Faculté de Droit
Direction des bibliothèques

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN AVANT ET DURANT UN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

par Frédéric BACHAND

THÈSE DE DOCTORAT EFFECTUÉE EN COTUTELLE

À

LA FACULTÉ DE DROIT

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

et

L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

DROIT-ÉCONOMIE-SCIENCES SOCIALES

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

et à

l'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-économie-Sciences Sociales en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (Arrêté du 30 mars 1992 modifié par l'arrêté du 25 avril 2002)

Juin 2004

© Frédéric BACHAND 2004

Faculté des Études Supérieures
Grade octroyé à compter du
02 SEP 2004
Université de Montréal

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
Faculté des études supérieures

et

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
Droit-économie-Sciences Sociales

Cette thèse intitulé

L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN AVANT ET DURANT UN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

présentée et soutenue publiquement à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Droit-économie-Sciences Sociales par

M. Frédéric BACHAND

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Président du jury :	**M. Pierre MAYER**, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Directeur de recherche :	**M. Gérald GOLDSTEIN**, Professeur à l'Université de Montréal
Directeur de recherche :	**M. Charles JARROSSON**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Membre du jury :	**M. Emmanuel GAILLARD**, Professeur à l'Université Val de Marne (Paris XII)
Membre du jury :	**M. Alain PRUJINER**, Professeur à l'Université Laval

Remerciements :

Je regretterai toujours de n'avoir pu remercier adéquatement le Professeur FOUCHARD, *lui qui m'a tant encouragé et, surtout, inspiré – par sa rigueur, son ouverture, sa générosité et sa passion – à réaliser cette thèse. Comme tant d'autres, j'ai le sentiment d'avoir perdu, de manière aussi soudaine qu'injuste, un véritable modèle, à tous égards. Cette thèse est dédiée à sa mémoire.*

Je n'aurais pu réaliser cette étude sans le soutien et l'apport du Professeur GOLDSTEIN. *Sa disponibilité, sa rigueur et son intégrité intellectuelle en font un directeur de recherche idéal. Travailler sous sa direction fut un réel privilège; je le remercie sincèrement. Je remercie aussi sincèrement le Professeur* JARROSSON, *dont la générosité, la disponibilité et le soutien au cours des derniers mois furent, dans les circonstances, absolument remarquables.*

J'ai eu la chance d'être appuyé financièrement par divers organismes qui m'ont permis de réaliser cette thèse dans des conditions idéales. Je remercie sincèrement le ***Fonds pour la formation de chercheurs et l'aide à la recherche du Québec****, la* ***Faculté de droit*** *et la* ***Faculté des études supérieures*** *de l'****Université de Montréal****, la* ***Fondation Aubrey-Vincent-Senez*** *et l'****Académie de droit international de La Haye****.*

On ne peut entreprendre ni réaliser un projet d'une telle ampleur sans le soutien de ses proches. J'ai la chance d'être entouré d'amis, parents et collègues qui m'ont constamment aidé et encouragé au cours des dernières années. Je les remercie tous chaleureusement.

Résumé :

Cette thèse précise les conditions dans lesquelles les tribunaux judiciaires canadiens peuvent intervenir avant ou durant un arbitrage commercial international, soit afin d'y prêter assistance, soit afin d'en contrôler la légalité. Elle soumet également ces conditions à l'analyse critique, dans le but d'esquisser une théorie générale de l'intervention avant et durant un arbitrage commercial international des juges œuvrant dans les États qui ont choisi d'accorder leur concours à la justice arbitrale internationale. Principalement, cette théorie repose sur l'idée selon laquelle l'intervention judiciaire survenant avant le prononcé de la sentence ne doit – à quelques exceptions près – servir que les intérêts des opérateurs du commerce international, les intérêts publics prépondérants ne devant être pris en compte que dans l'élaboration des conditions de l'intervention judiciaire survenant après le prononcé de la sentence. De cette idée directrice découlent deux conséquences majeures. D'abord, les ordres juridiques des États qui accordent leur concours à la justice arbitrale internationale doivent être perméables à des faits normatifs transnationaux qui s'intéressent à l'intervention judiciaire avant et durant un arbitrage commercial international, car l'adoption d'une loi ayant vocation à régir spécialement l'arbitrage commercial international ne peut jamais – à elle seule – assurer que les tribunaux judiciaires agiront de manière pleinement satisfaisante. Ensuite, les conditions de cette intervention doivent surtout avoir pour objectif d'accroître l'efficacité – envisagée du point de vue des opérateurs du commerce international – de ce système de justice internationale.

Mots-clés :

Arbitrage commercial international; droit judiciaire privé; droit international privé; intervention judiciaire; Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international; droit canadien; droit comparé.

Abstract :

This thesis sets out the conditions under which Canadian courts can intervene prior to and during an international commercial arbitration, either to assist the arbitral process or to control its legality. These conditions are also analyzed in a critical manner, with a view to elaborating a general theory of judicial intervention prior to and during an international commercial arbitration in States that have chosen to support international arbitral justice. This theory essentially rests on the idea that judicial intervention occurring before the rendering of the award must almost entirely be geared towards satisfying the interests of international business operators, as superior public interests need only be reflected in the conditions under which courts may intervene after an award has been rendered. Two major consequences flow from this idea. Firstly, the legal orders of States that have chosen to support international arbitral justice must be permeable to transnational normative facts which relate to judicial intervention prior to and during an international commercial arbitration, as the adoption of legislation dealing specifically with international commercial arbitration can never – in itself – ensure that courts will act in a fully satisfactory manner. Secondly, the conditions of such intervention must essentially be aimed at increasing the efficiency – assessed from the point of view of international business operators – of this system of international justice.

Keywords :

International commercial arbitration; civil procedure; private international law; judicial intervention; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Canadian law; comparative law.

L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN AVANT ET DURANT UN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

TABLE DES ABRÉVIATIONS xiv

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE JURIDIQUE DE L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN 19

TITRE I – L'INTÉGRATION DE FAITS NORMATIFS TRANSNATIONAUX SUSCEPTIBLES D'INFLUER SUR LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN 21

Chapitre I. Les faits normatifs se rapportant à la participation du Canada à des initiatives d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international 22

Section I. Les faits normatifs liés à l'adhésion du Canada à la Convention de New York 27

§ I. Les obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York 29

A) L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des règles interétatiques émanant de la Convention de New York 29

B) L'importance à accorder aux règles interétatiques émanant de la Convention de New York dans l'interprétation du droit interne 39

§ II. Les faits normatifs visés par les directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique 44

A) L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique 45

B) Les conséquences de la prise en compte des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique sur l'interprétation de la Convention de New York 51

1) L'influence du texte des dispositions pertinentes de la Convention 52

2) L'influence du but et de l'objet de la Convention 56

3) L'influence de la jurisprudence et des lois sur l'arbitrage des autres États parties à la Convention 60

4) L'absence de toute obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la Convention 68

Section II. Les faits normatifs liés à la mise en œuvre de la Loi type au Canada 73

§ I. L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI 74

§ II. Les conséquences de la prise en compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI 80

1) Le rejet d'interprétations reflétant des particularités strictement locales 80

2) La prise en compte des travaux préparatoires de la Loi type 84

3) La prise en compte de la jurisprudence émanant des autres États ayant mis en œuvre la Loi type 90

Conclusion du Chapitre I 96

Chapitre II. Les principes généraux de l'arbitrage commercial international 98

Section I. L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des principes généraux de l'arbitrage commercial international 98

Section II. Le caractère transnational des principes généraux de l'arbitrage commercial international 112

Conclusion du Chapitre II 123

Conclusion du Titre I 124

TITRE II – LA NEUTRALISATION DE RÈGLES INTERNES SUSCEPTIBLES D'INFLUER SUR LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN 126

Chapitre I. Les causes de la neutralisation de règles internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien 127

Section I. La règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type 127

§ I. Fondement de la règle 127

§ II. Portée de la règle 132

A) La règle vise toute forme d'assistance et de contrôle judiciaires 132

B) La règle n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for 138

C) Les « pouvoirs inhérents » dont disposent les juges des cours supérieures canadiennes ne limitent pas la portée de la règle 143

1) L'hypothèse de l'existence d'un pouvoir général de supervision des arbitrages conventionnels 144

2) L'hypothèse de l'application à un tribunal arbitral conventionnel du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures 152

D) La règle ne peut être écartée conventionnellement par les parties 155

§ III. Mise en évidence du phénomène de neutralisation qu'entraîne la règle 160

A) L'indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'un arbitrage 161

B) L'indisponibilité du recours déclaratoire ou en nullité ayant pour objet la légalité de l'arbitrage 166

C) L'indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal judiciaire étranger en violation d'une convention d'arbitrage 172

Section II. Les principes généraux s'opposant au contrôle judiciaire, en cours d'instance arbitrale, d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for 175

§ I. Le principe réservant aux tribunaux judiciaires du lieu du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage 175

§ II. Le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage 180

Conclusion du Chapitre I 183

Chapitre II. L'existence de certaines règles internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien 186

Section I. Les règles découlant des dispositions proprement internes des lois canadiennes régissant l'arbitrage commercial international 188

§ I. Dans les juridictions de common law 189

§ II. Au Québec 192

Section II. Les règles permettant au juge de prêter assistance à un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for 196

§ I. Les règles de compétence internationale permettant l'intervention judiciaire visant à constituer le tribunal arbitral avant que le lieu du siège ait été déterminé 197

§ II. Les règles fédérales permettant l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves 202

Conclusion du Chapitre II 207

Conclusion du Titre II 208

Conclusion de la Première partie 209

DEUXIÈME PARTIE : LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN 211

TITRE I – L'ASSISTANCE À L'ARBITRAGE 212

Chapitre I. L'assistance visant à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage 212

Section I. L'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet négatif : le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral 214

§ I. Les conditions du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral 218

A) La condition substantielle : l'efficacité de la convention d'arbitrage 218

1) La saisine préalable du tribunal arbitral n'entraîne pas le dessaisissement du juge 219

2) Le dessaisissement du juge est provoqué par la seule efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage 220

B) La condition procédurale : le moment où doit être demandé le renvoi à l'arbitrage 236

1) Diversité des critères en vigueur au Canada 237

a) Le critère des premières conclusions quant au fond du différend 238

b) Le critère des autres initiatives procédurales en vigueur en Colombie-Britannique 240

c) Le critère de l'inscription de la cause pour enquête et audition en vigueur au Québec 244

2) Inexistence d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge d'accueillir une demande de renvoi à l'arbitrage présentée tardivement 251

§ II. Non-pertinence de certains facteurs parfois considérés dans l'appréciation du bien-fondé d'une demande de renvoi à l'arbitrage 253

A) L'opportunité du recours à l'arbitrage 253

B) L'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties 260

Section II. L'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet positif : l'assistance visant à assurer la constitution du tribunal arbitral 267

