie du vocabulaire juridique ou du champ lexical du droit. En tous les cas, la terminologie ne l'emporte pas sur le fond.

Enfin, nous rappelons que le but du dispositif est, au moins en partie, le règlement rapide des différends (voir la disposition préliminaire). Cet objectif doit être considéré dans l'analyse⁹⁷⁵. Dans ce contexte, les termes choisis traduisent selon nous une volonté de déjudiciarisation du processus de règlement des différends. L'arbitrage est à cet égard peut-être trop proche du processus judiciaire et cette proximité fait qu'il en partage quelques griefs.

⁹⁷⁴ Il s'agit de l'un des fondements de la méthode grammaticale. *Id.*, par. 983.

⁹⁷⁵ Approche téléologique. *Id.*, par. 1401 à 1407.

3. Le dispositif décrit dans le Projet pilote s'apparente-t-il à un autre mode?

Malgré les similitudes, nous ne pouvons affirmer à ce stade que l'intervention par expert est une première adaptation de l'arbitrage intérimaire en droit québécois, car nous n'avons pas établi qu'il s'agit bel et bien d'arbitrage en premier lieu.

Plus précisément, les dispositions relatives au déroulement de l'intervention ne témoignent pas de la présence d'un réel débat contradictoire où le décideur fonde sa décision sur la preuve soumise par les parties et les représentations qui l'accompagnent. Nous nous demandons donc si les conséquences procédurales qui en découlent sont présentes, compte tenu du pouvoir de disposer du différend⁹⁷⁶. Le dispositif présenté dans le Projet pilote pourrait s'inspirer d'un autre mode de règlement des différends utilisé dans la construction : l'expertise⁹⁷⁷. Il ressort de la doctrine consultée que ce terme est l'une des traductions françaises de l'expression anglaise *expert determination*. L'expression retenue par le Conseil du trésor, « détermination par expert », serait donc une traduction littérale. Après avoir brièvement défini l'expertise, nous analyserons l'arrêt d'autorité en la matière en droit canadien afin d'y confronter la procédure décrite dans le Projet pilote.

3.1 La détermination par expert ou expertise : conception générale

Nous définissons librement la détermination par expert comme un mode privé de règlement des différends où les parties acceptent d'être liées par l'évaluation que fera un tiers du différend qui lui est soumis. Les quelques définitions proposées par la doctrine ne sont pas satisfaisantes, car trop générales. Il faut dire que ce mode ne jouit pas d'un corpus de règles, us et coutumes aussi établis que la médiation ou l'arbitrage⁹⁷⁸. Les multiples appellations reflètent

⁹⁷⁶ Nous rejoignons en ce sens les auteurs M. Valasek et F. Wilson lorsqu'ils identifient cet élément comme caractéristique de l'arbitrage, élément qui avait été discuté dans l'arrêt *Sport Maska c. Zittner*, préc., note 632. Voir le résumé de l'article qu'ils ont rédigé : Martin VALASEK et Frédéric WILSON, « Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective », (2013) 29-No.1 *Arbitration International* 63-88, 63.

⁹⁷⁷ Notre traduction. Aussi appelée « appraisal », évaluation et même « expertise-arbitrage ». G.B. BORN, « International Commercial Arbitration », préc., note 877, p.260.

⁹⁷⁸ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 65.

autant de conceptions de ce que constitue la détermination par expert. Certains la considèrent comme un mode à part entière⁹⁷⁹. D'autres l'appréhendent comme une forme de comité de règlement des différends, qui serait composé d'une seule personne⁹⁸⁰. Cette dernière prend alors le titre d'« arbitre technique » ou « expert indépendant »⁹⁸¹. Malgré ces différentes déclinaisons, l'expertise du décideur et le caractère contraignant du résultat sont des éléments récurrents.

La notion d'expertise est centrale et les différends visés sont *généralement* de nature technique⁹⁸² et de portée plus étroite alors que l'arbitrage est souvent considéré comme un mode plus global, destiné à trancher les différends de toutes sortes⁹⁸³. Ainsi, il est fréquent que l'expert soit un ingénieur ou un architecte⁹⁸⁴. Toutefois, la littérature rappelle qu'il existe des exceptions et qu'il faut se garder de tomber dans la caricature⁹⁸⁵. L'expert doit minimalement respecter le contrat et peut également être appelé à se prononcer sur des questions juridiques, tout comme un arbitre juriste peut se prononcer sur un différend essentiellement technique⁹⁸⁶.

En revanche, si l'expertise est également recherchée chez les arbitres, ces derniers ne doivent pas fonder leur décision sur une expérience personnelle sans avoir donné aux parties l'occasion d'en débattre⁹⁸⁷, et ce au nom des principes de justice naturelle⁹⁸⁸. Dans la détermination par expert, les parties recherchent au contraire une solution à leur différend dans l'expertise et l'expérience personnelle de l'intervenant⁹⁸⁹. L'accent est mis sur les faits, et les questions

⁹⁷⁹ Comme la ICC qui a d'ailleurs adopté des règles spécifiques à cette procédure. Voir <https://iccwbo.org/publication/icc-rules-expertise/> (page consultée le 3 août 2019).

⁹⁸⁰ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 64.

⁹⁸¹ INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC, préc., note 20, p. 4.

⁹⁸² Gerald W. GHIKAS, *Designing a Suitable Dispute Resolution Process for Major Construction Projects*, Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011, p. 2.1.4, en ligne: <<https://wcart.files.wordpress.com/2012/07/designing-a-suitable-dispute-resolution-process-for-major-construction-projects-copy-copy.pdf>>. G.B. BORN, préc., note 877, p. 261.

⁹⁸³ Bien qu'il puisse également porter sur une question bien délimitée. M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 64.

⁹⁸⁴ P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 767,767.

⁹⁸⁵ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 65.

⁹⁸⁶ G.B. BORN, préc., note 877, p. 266. Voir la section B) de l'introduction, intitulée « Spécificités de l'industrie de la construction ».

⁹⁸⁷ *Balian c. Morneau*, préc., note 680, par. 10 et ss. Appel rejeté.

⁹⁸⁸ Art. 633 al. 2 C.p.c. et art. 17 SCC.

⁹⁸⁹ G. W. GHIKAS, préc., note 982, p. 2.1.4.

juridiques peuvent être réduites au minimum, voire inexistantes⁹⁹⁰. En matière de construction⁹⁹¹, le profil des décideurs témoigne de cet état de fait, les architectes et ingénieurs étant surreprésentés dans ces fonctions⁹⁹². De plus, l'expert ne tranche pas systématiquement en fonction du droit applicable⁹⁹³, bien qu'il doive en tenir compte et respecter le contrat en cause. Son rôle est donc résolument inquisitoire et il rend son avis sur la base de son expertise, de son expérience, des informations fournies par les parties et de celles obtenues dans le cadre de son enquête⁹⁹⁴. Enfin, l'opinion de l'expert est généralement contraignante⁹⁹⁵, mais elle n'est pas forcément finale⁹⁹⁶.