§ I. L'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre 268

A) La compétence internationale du juge saisi d'une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre 269

1) La règle générale : le juge ne peut intervenir que si la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu du siège de l'arbitrage sur le territoire du for 269

2) L'exception : le juge doit pouvoir intervenir même si le lieu du siège de l'arbitrage n'est pas fixé dans la convention d'arbitrage invoquée afin de prévenir un déni de justice 272

B) Les conditions substantielles de l'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre 278

1) L'existence d'un blocage de la procédure de nomination applicable 278

2) L'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage 285

§ II. La révocation de la mission d'un arbitre 288

A) L'existence d'un motif donnant ouverture à la révocation de la mission d'un arbitre 290

1) L'impossibilité d'agir 290

2) Le défaut d'agir dans un délai raisonnable 293

B) L'absence d'accord des parties permettant de régler efficacement un désaccord sur l'existence d'un motif donnant ouverture à la révocation de la mission d'un arbitre autrement que par l'intervention du juge 296

Conclusion du Chapitre I 298

Chapitre II. L'assistance visant à assurer l'efficacité de la procédure arbitrale 301

Section I. L'assistance relative aux mesures de nature procédurale 303

§ I. L'assistance relative à l'obtention de preuves 303

A) Lorsque le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for 305

B) Lorsque le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger 310

§ II. L'assistance relative à des mesures provisoires ou conservatoires 313

A) L'octroi de mesures provisoires ou conservatoires 319

1) Le pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires .. 319

a) La règle générale : le juge peut, sauf convention contraire des parties, octroyer toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for 320

b) L'exception : le juge ne doit pas pouvoir ordonner le versement d'un cautionnement pour frais 329

2) La malheureuse inexistence de conditions substantielles destinées à éviter un empiétement du juge sur la compétence arbitrale 332

B) L'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral 334

1) L'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral n'est possible qu'en vertu des lois britanno-colombienne et ontarienne 335

2) Les lacunes des mécanismes d'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral prévus dans les lois britanno-colombienne et ontarienne 344

Section II. L'assistance relative à la jonction d'instances arbitrales parallèles 350

Conclusion du Chapitre II 360

Conclusion du Titre I 363

TITRE II – LE CONTRÔLE DE L'ARBITRAGE 365

Chapitre I. Le contrôle de la compétence du tribunal arbitral 367

Section I. Les conditions substantielles 368

§ I. L'existence d'une décision du tribunal arbitral affirmant en cours d'instance sa propre compétence 369

§ II. L'absence d'accord des parties d'exclure l'intervention judiciaire en cours d'instance arbitrale 379

Section II. Les conditions procédurales : la compétence internationale du juge et le délai dans lequel son intervention doit avoir été sollicitée 384

Chapitre II. Le contrôle du statut d'un arbitre 390

Section I. Les conditions substantielles 391

§ I. L'existence d'une décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale et affirmant la régularité du statut de l'arbitre 391

§ II. L'autre condition pertinente seulement au Québec et en Colombie-Britannique : l'absence d'accord des parties d'exclure l'intervention judiciaire 401

Section II. Les conditions procédurales : la compétence internationale du juge et le délai dans lequel son intervention doit avoir été sollicitée 405

Conclusion du Titre II 405

Conclusion de la Deuxième partie 408

CONCLUSION GÉNÉRALE 414

ANNEXES 418

I. *CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DE SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES* (1958) 418

II. *LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL* (1985) 421

III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES CANADIENNES RÉGISSANT L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (SÉLECTION) 430

A. Dispositions législatives fédérales 430

i) *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2e supp.) (extraits) 430

ii) *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2e supp.) (extraits) 432

B. Dispositions législatives québécoises 433

i) *Code civil du Québec* (art. 2638-2643) 433

ii) *Code de procédure civile* (art. 940-951.2) 433

C. *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I-9 (Ontario) (extraits) 439

D. Dispositions législatives britanno-colombiennes 441

i) *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233 441

ii) *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 154 (extraits) 452

IV. DISPOSITIONS DU *NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE* FRANÇAIS RÉGISSANT L'ARBITRAGE 453

BIBLIOGRAPHIE 461

I. TRAITÉS, MONOGRAPHIES ET THÈSES 461

II. OUVRAGES COLLECTIFS 469

III. ARTICLES, COURS, NOTES ET RAPPORTS 471

INDEX ANALYTIQUE 509

TABLE DES ABRÉVIATIONS

1st Cir.	United States Court of Appeals for the First Circuit
2d Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
3d. Cir.	United States Court of Appeals for the Third Circuit
5th Cir.	United States Court of Appeals for the Fifth Circuit
6th Cir.	United States Court of Appeals for the Sixth Circuit
7th Cir.	United States Court of Appeals for the Seventh Circuit
8th Cir.	United States Court of Appeals for the Eight Circuit
11th Cir.	United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit
A.C.	*Appeal Cases* (Royaume-Uni)
A.C.D.I.	*Annuaire de la Commission de droit international*
A.C.F.	*Arrêts de la Cour fédérale* (Canada)
A.D.R.L.J.	*Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*
A.G.N.U.	Assemblée générale des Nations Unies
A.J.	*Alberta Judgments*
A.J.I.L.	*American Journal of International Law*
A.L.J.	*Australian Law Journal*
A.L.R.	*Australian Law Reports*
AAA	American Arbitration Association
Admin. L.R.	*Administrative Law Reports*
Advocates' Q.	*Advocates Quarterly*
AJIL	*American Journal of International Law*
Al.	Alinéa
ALÉNA	*Accord de libre-échange nord-américain*
All E.R.	*All England Reports*
Alta. C.A.	Alberta Court of Appeal

Alta. L.R.	*Alberta Law Reports*
Alta L. Rev.	*Alberta Law Review*
Am. J. Comp. L.	*American Journal of Comparative Law*
Am. Rev. Int'l Arb.	*American Review of International Arbitration*
Ann. can. dr. int.	*Annuaire canadien de droit international*
Arb. Int.	*Arbitration International*
Arb. J.	*Arbitration Journal*
Arb. L.J.	*Arbitration Law Journal*
Arch. phil. dr.	*Archives de philosophie du droit*
Auckland Dist. Ct.	Auckland District Court
Auckland H.Ct.	Auckland High Court
B.C. C.A.	British Columbia Court of Appeal
B.C. Int'l & Comp. L. Rev.	*Boston College International and Comparative Law Review*
B.C. Reg.	*British Columbia Regulations*
B.C. S.C.	British Columbia Supreme Court
B.C.J.	*British Columbia Judgments*
B.C.L.R.	*British Columbia Law Reports*
B.L.R.	*Building Law Reports*
B.L.R.	*Business Law Reports*
B.Y.I.L.	*British Yearbook of International Law*
Brooklyn J. Int'l L.	*Brooklyn Journal of International Law*
Bull. A.S.A.	*Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage*
Burr.	*Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield*
C. de D.	*Cahiers de droit*
C. dist. Ont.	Cour de district de l'Ontario
C. Ont. (Div. gén.)	Cour de l'Ontario (Division générale)
C. sup. Ont. (H.C.J.)	Cour suprême de l'Ontario (Haute Cour de Justice)
C.A. Engl.	Court of Appeal of England and Wales

C.A. Féd.	Cour d'appel fédérale (Canada)
C.A. Ont.	Cour d'appel de l'Ontario
C.A. Qué.	Cour d'appel du Québec
C.C.I.	Cour canadienne de l'impôt
C.c.Q.	*Code civil du Québec*
C.F. 1ère inst.	Cour fédérale du Canada, division de première instance
C.F.	*Recueils de la Cour fédérale* (Canada)
C.I.J. Recueil	*Recueil des arrêts, avis et ordonnances – Cour internationale de Justice*
C.J. Ont.	Cour de Justice de l'Ontario
C.L.P.	*Current Legal Problems*
C.L.R.	*Commonwealth Law Reports* (Australie) ou *Construction Law Reports* (Canada)
C.P. du N.	*Cours de perfectionnement du Notariat*
C.P.C.	*Carswell's Practice Cases*
C.p.c.	*Code de procédure civile* (Québec)
C.P.R.	*Canadian Patent Reporter*
C.Q.	Cour du Québec
C.S. Qué.	Cour supérieure du Québec
C.S.J. Ont.	Cour supérieure de justice de l'Ontario
C.T.C.	*Canada Tax Cases*
CACNIQ	Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec
Cah. dr. ent.	*Cahiers de droit de l'entreprise*
Cal. Rptr.	*California Reporter*
Can. Bus. L.J.	*Canadian Business Law Journal*
Can-U.S. L.J.	*Canada-United States Law Journal*
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile (France)
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale (France)

CCAC	Centre canadien d'arbitrage commercial
CCI	Chambre de commerce internationale
Ch. D.	*Law Reports: Chancery Division (1875-90)* (Angleterre)
Ch.	*Law Reports: Chancery Division (1891-)* (Angleterre)
CIJ	Cour internationale de Justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Cl. & F.	*Clark & Finnelly's House of Lords Cases*
CLOUT	*Case Law on UNCITRAL Texts – Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI*
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Co. Rep.	*Coke's King's Bench Reports*
Colum. J. Transnat'l L.	*Columbia Journal of Transnational Law*
Coop. G.	*Cooper's Chancery Reports tempore Eldon*
Cornell Int'l L.J.	*Cornell International Law Journal*
Cornell L.Q.	*Cornell Law Quarterly*
Croat. Arbit. Yrbk.	*Croatian Arbitration Yearbook*
CSC	Cour suprême du Canada
D. Minn.	District of Minnesota
D.C.R.	*District Court Reports* (Nouvelle-Zélande)
D.D.C.	District Court of Columbia (États-Unis)
D.P.C.I.	*Droit et pratique du commerce international*
Dalhousie L.J.	*Dalhousie Law Journal*
Disp. Resol. J.	*Dispute Resolution Journal*
DORS	*Décrets, Ordonnances et Règlements Statutaires* (Canada)
Duke J. Comp. & Int'l L.	*Duke Journal of Comparative and International Law*
Eng. Rep.	*English Reports*

F.	*Federal Reporter* (États-Unis)
F.2d	*Federal Reporter: Second Series* (États-Unis)
F.3d	*Federal Reporter: Third Series* (États-Unis)
F.C.A.	Federal Court of Australia
F.C.J.	*Federal Court Judgments* (Canada)
F.Supp.	*Federal Supplement* (États-Unis)
F.T.R.	*Federal Trial Reports* (Canada)
Fordham Int'l. L.J.	*Fordham International Law Journal*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
Grand Ct. Cay. Il.	Grand Court of the Cayman Islands
H.C. Aust.	High Court of Australia
H.C. H.K.	High Court of Hong Kong
H.C. Sing.	High Court of Singapore
H.K. C.A.	Hong Kong Court of Appeal
H.K. L.D.	*Honk Kong Law Digest*
H.K.C.	*Honk Kong Cases*
H.K.L.R.	*Hong Kong Law Reports*
H.L.	House of Lords
Harv. Int'l L.J.	*Harvard International Law Journal*
Harv. L. Rev.	*Harvard Law Review*
Hem. & M.	*Hemming & Miller's Chancery Reports*
Hous. Bus. & Tax L.J.	*Houston Business and Tax Law Journal*
Hous. J. Int'l L.	*Houston Journal of International Law*
Hous. L. Rev.	*Houston Law Review*
I.C.L.Q.	*International and Comparative Law Quarterly*
I.L.M.	*International Legal Materials*
IBA	International Bar Association
ICCA	International Council for Commercial Arbitration

ICSID	*International Centre for Settlement of Investment Disputes*
ICSID Rev. – For. Inv. L.J.	*ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*
Ind. L.J.	*Indiana Law Journal*
Int. Bus. Law.	*International Business Lawyer*
Int. Arb. L. Rev.	*International Arbitration Law Review*
Int. Law.	*International Lawyer*
Int'l L. Update	*International Law Update*
Iowa L. Rev.	*Iowa Law Review*
Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.	*Iran-US Claims Tribunal Reports*
J. Disp. Resol.	*Journal of Dispute Resolution*
J. Int. Arb.	*Journal of International Arbitration*
J. of L. & Com.	*Journal of Law and Commerce*
J. of World Inv.	*Journal of World Investment*
J.D.I.	*Journal du droit international*
J.E.	*Jurisprudence-Express*
J.O.C.E.	*Journal officiel des Communautés européennes*
J.Q.	*Jugements du Québec*
J.S.P.T.L.	*Journal of the Society of Public Teachers of Law*
K.B.	*King's Bench* (Angleterre)
L.C.	*Lois du Canada*
L.D.I.P.	*Loi sur le droit international privé* (Suisse)
L.M.	*Lois du Manitoba*
L.M.C.L.Q.	*Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*
L.Q.	*Lois du Québec*
L.Q.R.	*Law Quarterly Review*
L.R.C.	*Lois refondues du Canada*
L.R.N.B.	*Lois refondues du Nouveau-Brunswick*
L.R.O.	*Lois refondues de l'Ontario*

L.R.Q.	*Lois refondues du Québec*
L.T.	*Law Times*
La. L. Rev.	*Loyola Law Review*
LCIA	London Court of International Arbitration
Lloyd's L. Rep.	*Lloyd's Law Reports* (Angleterre)
Loy. L.A. Int. & Comp. L.J.	*Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*
M.A.L.Q.R.	*Model Arbitration Law Quarterly Reports*
M.J.	*Manitoba Judgments*
Maine L.R.	*Maine Law Review*
Man. Q.B.	Manitoba Court of Queen's Bench
Man. R.	*Manitoba Reports*
Mealeys' Int. Arb. Rep.	*Mealey's International Arbitration Reports*
N.C.P.C.	*Nouveau Code de procédure civile* (France)
N.D. Cal.	Northern District of California
N.D.N.Y.	Northern District of New York
N.R.	*National Reporter* (Canada)
N.S. S.C.	Nova Scotia Supreme Court
N.S.W.L.R.	*New South Wales Law Reports*
N.Y. 2d	*New York Reports : Second Series*
N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.	*New York Law School Journal of International and Comparative Law*
N.Y.S. 2d	*New York Supplement : Second Series*
N.Z. C.A.	New Zealand Court of Appeal
Nfld. S.C.	*Newfoundland Supreme Court*
n°	Numéro
Nw. J. of Int'l L. & Bus.	*Northwestern Journal of International Law and Business*
O.J.	*Ontario Judgments*
O.R.	*Ontario Reports*

OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
Osgoode Hall L.J.	*Osgoode Hall Law Journal*
Ottawa L. Rev.	*Ottawa Law Review*
P.D.	*Probate Division (Law Reports)*
P.E.I.S.	*Prince Edward Island Statutes*
Pace Int'l L. Rev.	*Pace International Law Review*
Par ex.	Par exemple
Par.	Paragraphe
Q.B.	Queen's Bench (Angleterre)
R. du B. can.	*Revue du Barreau canadien*
R. du B.	*Revue du Barreau*
R. du N.	*Revue du Notariat*
R.C.A.D.I.	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*
R.C.D.I.P.	*Revue critique de droit international privé*
R.C.S.	*Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*
R.D. McGill	*Revue de droit de McGill*
R.D.A.I.	*Revue de droit des affaires internationales*
R.D.J.	*Recueil de droit judiciaire* (Québec)
R.D.U.	*Revue de droit uniforme*
R.D.U.S.	*Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*
REJB	*Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau* (Québec)
R.G.D.	*Revue générale de droit*
R.G.D.I.P.	*Revue générale de droit international public*
R.I.D.C.	*Revue internationale de droit comparé*
R.I.E.J.	*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*
R.J.Q.	*Recueil de jurisprudence du Québec*
R.J.T.	*Revue juridique Thémis*

R.P.	*Rapports de pratique* (Québec)
R.R.A.	*Recueil en responsabilité et assurance* (Québec)
R.S.N.	*Revised Statutes of Newfoundland*
R.S.N.S.	*Revised Statutes of Nova Scotia*
R.S.N.W.T.	*Revised Statutes of Northwest Territories*
R.S.P.E.I..	*Revised Satutes of Prince Edward Island*
R.S.Y.	*Revised Statutes of Yukon*
R.T. Can.	*Recueil des traités du Canada*
R.T.D. civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
R.T.D. com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
R.T.N.U.	*Recueil des traités des Nations Unies*
R.T.S.N.	*Recueil des traités de la Société des Nations*
R.-U.	Royaume-Uni
Rev. arb.	*Revue de l'arbitrage*
Rev. Int'l Bus. Law	*Review of International Business Law*
Rev. jur. com.	*Revue de jurisprudence commerciale*
Rev. suisse dr. int. et dr. eur.	*Revue suisse de droit international et de droit européen*
S.A.	*Statutes of Alberta*
S.C. N.S.W. (C.A.)	Supreme Court of New South Wales (Court of Appeal)
S.C. N.S.W.	Supreme Court of New South Wales
S.C.J.	*Supreme Court Journal* (Inde)
S.C.L.R.	*Supreme Court Law Review*
S.D.N.Y.	*Southern District Court of New York* (États-Unis)
S.L.R.	*Singapore Law Reports*
S.O.	*Statutes of Ontario*
S.S.	*Statutes of Saskatchewan*
Sask. C.A.	Saskatchewan Court of Appeal

Sask. Q.B.	Saskatchewan Court of Queen's Bench
Sask. R.	*Saskatchewan Reports*
Stan. L.R.	*Stanford Law Review*
Stat. L.R.	*Statute Law Review*
Sup. Ct. Ind.	Supreme Court of India
Syracuse J. Int'l L. & Com.	*Syracuse Journal of International Law and Commerce*
Tex. Int'l L.J.	*Texas International Law Journal*
Trib. gr. inst.	Tribunal de grande instance
Tul. Mar. L.J.	*Tulane Maritime Law Journal*
Tulane J. of Int'l & Comp. Law	*Tulane Journal of International and Comparative Law*
Tulane L. Rev.	*Tulane Law Review*
U. Chi. L. Rev.	*University of Chicago Law Review*
U. of T. L.J.	*University of Toronto Law Journal*
U. Pa. L. Rev.	*University of Pennsylvania Law Review*
U.B.C. L. Rev.	*University of British Columbia Law Review*
U.S.	*United States Reports*
UCLA L. Rev.	*UCLA (University of California, Los Angeles) Law Review*
Va. J. Int'l L.	*Virginia Journal of International Law*
Vand. L.R.	*Vanderbilt Law Review*
W.D.N.Y.	Western District of New Yok
W.W.R.	*Western Weekly Reports* (Canada)
Wellington Dist. Ct.	Wellington District Court
Willamette L. Rev.	*Willamette Law Review*
Wis. Int'l L.J.	*Wisconsin International Law Journal*
Yale L.J.	*Yale Law Journal*
Yearbook Com. Arb.	*Yearbook Commercial Arbitration*

Introduction générale

1. – De manière quelque peu paradoxale – du moins *a priori* – c'est aux tribunaux judiciaires que l'on a confié des fonctions essentielles au bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international, ce « système de justice internationale »[1] – aujourd'hui devenu le mode normal de règlement des différends du commerce international[2] – auquel on a pourtant surtout recours parce que l'on cherche à se soustraire à la justice étatique.

2. – Le juge joue premièrement un rôle essentiel d'*assistance* à un mécanisme de résolution de différends qui, en raison de son fondement conventionnel, ne pourrait fonctionner de manière pleinement efficace sans possibilités d'intervention d'une tierce

---

[1] L'expression, qui est particulièrement heureuse en ce qu'elle reflète bien la spécificité de l'arbitrage commercial international, est de H. Holtzmann, « L'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale », Rev. arb. 1978.253.

[2] Voir, en ce sens : P. Lalive, « L'importance de l'arbitrage commercial international », dans N.Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 15 à la p. 16; Ph. Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? », (1989) 34 R.D. McGill 435 à la p. 439; W.L. Craig, « Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 1 à la p. 2; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 1, n° 1; D. Hascher, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 1999.279.51 à la p. 59; L.Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : 'Beware, My Lord, of Jealousy' », (2001) 80 R. du B. can. 143 à la p. 143.

autorité[3]. Une telle intervention peut s'avérer nécessaire, par exemple, afin d'assurer l'exécution en nature de la convention d'arbitrage, soit dans son effet négatif – qui implique la renonciation à la compétence des tribunaux judiciaires –, soit dans son effet positif – qui implique l'assujettissement à la compétence exclusive d'une juridiction privée – lorsque survient un blocage lors de la constitution du tribunal arbitral; elle peut également s'avérer nécessaire lorsque, avant même que la convention d'arbitrage n'ait été pleinement mise en œuvre, l'urgence nécessite que soient prises certaines mesures provisoires ou conservatoires; elle peut même s'avérer nécessaire une fois le tribunal constitué, lorsque des mesures procédurales doivent être prises à l'endroit des personnes qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage et envers lesquelles les arbitres sont donc dépourvus de toute autorité; l'intervention des tribunaux judiciaires peut aussi s'avérer nécessaire, car l'arbitre, un « juge privé », est dépourvu de cette composante de l'*imperium* qu'eux seuls possèdent et qui leur permet d'apposer à un acte la formule exécutoire, laquelle donne ouverture en cas de besoin aux mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique[4].