3.2 Similitudes avec l'arbitrage

La détermination par expert présente plusieurs similitudes avec l'arbitrage, d'où un risque de confusion élevé. Dans les deux cas, il s'agit de s'en remettre à un tiers ayant le pouvoir de trancher le différend, et ce, à l'exclusion des tribunaux judiciaires⁹⁹⁷. Autre source de confusion : l'expertise peut prendre la forme d'un comité. Or, les comités ou *dispute resolution boards*⁹⁹⁸ peuvent aisément passer pour des panels d'arbitres. Pour certains, la frontière entre arbitrage et détermination par expert est fine et, en pratique, sans réelle incidence dans la mesure où l'avis de l'expert est suivi⁹⁹⁹. Plusieurs distinctions doivent cependant être relevées, car ce n'est pas toujours le cas. En cas de difficulté, le régime applicable dépendra de la qualification du processus et les parties pourraient se retrouver avec un résultat qu'elles n'ont pas voulu¹⁰⁰⁰. Parmi les conséquences potentielles si les parties n'en ont pas disposé dans leur contrat, notons

⁹⁹⁰ G.B. BORN, préc., note 877, p.261 et suivantes. Il s'agit donc d'une généralisation, il existe des exceptions.

⁹⁹¹ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 85.

⁹⁹² G.B. BORN, préc., note 877, p.260.

⁹⁹³ G. W. GHIKAS, préc., note 982, p. 2.1.4.

⁹⁹⁴ G.B. BORN, préc., note 877, p.255 et 256.

⁹⁹⁵ Les parties conservent toute la liberté de prévoir ce qui leur convient. M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 955, p. 64. John KENDALL, « Expert Determination: It's Use in Resolving Art and Antiquity Disputes », (1997) 2 *Art Antiquity & Law* 325, p.325.

⁹⁹⁶ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 64.

⁹⁹⁷ G.B. BORN, préc., note 877, p.261. M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 64 et 65.

⁹⁹⁸ John G. DAVIES, « Dispute Boards. Their Use in Canada », (2010) *Construction Law Reports : Alternatives to the Alternatives*, en ligne < http://www.cba.org/cba/cle/PDF/constr10_davies_paper.pdf >.

⁹⁹⁹ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 65.

¹⁰⁰⁰ Comme le souligne l'auteur G. W. GHIKAS, préc., note 982, p. 2.1.4. M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 67.

la responsabilité du décideur¹⁰⁰¹, les règles entourant l'exécution de l'avis d'expert¹⁰⁰², l'application supplétive du droit commun et l'intervention potentielle des tribunaux¹⁰⁰³.

La principale distinction que nous relevons dans la doctrine canadienne et internationale est que la détermination par expert ne présente pas les mêmes garanties procédurales que l'arbitrage. Notamment, elle n'offre pas la même opportunité aux parties de faire valoir leur position¹⁰⁰⁴. Si elles peuvent soumettre des éléments de preuve et présenter leurs arguments¹⁰⁰⁵, il n'y a pas de débat contradictoire à proprement dit¹⁰⁰⁶, comme c'est le cas en arbitrage :

« The first of those criteria distinguishes the expert from the arbitrator based on whether the decision-maker is allowed to rely, even if only in part, on his or her personal opinion, rather than being bound to decide strictly on the arguments which have been submitted by the parties. »¹⁰⁰⁷

Il est vrai que le droit québécois permet à l'arbitre de rendre une sentence sur document¹⁰⁰⁸. Cependant, cela ne dispense pas l'arbitre de devoir donner aux parties une occasion valable de faire valoir leurs prétentions¹⁰⁰⁹, ce qui n'est pas obligatoirement le cas de l'expert :

« Indeed, is it not why expert determination is chosen in the first place: to have an independent neutral using his or her own knowledge and experience to resolve the dispute? Under this indicator, parties are still allowed to submit information, documents, arguments, evidence, etc, to help the expert to make his or her decision. Ultimately, however, it is up to the expert to decide what to do with those submissions, and whether to make his or her own personal inquiry; the expert's decision is not constrained by the parties' positions. »¹⁰¹⁰

¹⁰⁰¹ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 68.

¹⁰⁰² Les mécanismes législatifs d'exécution des expertises sont anecdotiques. Le plus souvent, les parties devront s'en remettre aux dispositions régissant l'exécution d'obligations contractuelles. M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 68.

¹⁰⁰³ *Id.*, p. 65.

¹⁰⁰⁴ G.B. BORN, préc., note 877, p. 263 et suivantes.

¹⁰⁰⁵ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 65. J. KENDALL, préc., note 995.

¹⁰⁰⁶ G.B. BORN, préc., note 877, p. 255 et 256.

¹⁰⁰⁷ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 85.

¹⁰⁰⁸ Art. 633 al.2 C.p.c.

¹⁰⁰⁹ Art. 632 C.p.c. L'arbitre doit veiller au respect des principes de contradiction.

¹⁰¹⁰ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 85.

En matière d'arbitrage, il semble que les limitations au droit des parties à cet égard doivent être évaluées à la lumière des principes de justice naturelle en raison de la nature judiciaire de l'arbitrage :

« Thus, “[a]rbitration presupposes a quasi-judicial hearing with witnesses, oaths, and the taking of testimony,” and “[i]t is a characteristic of arbitration that the parties should have a proper opportunity of presenting their case.” In general, arbitrators are required to decide the parties’ dispute based on the evidence and arguments presented to them, without independently investigating the facts.

In contrast, “appraisal is a proceeding...‘without formal taking of evidence, without oaths, procedural safeguards, discipline or other court-like restraints’.... [The] process does not lend itself to the formal introduction of evidence by the parties or the opportunity to submit rebuttal documents or proofs.” It is also often said that experts, appraisers and valuers may rely on their own experience and knowledge, as well as or instead of the materials presented by the parties during the expert determination. »¹⁰¹¹

Ces exigences supplémentaires se justifieraient en arbitrage par les conséquences juridiques de l'arbitrage :

« Since arbitrators are entrusted with the broader obligation to determine liability as well as the amount of the award, it is reasonable to require broader procedural safeguards in arbitration. The subject-matter responsibility of appraiser being less, the procedural safeguards attending an appraisal may be lower. »¹⁰¹²

La doctrine s'accorde pour dire qu'il n'y a pas d'obligation analogue en matière de respect des règles de justice naturelle dans le cas de l'expertise: « There is no requirement for the rules of natural justice or due process to be followed in an expert determination in order for that determination to be valid and binding between the parties »¹⁰¹³. Nous pensons qu'à l'instar de la décision intérimaire, le fait que l'avis puisse avoir des effets temporaires explique la souplesse en matière de justice naturelle, les injustices pouvant être « réparées » ultérieurement. Ce fut à tout le moins le raisonnement des tribunaux britanniques dans le cas de l'arbitrage intérimaire au Royaume-Uni :

¹⁰¹¹ G.B. BORN, préc., note 877, p. 264.

¹⁰¹² *Id.*, p. 265.

¹⁰¹³ J. JENKINS, préc., note 27, p. 101.