Le juge intervient aussi afin de *contrôler la légalité* de l'arbitrage commercial international. Son intervention à ce titre est d'abord nécessaire afin de vérifier l'existence et d'assurer le respect de la volonté de ses usagers; autrement, le fondement conventionnel du système ne serait que théorique et l'arbitre détiendrait, dans les faits, un pouvoir juridictionnel illimité, lui permettant d'agir au-delà des limites fixées par les parties dans leur convention d'arbitrage ou, pire, d'agir à l'égard de personnes n'ayant jamais convenu d'avoir recours à l'arbitrage[5]. Il est également essentiel que les usagers de ce système de justice internationale aient accès à des mécanismes assurant le respect de leur droit fondamental à l'équité procédurale; c'est l'autre dimension – juridictionnelle – de l'arbitrage commercial international qui risquerait autrement d'être dénaturée[6]. Mais le contrôle judiciaire ne sert

---

[3] Voir, exposant ce qu'il appelle la « source étatique de l'institution arbitrale » ainsi que la *nécessité* et la *réalité* du concours des États à l'arbitrage commercial international : Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 17-70, n^{os} 23-145.

[4] Sur l'*imperium* dont dispose un tribunal arbitral, voir en particulier : Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245; P. Mayer, « Imperium des arbitres et mesures provisoires », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 437.

[5] W.M. Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Durham, Duke University Press, 1992 à la p. 1 et suiv.

[6] En ce sens, voir : E. Loquin, « Perspectives pour une réforme des voies de recours », Rev. arb. 1992.321 à la p. 321 et suiv. L'importance, pour les opérateurs du commerce international, d'avoir accès à de tels

pas seulement leurs intérêts; il sert aussi des intérêts publics qui diffèrent des leurs. Si l'évolution qu'a connue l'arbitrage commercial international depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale fut marquée par une très nette tendance à la réduction des limites imposées par l'ordre public des États, celles-ci n'ont toutefois pas totalement disparu : les droits nationaux restreignent encore l'arbitrabilité de certains différends du commerce international[7] et la notion de plus en plus répandue d'« ordre public international » reflète non pas une conception « réellement internationale »[8] de l'ordre public, mais plutôt un ordre public qui demeure purement national, bien qu'il soit dépouillé des règles inadaptées aux relations privées internationales[9]. Ainsi, l'« autonomie »[10] de l'arbitrage commercial international – le fait qu'il échappe à l'emprise des droits nationaux – demeure

mécanismes de contrôle a été démontrée de manière éclatante en Belgique. Espérant mieux servir leurs intérêts, la législature a aboli, en 1985, le recours en annulation d'une sentence internationale rendue en Belgique et se rapportant à un différend ne mettant en cause aucun intérêt belge. Certains ont douté de l'opportunité de cette initiative, notamment parce qu'elle privait une partie dont la réclamation avait été rejetée de tout moyen de contrôle de la légalité de la décision rendue (voir, entre autres : P. Mayer, « The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 37 à la p. 45; B. Leurent, « Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards », (1996) 12 Arb. Int. 269 aux pp. 272-273; G. Herrmann, « Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration ? – The 1998 Freshfields Lecture », (1999) 15 Arb. Int. 211 à la p. 234). D'autres en saluèrent l'audace et le caractère très libéral (voir, par ex. : J. Paulsson, « Arbitration Unbound in Belgium », (1986) 2 Arb. Int. 68). Or, constatant que cette initiative avait fait perdre à la Belgique « un certain nombre d'affaires en matière d'arbitrage international, étant donné que les entreprises ne souhaitent pas se hasarder à des modes de règlement de litige excluant *a priori* toute possibilité de recours », la législature a fait marche arrière en 1998 : G. Horsman, « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », Rev. arb. 1999.475 à la p. 500.

[7] Voir, entre autres : B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et le *favor arbitrandum* : un réexamen », J.D.I. 1994.899; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, pr. Ph. Fouchard, Paris, L.G.D.J., 1999 aux pp. 27-149, n^{os} 37-253, et à la p. 931 et suiv.; A. Kirry, « Arbitrability : Current Trends in Europe », (1996) 12 Arb. Int. 113; B. Hanotiau, « L'arbitrabilité », R.C.A.D.I. 2002.296.29. Voir aussi, d'un point de vue canadien : V. Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse, Université de Montréal, 1999 aux pp. 428-485 et – surtout – l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Desputeaux* c. *Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand).

[8] Sur la notion d'ordre public réellement international, voir notamment l'étude de P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986.329. Voir aussi, sur le développement de la notion d'ordre public international dans les juridictions civilistes : G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire – Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, pr. E. Groffier, Montréal, Éditions Thémis, 1996 à la p. 45 et suiv.

[9] Voir notamment : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 953-957, n^{os} 1645-1650 et aux pp. 996-998, n^{os} 1710-1713; Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 150 et suiv., n^{o} 308 et suiv. Dans le contexte canadien, voir V. Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse, Université de Montréal, 1999 à la p. 116 et suiv.; *Corporacion transnacional de inversiones, S.A. de C.V.* c. *STET International, S.P.A.*, (1999) 45 O.R. (3d) 183; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 13 (C.S.J. Ont.); (2000) 49 O.R. (3d) 414; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 5 (note F. Bachand) (C.A. Ont.).

[10] Sur cette notion d'autonomie de l'arbitrage commercial international, voir notamment : J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, pr. Ph. Fouchard, Paris, L.G.D.J., 1999 aux pp. 4 et 5, n^{o} 8.

incontestablement relative.

3. – Il est donc tout à fait juste d'affirmer que le juge et l'arbitre sont en quelque sorte des partenaires[11] dans ce système de justice internationale empreint, on le voit, d'une certaine mixité : le tribunal arbitral tranche le litige; le juge assiste et contrôle au besoin – d'abord et avant tout afin d'en assurer l'efficacité, mais aussi afin de promouvoir certains intérêts publics jugés prépondérants. Le juge participe donc, indirectement mais très certainement, à l'effort de libéralisation des échanges commerciaux internationaux dans lequel est engagée la communauté internationale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et dont l'effort de déréglementation de l'arbitrage commercial international ne constitue évidemment qu'un aspect[12]. Ce faisant – il ne faut jamais le perdre de vue –, le juge contribue à la réalisation des objectifs ainsi poursuivis, objectifs dont les fondements socio-économiques sont bien connus, mais dont les fondements sont également géopolitiques : l'expérience désastreuse de l'entre-deux-guerres, où l'adoption de politiques protectionnistes ralentit grandement les échanges commerciaux internationaux, qui fut l'une des principales causes de la Seconde Guerre Mondiale[13], révélant du coup les fonctions pacificatrices, ou du moins stabilisatrices, du libre-échangisme. Par sa finalité, le rôle que joue le juge en matière d'arbitrage commercial international se distingue donc fondamentalement de celui qu'il joue en matière d'arbitrage conventionnel de différends internes.

4. – L'idée d'un partenariat entre juges et arbitres internationaux était cependant loin de faire l'unanimité il y a quelques décennies. Trop souvent, le juge se méfiait indûment de

---

[11] H. Holtzmann, « L'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale », Rev. arb. 1978.253; J. Robert, « Introduction », Rev. arb. 1980.233; B. Goldman, « The Complementary Role of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective », dans International Chamber of Commerce, *60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future*, Paris, ICC Publishing, 1984, p. 257 à la p. 257; K. MBaye, « Commentary », dans International Chamber of Commerce, *id.*, p. 293; M. Kerr, « Arbitration and the Courts : The UNCITRAL Model Law », (1985) 34 I.C.L.Q. 1 à la p. 2; M. Hunter, « Judicial Assistance for the Arbitrator », dans J. Lew, dir., *Contemporary Problems in Arbitration*, Londres, Scool of International Arbitration, 1986, p. 195 à la p. 197; J.-P. Ancel, « Measures Against Dilatory Tactics : The Cooperation Between the Arbitrators and the Courts », dans A.J. van den Berg, dir., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention – ICCA Congress Series No. 9*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 410 à la p. 410.

[12] Le lien fondamental entre l'intérêt de la communauté internationale pour l'arbitrage commercial international et l'effort de libéralisation des échanges commerciaux internationaux fut rappelé par le Secrétaire général des Nations Unies lors du quarantième anniversaire de la Convention de New York (K. Annan, « The 1958 New York Convention as a Model for Subsequent Legislative Texts on Arbitration », (1999) 15 Arb. Int. 319 à la p. 320.

[13] J.H. Jackson, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press, 1989 à la p. 31.

l'arbitrage conventionnel au point où son efficacité – mesurée, dans l'esprit de la philosophie résolument utilitariste des initiatives visant à libéraliser les échanges commerciaux internationaux entreprises depuis de la fin de la Seconde Guerre Mondiale, par rapport aux intérêts des opérateurs du commerce international[14] – s'en trouvait sérieusement entravée[15]. La question « essentielle et complexe »[16] des rapports qu'entretiennent le juge et l'arbitrage commercial international fut donc, tout naturellement, une composante majeure des initiatives entreprises au cours des dernières décennies afin d'en accroître l'efficacité.

5. – On a d'abord cherché, et dans l'ensemble réussi, à faciliter grandement la reconnaissance et l'exécution des sentences tranchant des différends du commerce international en limitant le contrôle opéré par le juge saisi d'une demande d'*exequatur* : des accords internationaux obligent aujourd'hui les juridictions étatiques en ce sens, au premier plan desquels figure bien sûr la Convention de New York[17]. Mais il fallait aussi limiter le contrôle directement exercé par les tribunaux judiciaires à l'égard de ces sentences. Là aussi, les efforts des États ont, dans l'ensemble, porté ses fruits. Outre certaines divergences persistantes, comme sur la question de savoir si les parties devraient pouvoir exclure conventionnellement le recours en annulation d'une sentence arbitrale[18], les réformes des

---

[14] B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999 à la p. 109.

[15] Les exemples de cette hostilité sont légion. On se contentera de rappeler les propos de la Cour suprême des États-Unis dans la célèbre affaire *Mitusbishi Motors Corporation* c. *Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) à la p. 639, exhortant les juges américains « to 'shake off the old judicial hostility to arbitration,' *Kulukundis Shipping Co.* v. *Amtorg Trading Corp.*, 126 F.2d 978, 985 (2d Cir. 1942), and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transactional tribunal ». L'hostilité des juges québécois envers l'arbitrage conventionnel les conduisaient souvent à interpréter de manière trop stricte les conventions d'arbitrage, considérées comme une dérogation exceptionnelle au droit fondamental de tout justiciable d'avoir accès à la justice étatique (par ex., voir l'arrêt *Couplan Inc.* c. *C.E.V.M.I. – Chimie*, [1979] C.A. 234), ce qu'ils ne font plus aujourd'hui : F. Bachand, « Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution ? », (2001) 35 R.J.T. 789. Voir aussi : T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004, à la p. 79 et suiv.

[16] C'est ainsi qu'elle fut décrite par le Secrétaire général de la CNUDCI dans son *Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 101 art. 5, n° 1.

[17] *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2e supp.) [ci-après la « Convention de New York »], à laquelle plus de cent vingt pays sont aujourd'hui parties.