« one has to recognise that the adjudicator is working under pressure of time and circumstances which make it extremely difficult to comply with the rules of natural justice in the manner of a court or an arbitrator. Repugnant as it may be to one's approach to judicial decision making, I think that the system created by the Act can only work in practice if some breaches of the rules of natural justice which have no demonstrable consequence are disregarded. »¹⁰¹⁴

Malgré tout ce qui précède, nous pensons que les obligations implicites demeurent, telle l'obligation d'agir de bonne foi¹⁰¹⁵. Les distinctions que nous venons d'évoquer se résument donc par ces deux citations :

« The crucial difference between expert determination and arbitration lies in the procedure and the absence of remedies for procedural irregularity in expert determination. An arbitration award may be set aside because the procedure fails to conform to the statutory standard of fairness which is closet derived from the principles of natural justice: no such remedy is generally available to invalidate an expert's decision. An expert can adopt an inquisitorial, investigative approach, and need not refer the results to the parties before making the decision. An arbitrator needs the parties' permission to take the initiative, and must refer the results to the parties before making the award »¹⁰¹⁶

« The key characteristics of arbitration that distinguish it from expert adjudication are the neutral's duty to adjudicate between the competing arguments of the parties (rather than to impose a solution based on the neutral's personal opinion) and the related duty to comply with rules of procedural fairness. »¹⁰¹⁷

3.3 Approche canadienne : *Sport Maska Inc. c. Zittner*¹⁰¹⁸

L'expertise est connue au Canada. Le contrat à forfait du Comité canadien des documents de construction prévoit que le professionnel, soit l'ingénieur ou l'architecte, est le premier interprète du contrat¹⁰¹⁹. Nous n'avons pu trouver de jurisprudence qualifiant les modes et

¹⁰¹⁴ J. PICKAVANCE, préc., note 133, p. 363, par.17.05.

¹⁰¹⁵ Art.7, 1376 C.p.c. M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 85,86.

¹⁰¹⁶ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 977, p. 86,87.

¹⁰¹⁷ *Id.*

¹⁰¹⁸ [1988] 1 RCS 564.

¹⁰¹⁹ P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 767, 768.

mécanismes de règlement des différends contenus dans ces contrats-types. En revanche, le plus haut tribunal du pays a eu l'occasion de se prononcer sur la distinction entre expertise et arbitrage.

Si certains auteurs estiment que le raisonnement pourrait être revisité, cet arrêt demeure la référence en droit canadien sur la distinction entre l'expertise et l'arbitrage¹⁰²⁰. Dans cette affaire, le séquestre d'une société faillie procède à la vente d'une partie de son actif. Une première société les achète puis, dans la même journée, les revend à l'appelante, Sport Maska Inc. Dans le contrat de vente de cette transaction, la clause 2.01 prévoyait que l'évaluation des stocks serait révisée par les vérificateurs de la faillie, Zittler et al. Ces derniers devaient tenir compte des arguments de l'appelante dans le cadre de leur mandat. L'opinion rendait définitive l'évaluation qui en faisait l'objet. Les intimés ont confirmé l'évaluation de l'inventaire faite par la faillie et l'appelante a payé la somme qui y était associée. Un an plus tard, l'appelante poursuit les intimés en dommages-intérêts pour négligence dans l'accomplissement de leurs fonctions. Les intimés ont opposé l'immunité que conférait le statut d'arbitre. L'action a été rejetée en Cour supérieure, mais la décision fut infirmée par la Cour d'appel. Finalement, la Cour suprême du Canada (ci-après « la Cour ») accueille le pourvoi¹⁰²¹.

Pour cette dernière, l'arbitrage suppose minimalement deux éléments : l'existence d'un différend et un compromis, compris comme un engagement des parties à soumettre ce différend à un tiers. Le critère de l'existence du différend signifie que le contexte dans lequel le décideur se prononce doit en être un de différend¹⁰²². Or en l'espèce, ces éléments faisant défaut, la Cour n'a pu conclure à l'existence d'un arbitrage au sens du droit commun :

« En l'espèce, on ne peut conclure à l'existence d'une convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire) puisqu'il n'existait aucun différend né ou éventuel au moment où est intervenue la convention entre les parties ou au

¹⁰²⁰ M. VALASEK et F. WILSON, préc., note 976, p. 66. Ces auteurs proposent notamment de recentrer l'analyse sur des facteurs propres à l'arbitrage tel le devoir d'agir conformément aux règles de justice naturelle ou encore l'obligation de baser sa décision sur la démonstration des parties.

¹⁰²¹ Résumé inspiré de celui de l'arrêt, *Sport Maska c. Zittler*, préc., note 632, pp. 564, 565.

¹⁰²² *Sport Maska c. Zittler*, préc., note 632, pp. 599, 600.

moment où les intimés ont révisé l'évaluation faite par la faillie. Le désaccord quant à la valeur des stocks n'est survenu qu'une fois l'achat complété, soit après que l'évaluation eut été vérifiée par les intimés. Les parties n'ont donc pas entendu soumettre un différend à l'arbitrage des intimés, mais ont simplement convenu de se fier à leur opinion d'experts comptables pour déterminer l'un des aspects du contrat, soit la valeur des actifs vendus, qui constituait le prix de vente de ces actifs. »¹⁰²³

La Cour ajoute :

« La clause 2.01 de la convention et la lettre DP-1 ne constituent pas une clause compromissoire puisqu'elles ne mentionnent pas l'obligation des parties de passer compromis dans l'éventualité où un différend surgirait entre elles. »

Dans le cas du Projet pilote, l'obligation de soumettre un différend né ou éventuel n'est pas source de difficulté. En effet, l'article 5 de l'Arrêté laisse peu de place à l'opinion contraire :

« Un différend visé à l'article 20 ne peut être soumis à un arbitre ou à un tribunal de droit commun par l'une ou l'autre des parties au contrat sans avoir au préalable fait l'objet d'un avis d'un intervenant-expert rendu en application des dispositions de la section III. » (nos soulignements)

De plus, le fait que la loi soit la source de cette « volonté » n'altère pas ses effets juridiques¹⁰²⁴. Le critère de l'existence d'un différend ayant été suffisant pour disposer du pouvoir, la Cour s'y est limité. Selon nous, si ce critère est essentiel, il est loin d'être suffisant, car il ne permet pas de départager l'arbitrage d'autres processus similaires où les parties conviennent de soumettre leur différend né ou éventuel à un tiers. La Cour avoue elle-même l'imprécision qui existe à cet égard :

« Parmi les nombreux types d'intervention possibles, à l'exception des propos tenus par Brierley, force nous est d'admettre que ni la jurisprudence ni la doctrine

¹⁰²³ *Id.*, p. 565.

¹⁰²⁴ *Id.*, p. 588 : « Les parties doivent être dans l'obligation de soumettre leur différend à l'arbitrage. Cette condition peut résulter d'une disposition législative ou encore de la volonté des parties. L'obligation légale ne soulève évidemment aucune difficulté ». Cette citation est dans la section sur la common law canadienne et anglaise, mais la Cour suprême ne s'en dissocie pas.

ne tracent une ligne de démarcation très nette. Ceci est particulièrement vrai de l'expertise par rapport à l'arbitrage. »¹⁰²⁵

En effet, en vertu de ces deux critères, le dispositif du Projet pilote serait considéré comme de l'arbitrage¹⁰²⁶. Dans la mesure où les parties possèdent une grande liberté dans la détermination de leur processus de règlement des différends, des lignes directrices plus précises s'imposent. En ce sens, nous rejoignons les auteurs lorsqu'ils suggèrent une approche qui tient davantage compte de l'importance de la nature judiciaire ou juridictionnelle de l'arbitrage¹⁰²⁷ et des conséquences qui en découlent en termes de justice naturelle. C'est l'approche des tribunaux américains et anglais, d'ailleurs cités par la Cour dans son exercice de comparaison¹⁰²⁸. Il appert que cette exigence transcende les systèmes juridiques de common law et de droit civil, du moins sur une échelle internationale¹⁰²⁹.