[18] En règle générale, les droits nationaux ne permettent pas aux parties de le faire. C'est cependant possible, sous certaines conditions, en Belgique, en Suède, en Suisse ainsi qu'en Tunisie. Une importante décision de la Cour de l'Ontario, division générale (devenue depuis la Cour supérieure de l'Ontario) a jugé que l'art. 34 de la Loi type – qui a trait au recours en annulation d'une sentence rendue sur le territoire du for – n'est pas impératif : *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand). Sur cette question, voir aussi *infra*, n° 110 et suiv. et n° 437.

vingt-cinq dernières années[19] – surtout l'œuvre des législatures, mais aussi des juges eux-mêmes – ont été marquées par une importante convergence des conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires et une tendance à réduire leur emprise sur la sentence arbitrale.

Mais il fallait aussi réformer le rôle joué par les tribunaux judiciaires avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international, comme en témoignent d'ailleurs les nombreuses réformes législatives entreprises depuis le début des années 80. À cet égard cependant, on constate que – à l'exception de certains aspects de la demande de renvoi à l'arbitrage envisagés à l'art. II(3) de la Convention de New York – les États semblent, jusqu'ici, avoir eu plus de mal à s'entendre sur les conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant le prononcé de la sentence, qui font aujourd'hui souvent l'objet de divergences assez importantes d'un État à l'autre. Étendue du pouvoir de contrôle de la compétence du tribunal arbitral du juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage[20], compétence à statuer à titre principal sur la validité de la convention d'arbitrage[21], pouvoir d'ordonner la jonction d'instances arbitrales[22], pouvoir d'intervention en matière de récusation d'un arbitre[23], étendue de son pouvoir d'intervention visant à assurer la constitution du tribunal arbitral[24]; pouvoir d'intervention en matière de mesures provisoires ou conservatoires[25] : les exemples de ces questions – d'une importance pratique indéniable – auxquelles les droits étatiques répondent différemment abondent. Il est également particulièrement révélateur que les États ayant réformé leur droit de l'arbitrage sur le fondement du modèle législatif proposé par la CNUDCI se soient écartés si souvent de ses dispositions régissant l'intervention judiciaire survenant avant et durant le déroulement de

---

[19] On trouve une analyse des récentes réformes législatives dans E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 63 et suiv., n° 130 et suiv.; voir aussi W.L. Craig, « Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 1; Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », dans *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 381 à la p. 382 et suiv. Plusieurs lois sur l'arbitrage commercial international sont reproduites, avec commentaires, dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. I, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

[20] Voir *infra*, n° 278 et suiv.

[21] Voir *infra*, n° 200 et suiv.

[22] Voir *infra*, n° 418 et suiv.

[23] Voir *infra*, n° 463 et suiv.

[24] Voir *infra*, n° 334 et suiv.

[25] Voir *infra*, n° 386 et suiv.

l'instance arbitrale[26].

6. – Étant acquis que l'harmonisation des règles du commerce international et, en particulier, de celles régissant l'arbitrage commercial international, est en principe souhaitable[27], cette tendance inquiète, d'autant plus que l'importance du rôle joué par le juge avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international s'est incontestablement accrue au cours des dernières années. En effet, la dégradation des mœurs dans l'arbitrage commercial international, fréquemment déplorée par les commentateurs les plus autorisés[28], a notamment entraîné une augmentation importante des demandes d'intervention de toutes sortes adressées au juge[29]. Or, les parties et leurs conseils étant aujourd'hui conscients des difficultés auxquelles sera confrontée toute stratégie visant à attaquer la sentence elle-même, on cherche maintenant, de plus en plus souvent, à déstabiliser l'arbitrage avant qu'elle n'ait été prononcée, en multipliant les incidents devant le juge à des fins purement tactiques ou même carrément dilatoires. Plus que jamais, comme l'a souligné J.-P. ANCEL, « [t]he existence of an efficient and reliable judiciary system is [...] a necessary

---

[26] Voir l'étude de P. Sanders, « Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law », (1995) 11 Arb. Int. 1; cette tendance s'est poursuivie depuis la publication de l'étude de P. SANDERS, comme en témoignent les récentes réformes bulgare (E. Gueorguiev, « La loi bulgare sur l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1996.39), allemande (P. Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », Rev. arb. 1998.291), grecque (A. Dimolitsa, « Les points de divergence entre la nouvelle loi grecque sur l'arbitrage et la Loi-type CNUDCI », Rev. arb. 2000.227) et irlandaise (Ph. Pinsolle et P. Griffin, « Quelques observations sur la loi irlandaise sur l'arbitrage international de 1998 », Rev. arb. 2000.615; K. Reichert, « Ireland's New International Commercial Arbitration Law », (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 379).

[27] Voir notamment : R. David, « Unification des lois relatives à l'arbitrage », dans Institut international pour l'unification du droit privé, *L'unification du droit*, Rome, Éditions UNIDROIT, 1948 à la p. 84; K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992 à la p. 23 et suiv.; I. Szasz, « Introduction to the Model Law of UNICTRAL on International Commercial Arbitration », dans P. Sanders, dir., *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration – ICCA Congress Series No. 2*, The Hague, Kluwer 1984, p. 31 aux pp. 32-33; résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 2205/21/ du 17 décembre 1966 (relative à la mise sur pied de la CNUDCI); résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 40/72 du 11 décembre 1985 (relative à la Loi type de la CNUDCI).

[28] Voir, entre autres : Ph. Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? », (1989) 34 R.D. McGill 435 à la p. 447 et suiv.; E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759; Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325 aux pp. 325-326, n° 2; Th. Clay, *L'arbitre*, pr. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 23 et suiv., n° 35 et suiv.; P. Pic, « La liberté de parole de l'avocat dans la procédure arbitrale (à propos de deux jugements des 15 janvier et 9 mai 2001) », Gaz. Pal., n° 156-157, 5-6 juin 2002 à la p. 42.

[29] Elle s'est aussi manifestée, comme l'a souligné à très juste titre Th. CLAY (*L'arbitre*, pr. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 25, n° 37) par une multiplication des stratégies destinées à attaquer l'arbitre personnellement; voir aussi, en ce sens : P. Bellet, note sous Trib. gr. inst. Paris, 1er avril 1993, *État de Dubai et société Dubai Drydocks* c. *Sociétés Halcrow et F. Mc Williams*, Rev. arb. 1993.455 à la p. 462; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 aux pp. 10-11 et à la p. 118 et suiv.

condition to the good running of the arbitral institution »[30].

7. – Ne peut-on donc pas s'étonner que l'intervention *a posteriori* des tribunaux judiciaires ait davantage retenu l'attention au cours des vingt-cinq dernières années ? L'interminable débat théorique et pratique sur la « délocalisation » de l'arbitrage commercial international, qui a tant agité la doctrine au cours des années 80[31] et qui s'est poursuivi durant les années 90, y est très certainement pour quelque chose; au lendemain des affaires *Hilmarton*[32] et *Chromalloy*[33] – pour ne citer que celles-là –, le désaccord est total sur l'épineuse question de la portée extraterritoriale de l'annulation de la sentence par les tribunaux du siège ainsi que sur celle de l'opportunité du recours en annulation devant les tribunaux du siège[34]. Aussi, le quarantième anniversaire de la Convention de New York a donné lieu, à la fin de la dernière décennie, à une réflexion plus générale et tout aussi riche sur l'efficacité des sentences et les conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires dans le cadre du contentieux post-sentence[35]. Il reste que les conditions de l'intervention du juge avant le prononcé de la sentence méritent d'être étudiées davantage. Comment expliquer les divergences que l'on constate dans les droits nationaux ? Sont-elles l'expression de considérations reflétant des intérêts publics différents de ceux des opérateurs du commerce

---

[30] J.-P. Ancel, « Measures Against Dilatory Tactics : The Cooperation Between the Arbitrators and the Courts », dans A.J. van den Berg, dir., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention – ICCA Congress Series No. 9*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 410 à la p. 410.

[31] Voir, par ex. : J. Paulsson, « Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of Its Country of Origin », (1981) 30 I.C.L.Q. 359; W.W. Park, « The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration », (1983) 32 I.C.L.Q. 21; J. Paulsson, « Delocalisation of International Commercial Arbitration : When and Why It Matters », (1983) 32 I.C.L.Q. 53; F.A. Mann, « England Rejects 'Delocalised' Contracts and Arbitration », (1984) 33 I.C.L.Q. 358; J. Paulsson, « Arbitration Unbound in Belgium », (1986) 2 Arb. Int. 68; W.W. Park, « Judicial Controls in the Arbitral Process », (1989) 5 Arb. Int. 230

[32] Voir, en dernier lieu, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 Juin 1997 accueillant le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles : Rev. arb. 1997.376 (note Ph. Fouchard).

[33] Voir, en dernier lieu, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 janvier 1997 accordant l'*exequatur* en France de cette même sentence : Rev. arb. 1997.395 (note Ph. Fouchard). Voir cependant, au sujet de décisions récentes plus nuancées : B.H. Garfinkel et J. Gardiner, « A Blow to the New York Convention ? United States Courts Refuse to Enforce Awards That Have Been Nullified in the Country of Origin », (2000) 15(2) Mealeys' Int. Arb. Rep. 34; E. Gaillard, « Refus d'exécution aux États-Unis de sentences annulées dans l'État d'origine », Rev. arb. 2000.287.

[34] Parmi une littérature abondante, voir en particulier l'échange entre Ph. FOUCHARD et J.-F. POUDRET (Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev. arb. 1997.329; J.-F. Poudret, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? », Rev. arb. 1998.7) et H.G. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, The Hague, Kluwer, 2002.

[35] Voir notamment les textes recueillis dans A.J. van den Berg, dir., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention – ICCA Congress Series No. 9*, Deventer, Kluwer, 1999.

international ? Reflètent-elles plutôt de simples désaccords sur les moyens de satisfaire les intérêts des opérateurs du commerce international ? Quelles conséquences entraînent-elles concrètement sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international ? L'analyse comparative permet-elle de dégager un modèle théorique donnant à penser qu'une plus grande harmonisation des conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant et durant le déroulement d'une procédure d'arbitrage commercial international soit envisageable ?

Il paraît d'autant plus opportun de réfléchir davantage à ces questions alors qu'est remis en question, de manière générale, le rôle que jouent les tribunaux judiciaires en matière d'arbitrage commercial international. Plusieurs, dont certains observateurs particulièrement autorisés, ont récemment souhaité – comme l'avaient d'ailleurs fait des participants au 1er Congrès international de l'arbitrage, tenu à Paris en 1961[36] – la création d'une véritable juridiction internationale à laquelle on confierait l'exercice de la plupart des fonctions actuellement confiées aux tribunaux judiciaires[37]. Ils y voient une étape nécessaire dans l'effort de déréglementation de l'arbitrage commercial international qui permettrait entre autres de libérer le système du « risque inhérent »[38] à son efficacité lié à la participation des tribunaux judiciaires, notamment dans le contrôle de la légalité des sentences internationales. Se verrait ainsi généralisée une solution consacrée en grande partie en matière d'arbitrages de différends relatifs à des investissements internationaux[39] ainsi que dans les pays africains de la Zone Franc[40]. D'un point de vue pragmatique, cette remise en question du rôle des

---

[36] « Travaux du Congrès international de l'arbitrage », Rev. arb. 1961.37 à la p. 99 et suiv.

[37] M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, The Hague, Kluwer, 1990 aux pp. 511-513; H.H. Holtzmann, « A Task for the 21st Century : Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 109; S.M. Schwebel, « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, *id.*, p. 115; J. Werner, « The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration », (1997) 14(2) J. Int. Arb. 5 aux pp. 13-15.

[38] H.H. Holtzmann, « A Task for the 21st Century : Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 109 à la p. 112.

[39] Voir la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, (1966) 575 R.T.N.U. 159.

[40] Sur le système d'arbitrage particulier établi par le *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)*, voir en particulier : Ph. Leboulanger, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rev. arb. 1999.541; voir aussi : Ph. Fouchard, dir., *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en*

tribunaux judiciaires soulève la question, préalable et fondamentale, de la nécessité de la création d'une telle juridiction internationale. La participation des tribunaux judiciaires à ce système de justice internationale affecte-t-elle son efficacité et entrave-t-elle l'effort de libéralisation des échanges commerciaux internationaux poursuivi par la communauté internationale au point où il est devenu nécessaire de revoir cet aspect fondamental de son architecture actuelle ? Puisque la création d'une telle juridiction internationale nécessiterait que les États renoncent en grande partie à leur pouvoir de supervision et de réglementation de l'arbitrage commercial international, on peut difficilement croire en la faisabilité politique d'un tel projet en l'absence d'une démonstration non équivoque et particulièrement convaincante de l'existence d'un réel besoin[41], d'où l'intérêt additionnel que présente aujourd'hui toute réflexion sur la contribution actuelle des tribunaux judiciaires au bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international.

8. – S'il est donc souhaitable que l'on s'intéresse davantage aux divergences actuelles au niveau des conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant le prononcé de la sentence, encore faut-il que les comparatistes qui s'intéressent à l'arbitrage commercial international puissent avoir adéquatement accès à la matière première que constituent les solutions retenues dans les droits nationaux. Or, plus de quinze ans après l'entrée en vigueur des législations réformant le droit de l'arbitrage commercial international, l'accès à celles retenues au Canada demeure difficile, car, hormis l'agitation causée par les réformes – on a crié haut et fort que le Canada n'était plus le *no man's land* de l'arbitrage commercial international qu'il était jadis[42] –, la matière n'a jusqu'à présent pas suscité beaucoup d'intérêt au sein de la doctrine canadienne. Pourtant, les nombreuses décisions rendues par les tribunaux canadiens et appliquant ou interprétant les nouvelles dispositions législatives régissant l'arbitrage commercial international témoignent de la place importante qu'occupe

Afrique, Bruxelles, Bruylant, 2000; P. Pic et R. Boivin, « L'arbitrage international en Afrique – Quelques observations sur l'OHADA », (2002) 32 R.G.D. 847.

[41] Plusieurs ont déjà exprimé des doutes sur la faisabilité politique d'un tel projet, dont : Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev. arb. 1997.329 à la p. 350; J.-F. Poudret, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? », Rev. arb. 1998.7 à la p. 19; B. Leurent, « Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards », (1996) 12 Arb. Int. 269 à la p. 282; D.H. Freyer et H.G. Ghavari, « Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards : From 'Double Exequatur' to the Enforcement of Annulled Awards : A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity », (1998) 13 ICSID Rev. – For. Inv. L.J. 101 aux pp. 119-120; Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 55, n° 110, note 189.

[42] E.C. Chiasson, « Canada No Man's Land No More », (1986) 3(1) J. Int. Arb. 67.

aujourd'hui la matière dans le quotidien des praticiens canadiens; elle ne surprend d'ailleurs guère compte tenu de l'engagement bien connu du Canada envers le commerce international. Néanmoins, on attend toujours un premier traité canadien consacré à l'arbitrage commercial international. Les quelques ouvrages canadiens s'y rapportant, malgré leur utilité indéniable, en traitent de manière assez générale[43], tout comme les chapitres que lui réservent les ouvrages consacrés au droit international privé[44], au droit du commerce international[45] et au droit judiciaire privé[46]. Si l'on fait fi des études rendant compte des réformes législatives, relativement peu d'articles, publiés au Canada ou ailleurs, se sont intéressés à des questions relatives à l'arbitrage commercial international d'un point de vue canadien et les nombreuses décisions rendues par les tribunaux canadiens sur le fondement des nouveaux textes n'ont été, jusqu'à présent, que rarement commentées.

9. – La présente étude vise principalement à combler cette lacune en proposant un modèle théorique permettant de préciser les conditions de l'intervention des tribunaux canadiens avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international. En plus de contribuer à une réflexion plus globale sur les fondements et les conséquences des divergences dans les conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant le prononcé de la sentence, un tel modèle est susceptible d'être d'intérêt général aux yeux des juristes étrangers s'intéressant à l'arbitrage commercial international en raison de l'importance particulière qu'occupe la méthode comparative dans l'étude de la matière. Comme l'a très justement souligné P. LALIVE à l'occasion d'une visite au Québec en 1985, l'étude de l'arbitrage commercial international – qu'elle soit l'œuvre du praticien, du juge ou du chercheur – ne peut être entreprise d'une perspective strictement nationale sans que soit niée

---

[43] J.B. Casey, *International and Domestic Commercial Arbitration*, Scarborough, Carswell, m.-à-j.; S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne – droit international privé*, pr. A.L.C. de Mestral, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991; voir aussi le rapport de M. Lalonde, « Canada », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. I, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

[44] J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997, à la p. 323 et suiv., n° 198 et suiv.; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. II (« Règles spécifiques »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 à la p. 669 et suiv., n° 419 et suiv.

[45] J.-G. Castel, A.L.C. de Mestral et W.C. Graham, *The Canadian Law and Practice of International Trade with Particular Emphasis on Export and Import of Goods and Services*, 2e éd., Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1997 à la p. 721 et suiv.

[46] Voir : K. Delaney-Beausoleil, « La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile*, 3e éd., vol. 2, Cowansvile, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 663.

sa spécificité[47]. On méconnaîtrait l'universalité de ce système de justice internationale, laquelle tient au fait qu'il repose aujourd'hui sur certains principes fondamentaux faisant consensus au sein des membres de la communauté internationale favorisant sa déréglementation et sa libéralisation[48] et dont la connaissance, la compréhension et la prise en compte nécessitent une ouverture au droit comparé. Le modèle théorique proposé est par ailleurs susceptible de présenter un intérêt particulier aux yeux des juristes des autres États ayant, comme le Canada, réformé leur droit de l'arbitrage sur le fondement du modèle législatif proposé par la CNUDCI ainsi que ceux songeant à le faire prochainement : l'ouverture au droit comparé, justifiée de manière générale en raison de la spécificité de l'arbitrage commercial international, l'est *a fortiori* – ne pourrait-on pas même affirmer qu'elle *s'impose* ? – entre les divers ordres juridiques ayant expressément choisi de participer à l'effort d'harmonisation du droit de l'arbitrage commercial international qui est au cœur de l'initiative de la CNUDCI[49].

L'atteinte de cet objectif présente cependant une difficulté particulière, car l'arbitrage commercial international n'est pas réglementé de manière uniforme au Canada. Cette affirmation pourrait surprendre certains juristes – même canadiens – à qui l'on a peut-être trop souvent, à tort, répété sans nuancer que le Canada fut le premier pays *à adopter la Loi type*. Une telle affirmation omet de rendre compte de la diversité des régimes législatifs en vigueur au Canada, diversité qui découle des particularités du fédéralisme canadien. Contrairement au Congrès américain ou à l'Assemblée fédérale suisse, le Parlement fédéral canadien possède une compétence législative relativement restreinte en matière d'arbitrage commercial international, ce qui explique pourquoi la loi fédérale ne s'applique « qu'au cas d'arbitrage où l'une des parties au moins est sa Majesté du chef du Canada, un établissement

---

[47] P. Lalive, « L'importance de l'arbitrage commercial international », dans N.Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 15 à la p. 22; voir aussi : P. Lalive, « Problèmes spécifiques de l'arbitrage international », Rev. arb. 1980341 à la p. 342. Sur le caractère intrinsèquement transnational de l'arbitrage commercial international et l'existence d'une communauté d'États accordant son concours à la justice arbitrale internationale – qu'a admirablement mis en évidence Ch. SERAGLINI dans sa brillante thèse –, voir *infra*, n° 140 et suiv.

[48] Voir : B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 aux pp. 110-116; K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1993 à la p. 18 et suiv.

[49] En ce sens, voir notamment : K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992 à la p. 19. Ces questions seront approfondies, du point de vue particulier des ordres juridiques canadiens, dans la première partie de la présente étude.

public ou une société d'État ou qu'aux questions de droit maritime »[50]. Les lois adoptées par les législatures provinciales et territoriales occupent donc une place prépondérante dans la réglementation de l'arbitrage commercial international au Canada et, bien qu'elles aient toutes été inspirées de la Loi type, elles s'en écartent parfois de manière importante s'agissant des conditions de l'intervention du juge avant le prononcé de la sentence. Par exemple : les lois de certaines provinces canadiennes confèrent au juge le pouvoir d'ordonner la jonction d'instances arbitrales parallèles alors que d'autres, à l'instar de la Loi type, ne contiennent aucune disposition sur cette question[51]; le juge peut intervenir dans certaines provinces afin d'assurer l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral, alors qu'ailleurs seule la sentence peut faire l'objet d'une demande de reconnaissance et d'exécution[52]; l'intervention judiciaire en matière de récusation d'un arbitre, impérative dans la plupart des juridictions canadiennes de common law, peut être écartée conventionnellement par les parties en vertu de la loi québécoise[53].

10. – La présente étude n'a cependant pas seulement pour objectif de préciser les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. On les soumettra aussi à l'analyse critique, dans le but – plus ambitieux – d'esquisser une théorie générale des conditions de l'intervention du juge avant le prononcé de la sentence. Deux questions fondamentales guideront alors l'analyse. Premièrement, puisque la pierre d'assise philosophique de l'arbitrage commercial international est – à l'heure actuelle – la satisfaction des intérêts des opérateurs du commerce international, l'intervention du juge doit d'abord et avant tout servir à accroître l'efficacité de ce système de justice internationale; il faudra donc surtout vérifier si les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage correspondent à celles d'un système paraissant pleinement efficace aux yeux de ses usagers. Mais puisqu'il peut être parfois parfaitement acceptable de donner préséance à des intérêts publics différents de ceux des opérateurs du commerce international, il faudra toujours se demander si une solution s'avérant

---

[50] *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2e supp.), art. 5(2). Sur les aspects constitutionnels de l'arbitrage commercial international, s'agissant particulièrement de la compétence législative du Parlement fédéral relativement à la reconnaissance et l'exécution de sentences étrangères, voir l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Northern Sales Co.* c. *Compania Maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 C.F. 550; (1993) XVIII Yearbook Com. Arb. 363.