La Cour prend donc acte des divers courants jurisprudentiels internationaux. Elle n'évacue cependant pas complètement cette caractéristique de l'arbitrage. Elle confirme la pertinence du débat contradictoire, mais elle n'en fait pas un critère essentiel¹⁰³⁰ :

« L'un des aspects principaux qui ressortent de l'analyse du *Code de procédure civile*, de la doctrine et de la jurisprudence est la similitude que doit avoir l'arbitrage avec le processus judiciaire. Plus la similarité est grande, plus la probabilité que le recours au tiers soit qualifié d'arbitrage augmente. La possibilité pour les parties d'être

¹⁰²⁵ *Sport Maska c. Zittreer*, préc., note 632, p. 602.

¹⁰²⁶ Ce que dément d'ailleurs la Foire aux questions publiée par le Conseil du Trésor : <https://www.tresor.gouv.qc.ca/faire-affaire-avec-letat/projet-pilote-visant-a-faciliter-les-paiements-dans-lindustrie-de-la-construction/foire-aux-questions/> (page consultée le 28 août 2019).

¹⁰²⁷ « L'arbitre, par contre, qui pourrait être lui aussi un expert, remplit une fonction judiciaire: il *juge* un différend à lui déferé, après avoir observé, comme un juge ordinaire l'aurait fait, le principe du contradictoire, c'est-à-dire après avoir reçu les preuves et arguments au sujet d'un rapport conflictuel ». La Cour suprême, citant Brierley, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", [1987] *C.P. du N.* 507, aux pp. 535 et 536.

¹⁰²⁸ Voir *Sport Maska c. Zittreer*, préc., note 632, p. 589 et 590 pour le droit canadien et anglais et les pages 590 à 593 pour le droit américain.

¹⁰²⁹ G.B. BORN, préc., note 877, pp. 266 à 268. L'auteur cite de la jurisprudence américaine, britannique, australienne, singapourienne, allemande, hollandaise, française, suisse, canadienne et hongkongaise, entre autres.

¹⁰³⁰ « Tous ces critères permettent de déceler l'intention véritable des parties. Une mise en garde s'impose toutefois. Si les critères énumérés ci-dessus ne sont pas nécessairement exhaustifs, ils ne sont pas non plus mutuellement exclusifs en ce sens qu'ils peuvent s'intégrer et même se fondre les uns dans les autres. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous présents et encore moins qu'ils concordent en faveur d'une position ou d'une autre. Les critères ne sont en fait que des outils servant à cerner l'intention qui se dégage des documents et autres instruments pour déterminer quelle tâche les parties ont véritablement voulu confier au tiers qu'elles ont choisi. », *Sport Maska c. Zittreer*, préc., note 632, p. 605.

entendues, de plaider, de présenter une preuve, testimoniale ou documentaire, la présence d'avocats lors de l'enquête, le fait que le tiers rende une sentence arbitrale motivée participent beaucoup plus du contradictoire que de l'expertise et tendent à démontrer la volonté des parties de se soumettre à un arbitrage. Le fait que la décision soit finale et obligatoire est également indicatif d'un arbitrage, mais, contrairement à ce que prétendent les intimés, n'en constitue pas l'apanage exclusif. »¹⁰³¹ (nos soulignements)

La Cour poursuit :

« Le rôle confié au tiers est indicatif du statut que lui ont conféré les parties. Si le tiers doit juger entre des prétentions contradictoires sur un point donné, nous sommes beaucoup plus près de l'arbitrage. Par ailleurs, si les parties ont fait appel à un tiers uniquement afin de compléter un élément du contrat, il est moins certain qu'elles aient entendu soumettre un différend né à ce tiers, mais elles ont plutôt voulu éviter la naissance d'un tel différend, à moins d'autres critères à l'effet contraire. Dans la même veine, le tiers est-il appelé à décider en fonction de ses connaissances personnelles ou doit-il plutôt choisir entre les diverses positions soutenues par les parties en présence? Dans la première hypothèse, il s'agit vraisemblablement d'une expertise alors que dans la seconde on serait tenté d'y voir un arbitrage.

D'autre part, le tiers, pour être arbitre, ne saurait agir à titre de mandataire de l'une des parties. Par exemple, le fait qu'il détienne des liens particuliers avec l'une d'elles ou encore qu'il soit rémunéré par l'une d'elles seulement semble incompatible avec le concept d'impartialité, caractéristique fondamentale de l'arbitrage. Le respect par les parties des dispositions impératives du Code est une condition essentielle de l'arbitrage. Entre autres, à l'époque, le compromis devait être constaté par écrit et se conformer aux exigences prévues à l'ancien art. 941 du *Code de procédure civile* (aujourd'hui l'art. 1926.3 *C.c.B.-C.*); les arbitres devaient être au nombre d'un ou trois (art. 941 *C.p.c.*); les parties ne pouvaient compromettre sur les matières énumérées à l'art. 940 du *Code de procédure civile* (aujourd'hui l'art. 1926.2 *C.c.B.-C.*); la sentence arbitrale devait être motivée et signée (l'art. 948 *C.p.c.*, aujourd'hui l'art. 945.2 *C.p.c.*) »¹⁰³² (nos soulignements)

Si nous récapitulons, nous avons vu que l'intervenant-expert est soumis à des obligations d'indépendance et d'impartialité¹⁰³³. Le compromis est d'origine légale¹⁰³⁴. Un différend doit exister¹⁰³⁵. L'intervenant-expert semble baser son avis, au moins en partie, sur les documents

¹⁰³¹ *Sport Maska Inc. c. Zittler*, préc., note 632, p. 603.

¹⁰³² Le point est omis dans le texte original. *Sport Maska Inc. c. Zittler*, préc., note 632, pp. 604, 605.

¹⁰³³ Art. 40 de l'Arrêté.

¹⁰³⁴ Art. 5 de l'Arrêté.

¹⁰³⁵ Art. 20 de l'Arrêté.

que lui fournissent les parties¹⁰³⁶. Des phases de l'intervention peuvent se faire en personnes et les parties doivent être présentes¹⁰³⁷. Enfin, le résultat est contraignant pour les parties jusqu'au procès ou l'arbitrage final¹⁰³⁸. L'avis doit être écrit, motivé et respecter le « cadre juridique et contractuel applicable »¹⁰³⁹. Enfin, l'intervention par expert est confidentielle¹⁰⁴⁰.

Il serait incongru de conclure que l'intervention par expert se rapproche de l'arbitrage intérimaire, mais s'éloigne de l'arbitrage conventionnel, compte tenu de nos conclusions à ce chapitre. Si le Projet pilote est concluant et élargi au secteur privé, les tribunaux devront tôt ou tard se prononcer sur la nature de ce dispositif et clarifier ainsi le régime juridique à lui appliquer. Pour l'heure et à la lumière de la jurisprudence canadienne sur cette question, nous considérons que l'intervention par expert telle que décrite dans le dispositif du Projet pilote constitue de l'arbitrage. Selon nous, la quantité et la qualité des similitudes l'emportent sur le choix du vocabulaire du législateur.

¹⁰³⁶ Art. 28, 29 et 30 de l'Arrêté.

¹⁰³⁷ Art. 31 de l'Arrêté.

¹⁰³⁸ Art. 36 et 42 de l'Arrêté.

¹⁰³⁹ Art. 36 de l'Arrêté.

¹⁰⁴⁰ Art. 40 de l'Arrêté.

4. L'hypothèque légale de la construction : quelles implications?

Peu importe la manière dont l'arbitrage intérimaire est adopté, les parties auront à composer avec l'hypothèque légale de la construction¹⁰⁴¹. Nous ne pouvons compléter notre analyse sans nous pencher sur les interactions possibles entre l'arbitrage intérimaire et ce recours spécifique à l'industrie de la construction.

L'hypothèque légale de la construction permet à ceux ayant participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble de grever ledit immeuble pour la plus-value¹⁰⁴² créée par les travaux auxquelles ils ont participé, par leurs services ou la fourniture de matériaux¹⁰⁴³. Elle existe de plein droit sans publication¹⁰⁴⁴, mais sa conservation au-delà des 30 jours suivant la fin des travaux requiert un avis¹⁰⁴⁵. Enfin, elle s'éteindra dans les 6 mois dudit avis en l'absence de publication d'action contre le propriétaire ou de préavis d'exercice d'un droit hypothécaire¹⁰⁴⁶.

Les origines de l'hypothèque légale de la construction remontent au *Code civil du Bas-Canada*, où elle portait alors le nom de privilège ouvrier. Les deux régimes sont similaires¹⁰⁴⁷, quoique non identiques¹⁰⁴⁸. L'esprit demeure cependant le même, soit de permettre aux acteurs de la construction de garantir leur créance par une sûreté.

¹⁰⁴¹ Seules exceptions, les biens insaisissables dont ceux de l'État et des personnes morales de droit public, si le bien est affecté à l'utilité public, articles 916, 1215 et 2668 C.c.Q. Les lois particulières doivent aussi être considérées, certaines rendant les biens saisissables, par exemple la *Loi sur Hydro-Québec*, RLRD, c.H-5, art. 3.1.2.

¹⁰⁴² Art. 2728 C.c.Q.

¹⁰⁴³ Art. 2726 C.c.Q.

¹⁰⁴⁴ Art. 2726 C.c.Q.

¹⁰⁴⁵ Art. 2727 al.1 et 2 C.c.Q.

¹⁰⁴⁶ Art. 2727 al.3 C.c.Q.

¹⁰⁴⁷ La majorité des principes dégagés par la jurisprudence antérieure a d'ailleurs continuée de s'appliquer. D'autres ont codifié la jurisprudence antérieure. Jean A. SAVARD, Bernard P. QUINN, Olivier KOTT (DIR.) et Claudine ROY (DIR.), « L'hypothèque légale », dans *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Wilson & Lafleur, 1998 aux pages 599 et ss.

Nous soumettons l'hypothèse qu'en principe, les recours hypothécaires en vertu de l'hypothèque légale de la construction et l'arbitrage intérimaire ne devraient pas être conduits en parallèle. En effet, l'arbitrage intérimaire, du moins tel que nous l'envisageons¹⁰⁴⁹, se déroule *pendant* les travaux alors que le recours en vertu de l'hypothèque légale ne peut qu'aboutir après la fin de tous les travaux. En effet, si les participants peuvent envoyer un avis de conservation d'hypothèque légale au propriétaire avant la fin des travaux, la plus-value finale de ces derniers ne saurait être établie s'ils ne sont pas terminés¹⁰⁵⁰. Qui plus est, la jurisprudence québécoise est catégorique à l'effet qu'il n'existe qu'une seule et même fin des travaux, sans égards aux travaux respectifs de chaque intervenant¹⁰⁵¹.

Le cas de figure le plus probable semble celui dans lequel une décision intérimaire aurait été rendue pendant les travaux et qu'au terme de ceux-ci, un ou plusieurs bénéficiaires entame l'un des nombreux recours hypothécaires disponibles. Dans cette éventualité, nous pensons que le juge siégeant au fond tranchera de façon finale les questions ayant fait l'objet d'une décision intérimaire. Que ces questions soient rouvertes dans le cadre du recours hypothécaire ou via un recours incident importe peu. En effet, n'étant pas lié par les conclusions de l'arbitrage intérimaire, le juge disposera du différend comme il l'aurait fait n'eut été d'arbitrage intérimaire.

¹⁰⁴⁹ Rien dans la législation britannique n'empêche le recours à l'arbitrage intérimaire après la fin des travaux, mais nous l'envisageons comme seulement possible pendant les travaux.

¹⁰⁵⁰ *Knot c. 9206-5879 Québec inc.*, 2017 QCCS 2160, par. 38 et ss.

¹⁰⁵¹ Et il s'agit d'une question de faits. *Harding c. 6769845 Canada inc.*, 2015 QCCA 1971, par. 2, *Diamantopoulos c. Construction Dompat inc.*, 2013 QCCA 929, par. 66 à 68.

Conclusion

L'arrêt des paiements en raison des différends entre intervenants est la problématique au cœur de notre étude. En effet, en cas de mésentente, les retenues de paiement constituent un moyen de pression, certains diront même d'oppression. Les acteurs du secteur de la construction ont soulevé les lacunes du système judiciaire à cet égard. L'intérêt manifesté par les divers intervenants et les pouvoirs publics pour l'arbitrage intérimaire suggère que l'arbitrage conventionnel ne répond pas suffisamment à cette problématique. L'enjeu est donc d'explorer un mécanisme permettant un règlement des différends rapide et en temps réel de façon à limiter les interruptions de la chaîne des paiements.

Nous nous sommes demandé si le modèle d'arbitrage intérimaire alors en place dans l'industrie de la construction au Royaume-Uni était une avenue possible et opportune. L'arbitrage intérimaire est un régime légal d'arbitrage pouvant être déclenché à n'importe quel moment des travaux dans le but de dénouer le différend qui oppose les parties. La décision intérimaire lie les parties en attendant un procès ou un arbitrage éventuel. Ces dernières peuvent également s'en tenir à ce qui fut décidé et ne pas entreprendre de démarches supplémentaires.

À première vue, il nous a semblé que le modèle britannique d'arbitrage intérimaire pouvait être importé en droit québécois, sous réserve de quelques éléments à réconcilier, tel le caractère intérimaire de la décision. Nous avons émis l'hypothèse qu'en l'état, le droit québécois pouvait recevoir cette procédure. Cette hypothèse est maintenue, malgré nos conclusions quant aux mesures d'exception et au Projet pilote.

Relativement aux mesures d'exception, leur ajout au *Code de procédure civile* traduisait selon nous une confirmation du législateur que l'arbitre avait la faculté de rendre des ordonnances dont l'effet serait provisoire. Or, nous avons conclu que les mesures d'exception ne pouvaient

servir de véhicule à l'arbitrage intérimaire en raison de leur fonction ou but. En effet, ces mesures ne visent pas à disposer du différend. Ces ordonnances ne peuvent donc être assimilées à une *décision*, même intérimaire.

En ce qui concerne le dispositif prévu au Projet pilote, les résultats de notre analyse comparative ne nous permettent pas, à ce stade, de le qualifier d'arbitrage. Au-delà du vocabulaire employé et des communications qui l'accompagnent, le processus lui-même semble s'éloigner du modèle judiciaire dont l'arbitrage conventionnel se réclame et s'inspire. Plus particulièrement, nous nous interrogeons sur la présence d'un réel débat contradictoire avec tout ce qu'il implique en termes de droits et obligations pour toutes les parties, y compris le décideur. La décision d'autorité en la matière ne nous éclaire pas davantage. En effet, dans l'affaire *Sport Maska c. Zittner*¹⁰⁵², la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans un contexte où la décision de l'expert ne découlait pas d'un différend, mais d'un mécanisme d'évaluation prévu contractuellement. Or, qu'en est-il lorsque la décision découle bel et bien d'un différend? Comment différencier l'expertise de l'arbitrage dans ce cas de figure? Le plus haut tribunal du pays prône alors l'analyse de l'intention des parties. À cette fin, l'interprète peut prendre en considération les termes employés, le degré de ressemblance avec le processus judiciaire, la finalité de la décision, etc. La précocité de notre analyse nous empêche de confronter notre point de vue à la jurisprudence ou à la doctrine sur le sujet. Pour l'heure, et faute d'exemples d'application, nous estimons que la procédure décrite dans le Projet pilote ne constitue pas de l'arbitrage.