[51] Voir *infra*, nos 236 et 418 et suiv.

[52] Voir *infra*, n° 237 et 405 et suiv.

[53] Voir *infra*, n° 475 et suiv.

incompatible avec leurs intérêts ne pourrait pas néanmoins être approuvée au motif qu'elle sert des intérêts publics paraissant légitimes.

11. – Pour pouvoir étudier correctement les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, il convient cependant de s'interroger sur certains aspects du cadre juridique de cette intervention.

12. – Cela est premièrement nécessaire, car, comme l'observait si justement B. OPPETIT il y a déjà plus de vingt ans, « [e]n présence de normes qui affluent de toutes parts dans les relations économiques internationales et qui aspirent à être reconnues comme des véritables règles de droit, il est indispensable de s'interroger sur le critère de la juridicité »[54]. L'intervention du juge sollicitée en marge d'un arbitrage commercial international a lieu à l'intersection de l'ordre juridique interne et de cet espace juridique propre à la Société des marchands internationaux – qui constitue, pour plusieurs, un véritable ordre juridique[55] – abritant une multitude de données à vocation normative : conventions internationales et obligations interétatiques en découlant, lois types, lois étatiques, règlements d'arbitrage, principes généraux, ordre public transnational, jurisprudence, etc.

Or, à une époque où le positivisme étatiste postulant l'exclusivité du droit produit par l'État – si tant est qu'il ait réellement, à une certaine époque, triomphé dans les faits[56] – est très sérieusement remis en question[57], on ne peut plus ignorer la possibilité que l'ordre

---

[54] B. Oppetit, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », (1982) 27 Arch. phil. dr. 44 à la p. 44. La question des sources du droit en matière de relations privées internationales a suscité passablement d'intérêt au cours des dernières années; voir notamment : D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994; L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude du droit international privé de la famille*, pr. Y. Lequette, Paris, L.G.D.J., 2001.

[55] Voir notamment : E. Gaillard, « Transnational Law : A Legal System or a Method of Decision Making ? », (2001) 17 Arb. Int. 59.

[56] Voir les doutes exprimés, entre autres, par J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979 à la p. 109, Ph. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », (1996) 27 R.G.D. 5 aux pp. 12-14 et Ph. Rémy, « Éloge de l'exégèse », (1985) 1 Droits 115 à la p. 123.

[57] Sur le caractère irréaliste de la conception positiviste de l'interprétation juridique, voir notamment : N.S. Marsh, *Interpretation in a National and International Context*, Heule, VGA Publishers, 1973 aux pp. 20 et suiv.; J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979 à la p. 109 et suiv.; O.M. Fiss, « Objectivity and Interpretation », (1982) 34 Stan L.R. 739; D. Miers, « Legal Theory and the Interpretation of Statutes », dans W. Twinning, dir., *Legal Theory and the Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986 à la p. 115 et suiv.; P.-A. Côté, « L'interprétation des lois, une création sujette à des contraintes », (1990) 50 R. du B. 329; P. Amselek, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 R.J.T. 1; P.-A.

juridique interne soit, dans une certaine mesure, perméable à de telles données transnationales; on ne peut donc pas ignorer la possibilité qu'il incombe à l'interprète appelé à préciser les conditions de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international de tenir compte de certaines d'entre elles, et qu'il doive ainsi se garder d'appliquer aveuglément les directives et méthodes auxquelles il a normalement recours en interprétant les règles du droit judiciaire privé. Cette possibilité étant donc aujourd'hui bien réelle, il semble non seulement justifié de s'interroger sur certains aspects du cadre juridique dans toute étude des conditions dans lesquelles un juge peut ou devrait pouvoir intervenir avant et durant un arbitrage commercial international, on pourrait même soutenir qu'il est devenu nécessaire de le faire.

13. – Cela est particulièrement vrai lorsque l'on étudie la question en adoptant une perspective principalement canadienne. En effet, les ordres juridiques canadiens – en plus d'avoir récusé la conception positiviste de l'interprétation juridique, selon laquelle le sens de la règle juridique est entièrement prédéterminé par la loi, les précédents et la coutume[58] – se distinguent aujourd'hui par leur perméabilité de plus en plus grande, et particulièrement importante, à des faits normatifs transnationaux ou étrangers. Le juge ne peut plus se borner à toujours interpréter la règle juridique en ne tenant compte que des sources formelles classiques; il lui incombe aussi, à l'occasion, de tenir compte de faits normatifs qui n'émanent pas de l'ordre juridique auquel il est rattaché et qui sont ainsi susceptibles d'influer réellement sur le résultat de la démarche interprétative, et donc sur le sens de la règle.

14. – Ce trait distinctif du droit canadien contemporain à jusqu'à présent eu des répercussions particulièrement importantes dans des matières de droit public. Par exemple, il

---

Côté, « La notion d'interprétation manifestement déraisonnable – Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation », dans Conférence des juristes de l'État, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 107; M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », exposé inédit, Centre de philosophie du droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 27 avril 1993 (repris dans M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », dans P. Amselek, dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235); R. Guastini, « Interprétation et description des normes », dans P. Amselek, *id.*, p. 89.

[58] Voir par ex., s'agissant de l'influence qu'exerce le juge sur le sens des règles de common law : *Ordon (Succession)* c. *Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 à la p. 493 et suiv. Voir aussi, reconnaissant la relativité de principe du sens des règles juridiques et le fait que l'interprète exerce toujours une certaine influence sur celui-ci, et ce, même lorsqu'il prétend reconstituer le sens préexistant d'une règle émanant de la loi ou des précédents : *R.* c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 aux pp. 638-639 et 641.

est maintenant acquis que l'interprète appelé à préciser le sens des règles émanant de la *Charte canadienne des droits et libertés*[59] doit tenir compte des sources du droit international des droits de la personne[60]. On peut aussi citer en exemple un arrêt rendu en 1998 par la Cour suprême du Canada, dans lequel elle a reconnu que l'interprète doit tenir compte de certaines règles interétatiques coutumières lorsqu'il est appelé à préciser le domaine d'application dans l'espace de cette même Charte[61]. Un autre arrêt récent de la Cour suprême, dans lequel elle jugea inconstitutionnelle l'extradition d'un inculpé passible de la peine de mort dans l'État requérant, montre de manière particulièrement éclairante l'importante influence que sont aujourd'hui susceptibles d'exercer concrètement des faits transnationaux à vocation normative dans l'interprétation du droit interne : elle jugea approprié de s'écarter de deux de ses propres arrêts, rendus à peine dix ans auparavant[62], en grande partie en raison de développements dont cette question venait de faire l'objet sur la scène internationale[63].

15. – Mais ce phénomène de perméabilité croissante des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs transnationaux n'est aucunement limité au droit public; il a aussi eu des répercussions non négligeables dans des matières de droit privé. On peut donner en exemple la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada en matière de droit maritime, reconnaissant que l'interprète appelé à préciser le sens des règles canadiennes de common law en cette matière doit notamment tenir compte « du tissu de la collectivité internationale [...] que constituent les États maritimes », de « l'opportunité d'uniformiser les règles appliquées par les différentes autorités législatives aux affaires relevant du droit maritime », des « obligations qui incombent au Canada en vertu de traités »[64] et enfin, plus généralement, des « relations internationales » du Canada[65]. On peut aussi donner en exemple deux autres arrêts de la Cour reconnaissant que malgré la spécificité du droit privé québécois – due à

---

[59] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

[60] Voir notamment, sur cette question : W.A. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 R. du B. can. 174.

[61] *R.* c. *Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597.

[62] *Kindler* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858.

[63] *États-Unis* c. *Burns*, 2001 CSC 7.

[64] L'influence en droit interne des obligations conventionnelles incombant au Canada est étudiée *infra*, n° 32 et suiv.

[65] *Ordon (Succession)* c. *Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 à la p. 494 et suiv.

l'influence de la tradition civiliste[66] –, l'interprète appelé à préciser le sens des dispositions du *Code civil du Québec* en matière de droit des assurances doit néanmoins tenir compte du « contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances »[67].

16. – Étant donné que les juges canadiens œuvrent dans des ordres juridiques intégrant donc de plus en plus souvent – y compris en matière civile – des faits normatifs transnationaux et que leur intervention en matière d'arbitrage commercial international se rapporte à un véritable système de justice internationale, propre à la Société des marchands internationaux, la possibilité que les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international soient influencées par des faits normatifs transnationaux, et que l'interprète doive ainsi s'écarter des méthodes interprétatives auxquelles il a normalement recours lorsqu'il précise le sens de règles du droit judiciaire privé, est bien réelle. Il serait donc imprudent de débuter l'analyse de ces conditions sans avoir, d'abord, mesuré le degré de perméabilité des ordres juridiques canadiens à des données transnationales s'intéressant – directement ou indirectement – au rôle que devrait jouer le juge étatique en matière d'arbitrage commercial international et, ensuite, réfléchi aux conséquences que cette perméabilité est susceptible d'avoir sur le résultat de la démarche interprétative.

17. – En somme, l'étude systématique et critique des *conditions* de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international serait incomplète si elle ne comportait pas un examen de certains aspects du *cadre juridique* de cette intervention ayant principalement pour but de mesurer l'influence susceptible d'être concrètement exercée par des faits normatifs transnationaux et de préciser la place que doivent occuper, dans la démarche interprétative, des faits normatifs proprement internes.

---

[66] Voir, de manière générale : J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, *Quebec Civil Law – An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993.

[67] *Caisse populaire des Deux Rives* c. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 à la p. 1004; *Chablis Textile Inc. (Syndic de)* c. *London Life Insurance Co.*, [1996] 1 R.C.S. 160 aux pp. 177-178.

Voilà pourquoi il convient d'étudier l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international en examinant, dans un premier temps, certains aspects du *cadre juridique de son intervention* (**Partie I**) puis, dans un second temps, les *conditions de son intervention* (**Partie II**).

Première partie

Le cadre juridique de l'intervention du juge canadien

18. – Il convient d'étudier le cadre juridique de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international en deux temps. Il faut d'abord vérifier dans quelle mesure la perméabilité croissante des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs transnationaux influe sur l'interprétation des conditions de son intervention; autrement dit, il faut comprendre dans quelle mesure le juge appelé à préciser ces conditions doit tenir compte de faits normatifs qui n'émanent pas de l'ordre juridique auquel il est rattaché et qu'il ne se considérerait aucunement obligé de prendre en considération si l'idée selon laquelle le sens des règles juridiques ne peut être influencé que par ce à quoi s'intéressent les conceptions classiques de la notion de sources du droit continuait d'avoir cours. Mais là ne doit pas s'arrêter l'analyse, puisqu'il faut se demander si des faits normatifs proprement internes sont aussi susceptibles d'influer sur le sens des règles pertinentes et, le cas échéant, chercher à préciser la place qu'ils doivent occuper dans la démarche interprétative.