Plus généralement, rien n'indique qu'un tel mécanisme pourrait être qualifié d'arbitrage en droit québécois, et ce en raison de la nature intérimaire de la décision. En effet, il est ressorti de nos lectures que l'opinion doctrinale et jurisprudentielle majoritaire fait du caractère final de la sentence une caractéristique essentielle de l'arbitrage. Dans l'état actuel du droit québécois, l'arbitrage intérimaire ne pourrait être qualifié d'arbitrage au sens du *Code de procédure civile*.

¹⁰⁵² *Sport Maska c. Zittner*, préc., note 632.

Néanmoins, nous maintenons que le droit commun permet aux parties d'élaborer un mode de règlement des différends qui leur convient. Les parties pourraient donc prévoir contractuellement une procédure en tout point identique à l'arbitrage intérimaire :

« Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend, de même que la médiation ou l'arbitrage, dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux »¹⁰⁵³. (nos soulignements)

« Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent »¹⁰⁵⁴.

Ces articles confirment que l'absence de qualification n'est pas un obstacle à l'application à titre supplétif des dispositions de l'arbitrage conventionnel, et ce dans la mesure où ladite procédure s'inspire de ce mode. Or, selon nous, il est désormais évident que l'arbitrage intérimaire emprunte et s'inspire de l'arbitrage conventionnel. L'application à titre supplétif permet aux parties d'avoir davantage de flexibilité. En effet, les parties évitent l'application du régime dans son entièreté tout en profitant des articles 1 et 6 du *Code de procédure civile*. Ces dispositions évitent l'impasse procédurale aux parties qui n'auraient pas tout prévu à même leur contrat, telles la procédure de nomination de l'arbitre ou encore la conduite de l'arbitrage en général.

¹⁰⁵³ Art. 1 C.p.c.

¹⁰⁵⁴ Art. 6 C.p.c.

Si le droit actuel permet d'obtenir les mêmes résultats, une importation est-elle justifiée ? Selon nous, l'opportunité d'importer le modèle réside dans sa source. En effet, la nature statutaire de l'arbitrage intérimaire semble être son principal atout et semble expliquer en grande partie son succès. Selon nous, la problématique de l'arrêt des paiements est avant tout une question de comportement et peut-être aussi de culture commerciale. C'est d'abord l'utilisation de la retenue comme moyen de pression sur les échelons inférieurs qui est la source du problème. Or, les modes de règlement des différends ont un fondement consensuel. Dans ce contexte, l'une des deux parties n'a aucun intérêt à concéder ce levier. C'est selon nous la raison qui explique que, bien que les parties aient la faculté d'en arriver au même résultat, peu le font en pratique, particulièrement lorsque les contrats sont d'adhésion au sens du *Code civil*. De plus, une telle procédure *sui generis* ne bénéficierait pas des avantages de l'arbitrage conventionnel en termes d'homologation. En cas de non-respect, les parties devraient entamer des procédures judiciaires ou arbitrales en invoquant un manquement contractuel¹⁰⁵⁵. En théorie comme en pratique, les parties n'ont aucun intérêt à doubler les procédures. Cette approche serait totalement à l'opposé des objectifs de rapidité et d'économies. Comme nous l'avons mentionné, la rapidité est essentielle dans le contexte d'un chantier en cours. S'il était conventionnel, l'efficacité de l'arbitrage intérimaire s'en trouverait affectée.

En terminant, nous estimons que rien ne s'oppose fondamentalement à ce qu'un arbitrage puisse produire des décisions intérimaires. En effet, abstraction faite de la conception traditionnelle de l'arbitrage, nous ne relevons aucune incompatibilité de fond entre l'arbitrage intérimaire et le droit québécois. Au contraire, les conceptions évoluent et l'idée qu'une sentence arbitrale puisse être intérimaire gagne du terrain. L'Ontario a d'ailleurs franchi le pas pour son industrie de la construction¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁵ Art. 1590 C.c.Q. P. BIENVENU, préc., note 18, pp. 770, 771.

¹⁰⁵⁶ *Loi sur la construction*, préc., note 1. Voir la Partie II.1 : « ARBITRAGE INTÉRIMAIRE DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION ».

Sur le plan méthodologique, nous appréhendons au départ la comparaison de procédures issues de traditions juridiques différentes, soit la *common law* pour l'arbitrage intérimaire et le droit civil pour l'arbitrage conventionnel. Nous pensons que les différences de cultures, de principes et de structures seraient l'obstacle principal. Au contraire, le plus grand défi fut l'analyse du droit interne. En effet, la nature du dispositif décrit dans l'arrêté instaurant le Projet pilote demeure ambiguë. D'une part, les similitudes avec l'arbitrage sont flagrantes. D'autre part, l'élément essentiel qu'est le débat contradictoire semble en être réduit à sa plus simple expression. Le Projet pilote partage certaines des caractéristiques de l'expertise, mais l'arrêt de principe en droit canadien en la matière ne met pas suffisamment l'accent sur la nécessité d'un débat contradictoire comme critère de distinction entre ce mode et l'arbitrage. Nous devons nous en remettre aux tribunaux qui auront peut-être l'occasion de se prononcer sur la nature, arbitrale ou non, de la procédure de règlement des différends contenue dans le Projet pilote. Dans un paysage juridique où les modes alternatifs de règlements des différends se côtoient et se chevauchent parfois, nous estimons opportun de mettre à jour la position québécoise en la matière.

Enfin, cet exercice révèle également l'inconfort que provoquent les innovations juridiques, particulièrement lorsqu'elles sont *sui generis*. Depuis 2016, le *Code de procédure civile* invite les parties à élaborer leur propre processus de règlement des différends¹⁰⁵⁷. Dans ce contexte, nous pensons que les questions de qualification se poseront de plus en plus dans les années à venir.

¹⁰⁵⁷ Art. 1 et 6 C.p.c.

Bibliographie

1. Législation et réglementation

Québécoise et canadienne

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31, Vict., c. 3 (R.-U.)

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

Arrêté numéro 2018-01 du président du Conseil du trésor en date du 3 juillet 2018 : L'arrêté ministériel concernant un projet pilote visant à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés, Gazette officielle du Québec, 18 juillet 2018, 150e année, no 29, p. 5063

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01

Code des professions, RLRQ, c. C-26

Code du travail, RLRQ, c. C-27

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, projet de loi n°28 (Étude détaillée – 17 janvier 2014), 1re sess., 40e légis. (QC)

Loi sur la construction, L.R.O. 1991, c. C.30

Loi sur l'arbitrage international, L.R.C. 1985, c. 17 (2e suppl.)

Loi sur le bâtiment, RLRQ, c. B-1.1

Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs, chapitre B-1.1, r. 8

Loi sur le ministère des travaux publics et des services gouvernementaux, L.C., 1996, c. 16

Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19

Règlement sur les contrats de construction des organismes municipaux, RLRQ, c. C-19, r. 3

Loi sur les contrats des organismes publics, RLRQ, c. C-65.1

Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics, RLRQ, c. C-65.1, r. 5

Loi sur le ministère des travaux publics et des services gouvernementaux, L.C. 1996, c. 16
QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, Journal des débats de la Commission des institutions, 1re session, 40e législature, CI, 17/01/14, vol. 43, no 113, le vendredi 17 janvier 2014, « Étude détaillée du projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile »

Étrangère et international

Arbitration Act, S.O. 1991, c. 17.

Arbitration Act 1996, c. 23 (R.U.)

Civil Procedure Act 1997, c.12 (R.U.)

Employment Rights Act 1996, c. 18. (R.U.)

Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 c. 53 (R.U)

Late Payment of Commercial Debts (Interests) Act 1998, c. 20. (R.U.)

Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009, c. 20 (R.U.)

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Documents A/40/17, annexe I et A/61/17, annexe I, (2006), en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-french_revised%2006.pdf>

The Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009 (Commencement No. 2) (England) Order 2011

The Civil Procedure Rules 1998, 1998 no. 3132 (L.17)

The Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998, No. 649 (R.U.)

The Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998 (Amendment) (England) Regulations 2011, No. 2333 (R.U.)

2. Jurisprudence

Québécoise et canadienne

2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 RCS 919

Advantech Satellite Networks Inc. (6490425 Canada Inc.) c. EMS Technologies Canada Ltd. (Honeywell International Inc.), 2013 QCCA 1847

Axor Construction inc. c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2000 CanLII 18552 (QC CS)

Balian c. Morneau, 2006 QCCS 6249

Bande indienne Wewaykum c. Canada, 2003 CSC 45

Banque de Montréal c. Bail Ltée, [1992] 2 RCS 554

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, 1990 3 RCS 892

Castillo c. Castillo, 2005 CSC 83

Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie, [1978] 1 R.C.S. 369

Condominiums mont Saint Sauveur inc. c. Lese, 1990 CanLII 2867 (QC CA)

Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec c. Marquis, 2011 QCCA 133

Construction Socam ltée c. Centre universitaire de santé de l'Estrie (CUSE), 2007 QCCS 3604

Construction Socam ltée c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke (CHUS), 2009 QCCA 330

Deguisse c. Montminy, 2014 QCCS 2672

Delisle c. Bélanger, Sauvé, Société en nom collectif, 1997 CanLII 8459 (QC CS)

Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 CSC 34

Dens Tech-Dens, k.g. c. Netdent-Technologies inc., 2008 QCCA 1245

Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc., 2003 CSC 17

Diamantopoulos c. Construction Dompat inc., 2013 QCCA 929

Eacom Timber Corporation c. Domtar inc., 2014 QCCA 100

Hachette Distribution Services (Canada) inc. c. 2295822 Canada inc., 2018 QCCS 1213

Girard c. Tremblay, 2002 CanLII 29008 (QC CS)

GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc., 2005 CSC 46
Guilde des musiciens du Québec c. Piché, 1998 CanLII 9518 (QC CS)
Harding c. 6769845 Canada inc., 2015 QCCA 1971
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927
Knot c. 9206-5879 Québec inc., 2017 QCCS 2160
Laurentienne-vie, Cie d'assurances inc. c. Empire, Cie d'assurance-vie, 2000 CanLII 9001 (QC CA)
Lefebvre c. Habitations d'Angoulême inc., 2000 CanLII 18784 (QC CS)
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. Canadienne des pilotes de lignes aériennes, [1993] 3 R.C.S. 724
Marcotte c. Longueuil (Ville), 2009 CSC 43
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée, [1999] 1 R.C.S. 619
Morneau c. Balian, 2007 QCCA 315
Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc., 2012 QCCA 385
Pérusse c. Commissaires d'école de Saint-Léonard de Port Maurice [1970] C.A. 324
Pfizer c. Sous-ministre du revenu national, [1977] 1 RCS 456
Plomberie chauffage St-Amour & Gagnon inc. c. Émyka inc., 2011 QCCQ 3648
Roberge c. Bolduc, [1991] 1 RCS 374
Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc., 2006 QCCA 461
Sous-ministre du Rev. (Qué.) c. Rainville, [1980] 1 R.C.S. 35
SNC-Lavalin inc. c. ArcelorMittal Exploitation minière Canada, 2018 QCCS 3024
Sport Maska Inc. c. Zitrer, [1988] 1 RCS 564
Telus Mobilité c. Comtois, 2012 QCCA 170
Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673
Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello, 2014 CSC 1
Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic, [1983] 1 R.C.S. 529

Jurisprudence britannique

Aspects Contracts (Asbestos) Ltd v Higgins Construction Plc, [2015] UKSC 38

Austin Hall Building Ltd v Buckland Securities Ltd, [2001] All ER (D) 137 (Apr)

Carillion Construction Ltd v Devonport Royal Dockyard Ltd, [2005] EWCA Civ 1358

Carillion Construction Ltd v Devonport Royal Dockyard, [2005] EWHC 778 (TCC)

Hurley Palmer Flatt Ltd v Barclays Bank plc, [2014] EWHC 3042 (TCC)

Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd, [1999] EWHC 254 (TCC)

Nageh v Giddings & Anor, [2006] EWHC 3240 (TCC)

3. Doctrine

ANCEL, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971

BACHAND, F., « Chroniques sectorielles. Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres », (2001) 35 R.J.T. 465-483

BARIN, B. et M.-C. RIGAUD, *L'arbitrage consensuel au Québec : Recueil de jurisprudence*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

BAILEY, J., *Construction Law*, Second edition, coll. Construction practice series, New York, White & Case, Informa Law from Routledge, 2016

BAUDOIN, J.-L., « L'art du droit civil », dans *Hommages à Gérard Cornu : droit et sagesse*, Paris, Dalloz, 2009

BENDAYAN, R. et O. F. KOTT, « L'arbitrage international et domestique : toujours la meilleure solution pour résoudre les litiges dans le domaine de la construction ? Considérations pratiques et juridiques », dans *Développements récents en droit de la construction* (2011), coll. Service de la formation continue, Barreau du Québec

BERNATCHEZ, S. et L. LALONDE (DIR.), *Le nouveau Code de procédure civile du Québec : « Approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2014

BIENVENU, P., « L'arbitrage comme mode de règlement des différends », dans *La Construction au Québec : perspectives juridiques* (1998), Montréal, Wilson & Lafleur, 1998

BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International, 2014.

CARRIER, C. et H. REID, *Code de procédure civile du Québec : Jurisprudence et doctrine*, 34e éd., coll. Collection Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019

CHAMBERLAND, L., *Le Grand Collectif, Code de procédure civile, commentaires et annotations*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017

CÔTÉ, P.-A., M. DEVINAT et S. BEAULAC, *Interprétation des lois*, 4e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2009

DAVIES, J. G., « Dispute Boards. Their Use in Canada », *Construction Law Reports: Alternatives to the Alternatives 2010*

DENIS GAGNON, J., « La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ? », (2010) 69-1 R. du B. 1-55

DESPRÉS, O., « Guide pratique de l'arbitrage conventionnel sous l'autorité du Code civil du Québec et du Code de procédure civile du Québec comme mode approprié de résolution des conflits », *Congrès annuel du Barreau du Québec 1-30*, Montréal, 2009

GLANERT, S. « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 279

GOLTZBERG, S., *Le droit comparé, coll. Que sais-je ?*, Paris, Presses universitaires de France, 2018

HINCHEY, J. W., « Fast-Track International Construction Arbitrations », dans *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers 2013*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2013

HOGUE, M.-J. et E. NEELIN, « Fascicule 3 Arbitrage », dans JurisClasseur Quebec, coll. « Droit civil », Procédure civile I (2e édition), fasc.3, Montréal, LexisNexis Canada, no. 31

HOGUE, M.-J. et V. ROY, « L'arbitrage conventionnel », dans *Régler autrement les différends*, Deuxième édition, Montréal, LexisNexis, 2018, 147

HOLT GWYN, A. et C. GWYN SCHENCK. « Arbitration of Construction Disputes », College of Commercial Arbitrators, <https://www.ccaarbitration.org/wp-content/uploads/Construction-Disputes.pdf>

JENKINS, J., *International Construction Arbitration Law*, Second Edition, 1, coll. Kluwer Law International: Arbitration in Context Series, Zuidpoelsingel, Wolters Kluwer Law & Business, 2013

KELLY, G. S., *Construction law: an introduction for engineers, architects, and contractors*, coll. Wiley Online Library, John Wiley & Sons, 2012.

KAUFFMAN, D. H., *The Construction Hypothesis: Insights Into Quebec Lien and Construction Law*, Montreal, Wilson & Lafleur, 2015

KENDALL, J., « Expert Determination: It's Use in Resolving Art and Antiquity Disputes », (1997) 2-4 Art Antiquity & Law 325-330

KIRSH, H. J., Pittfalls, Perceptions, and Processes in Construction Arbitration, Annual Conference of the Canadian College of Construction Lawyers, San Francisco, 2012, <http://www.cccl.org/Featured%20article%20-%20November%202012.pdf>

- KONDEV, D., *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, Chichester, West Sussex, United Kingdom ; Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons Ltd., 2017
- LAFOND, P.-C., « Introduction », dans *Régler autrement les différends*, Deuxième édition, Montréal LexisNexis, 2018
- LAFOND, P.-C., et M. THÉRIAULT, « La médiation », dans *Régler autrement les différends*, Deuxième édition, Montréal, LexisNexis, 2018
- MATHIEU-IZORCHE, M. L., « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009
- MIRABONA, A., « Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement », (2008) 38 R.D.U.S. 542
- MOORE, B., « Le droit civil au Canada », Revue de l'ERSUMA, Numéro spécial, Mars 2014
- MUIR-WATT, H., « La fonction subversive du droit comparé » (2000), 52 Revue internationale de droit comparé 3
- MÜLLER-CHEN, M., C. MÜLLER et C. WIDMER LÜCHINGER, *Comparative Private Law*, Zurich, Dike, 2015
- NAOUM, S., « An overview into the concept of partnering », (2003) 21 International Journal of Project Management 71-76
- PICHÉ, C., « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 R.D.U.S., 552

- PICKAVANCE, J., *A Practical Guide to Construction Adjudication*, Chichester, West Sussex, Wiley Blackwell, 2016
- PONTHOREAU, M. -C., « Comparaison et raisonnement juridique », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009
- PONTHOREAU, M. -C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », 57 *Revue internationale de droit comparé* 1, 7
- REDMOND, J. *Adjudication in construction contracts*, Oxford, Malden, MA : Blackwell Science, 2001
- ROUSSEAU, G., « Intervention des tiers à l'instance », dans *Jurisclasseur Québec*, coll. « Droit civil », Procédure civile I (2e édition), fasc.17, Montréal, LexisNexis Canada, no.19, à jour au 1er août 2018
- ROUSSEAU-HOULE, T., *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982
- SAMUEL, G., « Dépasser le fonctionnalisme », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009
- SANTACROCE, F. G., « The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision? », (2015) 21 *Arbitration International*, 283
- SAVARD, J. A. et B. P. QUINN, « L'hypothèque légale » dans O. KOTT et C. ROY (Dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998
- SIMART, G., *Manuel du notaire-médiateur*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016

STEINDL, B. H., « The Emergency Arbitrator in International Construction Arbitration », dans *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham papers* 2013, New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 258

THUILLEAUX, S. *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991

TO, C., « Adjudication - a Form of 'Rough Justice' ? », (2017) Volume 2017-Issue 4 Asian Dispute Review 184-189

VALASEK, M. et F. WILSON, « Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective », (2013) 29 *Arbitration International* 1, 63

VALCKE, C. « «Droit» : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009

VIGOUR, C., « Faire varier les échelles dans la comparaison », dans *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009

4. Publications gouvernementales

VILLENEUVE, R., *Projet pilote contre les retards de paiement dans le domaine de la construction*, Direction générale des politiques de marchés publics et Secrétariat du Conseil du trésor, 2019, en ligne <
https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/faire_affaire_avec_etat/marches_publics/projet_pilote_retard_construction.pdf>

CHARBONNEAU, F. et R. LACHANCE, *Rapport final de la Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction

5. Rapports, études et publications d'organisme

ARCADIS, *Global Construction Disputes Report 2019 : Laying the Foundations for success*, 2019, en ligne : <<https://www.arcadis.com/en/united-kingdom/our-perspectives/2019/june/global-construction-disputes-report-2019/>>

BARREAU DU QUÉBEC, *Pour un système de justice en santé*, 2018, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1176/rapport-demandes-financement-justice.pdf>>

COLLEGE OF COMMERCIAL ARBITRATORS, *Protocols for Expeditious, Cost-Effective Commercial Arbitration*, en ligne : <https://www.ccaarbitration.org/wp-content/uploads/CCA_Protocols.pdf>

INSTITUT DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DU QUÉBEC. *Guide des modes de prévention et de règlement des différends pour la construction*, mai 2017, en ligne : <<http://imaq.org/wp-content/uploads/2017/10/IMAQ-Guide-construction-WEB.pdf>>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Final Report on Construction Industry Arbitrations*, 2001, en ligne : <http://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0017.htm>

LATHAM, Sr. M, *Constructing the Team. Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Agreements in the United Kingdom Construction Industry*, 1994, en ligne: <<http://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Constructing-the-team-The-Latham-Report.pdf>>

PRISM ECONOMICS AND ANALYSIS, *The Need for a Prompt Payment Act in Federal Government Construction*, en ligne : <<https://mcac.ca/wp-content/uploads/2015/08/Prism-Economics-Prompt-Payment-Report-2013.pdf>>

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON & CIE ET COALITION CONTRE LES
RETARDS DE PAIEMENT DANS LA CONSTRUCTION, *Étude d'impact des retards
de paiement dans l'industrie de la construction au Québec*, 2015, en ligne :
<[http://aermq.qc.ca/wp-content/uploads/2016/08/rapport-coalition-contre-retrad-
paiement.pdf](http://aermq.qc.ca/wp-content/uploads/2016/08/rapport-coalition-contre-retrad-
paiement.pdf)>

REYNOLDS, B. ET S. VOGEL, *Établir un juste équilibre - Rapport de l'Examen d'experts de
la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction de l'Ontario*, 2016, en ligne :
<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/cla_report/ >

REYNOLDS, R. B. et S. C. VOGEL, *Établissement d'un cadre fédéral pour le régime de
paiement sans délai et d'arbitrage intérimaire*, 2018, en ligne : <[https://www.cca-
acc.com/wp-content/uploads/2018/08/Établissement-d'un-cadre-fédéral.pdf](https://www.cca-
acc.com/wp-content/uploads/2018/08/Établissement-d'un-cadre-fédéral.pdf)>