19. – Au terme de l'analyse, on constatera l'importante influence qu'exercent des faits normatifs transnationaux sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant

un arbitrage commercial international. Ainsi, les réformes canadiennes de l'arbitrage commercial international entreprises au milieu des années 80 ont entraîné une certaine transnationalisation de sa mission[68], qui est essentiellement due à deux phénomènes qui seront successivement mis en évidence. D'abord, les réformes ont causé l'*intégration*, dans les ordres juridiques canadiens, d'une foule de faits normatifs transnationaux s'intéressant aux conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant et durant un arbitrage commercial international, et dont l'interprète doit aujourd'hui tenir compte (Titre I). Parallèlement, les réformes ont entraîné la *neutralisation* de plusieurs règles internes – rendant du coup non pertinents, dans le processus interprétatif, un grand nombre de faits normatifs proprement internes – qui auraient pu, autrement, influencer les conditions de l'intervention du juge canadien avant le prononcé de la sentence arbitrale (Titre II).

[68] L'idée que l'influence prédominante de faits normatifs transnationaux entraîne une transnationalisation de la mission du juge canadien appelé à intervenir avant et durant un arbitrage commercial international peut être rapprochée d'une idée développée par G.V. LA FOREST, qui siégea à la Cour suprême du Canada de 1985 à 1997. En commentant l'ouverture aux normes et instruments internationaux dont fait preuve la Cour suprême dans sa jurisprudence en matière de droits de la personne, il a décrit le rôle des tribunaux canadiens en ces termes : « In the field of human rights, and of other laws impinging on the individual, our courts are assisting in developing general and coherent principles that apply in very significant portions of the globe. These principles are applied consistently, with an international vision and on the basis of international experience. Thus our courts – and many other national courts – are truly becoming international courts in many areas involving the rule of law. They will become all the more so as they continue to rely on and benefit from one another's experience. Consequently, it is important that, in dealing with interstate issues, national courts fully perceive their role in the international order and national judges adopt an international perspective » (G.V. La Forest, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues », (1996) 34 Ann. can. dr. int. 89 aux pp. 100-101; voir aussi, sur l'ouverture particulièrement marquée du juge LA FOREST à une conception transnationale du rôle joué par le juge canadien dans certains domaines, voir : R. Sze-Kwok Wai, « Justice Gérard La Forest and the Internationalist Turn in Canadian Jurisprudence », dans R. Johnson, J.P. McEvoy, T. Kuttner et H.W. MacLauchlan, *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 2000, p. 471).

TITRE I
L'INTÉGRATION DE FAITS NORMATIFS TRANSNATIONAUX SUSCEPTIBLES D'INFLUER SUR LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN

20. – Les réformes canadiennes qui ont eu lieu au milieu des années 80 ont entraîné l'intégration, dans les ordres juridiques canadiens, de faits normatifs transnationaux s'intéressant aux conditions de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international que l'on peut regrouper en deux catégories.

21. – Une première catégorie inclut des faits normatifs qui sont directement liés à la participation du Canada à des initiatives d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international et dont on peut dire – lorsque l'on tient compte de toutes les incidences de ce phénomène de perméabilité croissantes des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs transnationaux – non seulement qu'ils *peuvent* être pris en considération par l'interprète, mais bien qu'ils *doivent* l'être. Cela est notamment dû au fait que ces initiatives d'harmonisation ont donné naissance à des communautés interprétatives distinctes, dont les membres ont des attentes particulières, qui sont reflétées dans des directives d'interprétation des textes pertinents qui leur sont propres et qui doivent maintenant être prises en considération dans l'interprétation des conditions de son intervention.

22. – L'autre catégorie est formée des principes généraux de l'arbitrage commercial international. Traditionnellement, on ne leur reconnaissait aucun effet particulier dans le processus interprétatif; ils n'avaient aucun effet normatif. L'interprète *pouvait* en tenir compte, mais il n'était aucunement *obligé* de le faire, les principes généraux n'étant pas visés par les conceptions classiques de la notion de sources du droit. Or, ce n'est plus vrai. Les importants développements dont a fait l'objet, au Canada, la notion de principes généraux au cours des dernières années permettent d'affirmer qu'ils forment aujourd'hui une catégorie juridique distincte des règles de droit et qu'ils *doivent* bel et bien être pris en considération

par l'interprète. Et puisque les réformes des années 80 ont consacré la très grande spécificité de l'arbitrage commercial international, en marquant l'adhésion du Canada au mouvement – devenu aujourd'hui quasi universel – reconnaissant la nécessité de rapprocher les règles de l'arbitrage commercial international en harmonisant les principes généraux sur lesquels elles reposent, il convient de toujours les envisager d'une perspective transnationale, et donc d'en affirmer le caractère transnational. Ainsi, les principes généraux de l'arbitrage commercial international constituent de véritables normes transnationales qui doivent être prises en considération dans l'interprétation des conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international.

23. – On étudiera donc successivement les faits normatifs se rapportant à la participation du Canada à des initiatives d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international (Chapitre I) et les principes généraux de l'arbitrage commercial international (Chapitre II).

Chapitre I. Les faits normatifs se rapportant à la participation du Canada à des initiatives d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international

24. – Le Canada a tardé à prendre part aux initiatives interétatiques – remontant au XIX^{e} siècle[69], mais s'étant surtout accentuées après la Seconde Guerre Mondiale – entreprises au cours des dernières décennies et visant à accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Au milieu des années 80, la matière avait déjà beaucoup retenu l'attention de la communauté internationale : plus d'une soixantaine d'États étaient devenus parties à la Convention de New York; près d'une vingtaine d'États avaient accepté d'adopter une attitude encore plus favorable à l'arbitrage commercial international en devenant parties à la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* de 1961[70]; plus de quatre-

[69] Voir le *Traité concernant l'union des États sud-américains en matière de droit de procédure* (Montevideo, 1889), reproduit dans *Registre des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II, New York, Nations Unies, 1973 à la p. 5, qui traite notamment de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères entre certains pays latino-américains. Voir aussi le *Protocole du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage*, (1924) 27 R.T.S.N. 158, auquel trente-trois États sont devenus parties, et la *Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (1929-30) 92 R.T.S.N. 302, à laquelle vingt-sept États sont devenus parties.

[70] (1965) 484 R.T.N.U. 349. Pour une analyse, voir notamment : Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, pr. B. Goldman, Paris, Dalloz, 1965 à la p. 38 et suiv., n° 69 et suiv.; D.T. Hascher, « European

vingts États avaient pris part aux efforts entrepris par la Banque Mondiale afin de mettre sur pied un mécanisme d'arbitrage relatif à certains différends liés à des investissements internationaux en devenant parties à la Convention de Washington de 1965[71]; des conventions régionales visant à accroître l'efficacité de l'arbitrage des différends du commerce international liaient aussi certains pays latino-américains[72] et du Moyen-Orient[73].

25. – Cependant, le Canada n'avait jusque-là participé à aucune initiative de la sorte. Bien qu'il ait reconnu, avec trente-quatre autres États, l'importante place occupée par l'arbitrage dans l'effort global de libéralisation des échanges commerciaux internationaux lors de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe ayant pris fin en 1975[74], il semble que jusqu'aussi tard qu'en 1982 ni le milieu des affaires, ni les autorités publiques canadiennes n'aient réellement jugé utile d'entreprendre quelque réforme que ce soit[75]. Pourtant, le besoin de moderniser le droit positif alors en vigueur était criant. Dans les juridictions de common law, l'arbitrage conventionnel faisait l'objet de législations

---

Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary », (1995) XX Yearbook Com. Arb. 1006.

[71] *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres états*, (1966) 575 R.T.N.U. 159. Pour une analyse, voir notamment : M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; C. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. Voir aussi le site web du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : www.wolrdbank.org/icsid/. Le Canada n'est toujours pas partie à la Convention de Washington.

[72] La plus importante est la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, Rev. arb. 1977.209, au sujet de laquelle voir : Ph. Fouchard, « La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 30 janvier 1975) », Rev. arb. 1977.203; J. Jackson, Jr., « The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration : Scope, Application and Problems », (1991) 8(3) J. Int. Arb. 91.

[73] Dont la Convention de la Ligue arabe sur l'exécution des jugements de 1952 (au sujet de laquelle voir : E. Abdallah, « La Convention de la Ligue arabe sur l'exécution des jugements – Étude comparative du droit conventionnel comparé avec le droit interne », R.C.A.D.I. 1973.138.503) et la Convention relative à l'arbitrage de différends relatifs à des investissements internationaux conclue en 1974 (au sujet de laquelle, voir : J.-F. Ryck, « L'accord sur le règlement des litiges entre états hôtes d'investissements arabes et ressortissants des autres États arabes et ses perspectives », Rev. arb. 1981.259).

[74] *Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, 1er août 1975, nº de catalogue E-2-107/1984F (publication autorisée par le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures; reproduit en anglais dans (1975) 14 I.L.M. 1292).

[75] Voir, à ce sujet, une lettre écrite en 1982 par un représentant du Ministère de la Justice du Canada en réponse à une version préliminaire d'un rapport sur l'arbitrage conventionnel publié par la commission de réforme du droit de Colombie-Britannique (extraits reproduits dans : Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Arbitration*, Vancouver, Queen's Printer for British Columbia, 1982 à la p. 58). Voir aussi S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne - droit international privé*, pr. A.L.C. de Mestral, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 aux pp. 2-3.

largement inspirées de la loi anglaise de 1889[76], dont les lacunes sont aujourd'hui trop connues pour qu'il soit nécessaire de les exposer à nouveau[77]. Au Québec, la matière était régie par des dispositions législatives surtout inspirées du C.p.c. français de 1806[78], elles aussi incapables d'assurer le règlement efficace des différends du commerce international[79]. De plus, la spécificité de l'arbitrage commercial international était dans l'ensemble ignorée ou négligée par la jurisprudence[80] et la doctrine[81] canadiennes.

26. – Les choses changèrent à partir de 1986. Grâce notamment à l'initiative du gouvernement de la Colombie-Britannique[82] et à l'intérêt suscité par un important colloque tenu à l'Université Laval en 1985, le gouvernement fédéral au pouvoir – nouvellement élu et plus favorable à la libéralisation des échanges commerciaux internationaux que ses prédécesseurs – permit au Canada, avec l'accord des provinces, d'adhérer à la Convention de New York; elle y entra en vigueur le 10 août 1986.

---

[76] *Arbitration Act 1889*, 52 & 53 Vict., c. 49.

[77] Voir notamment : J.-G. Castel, « Canada and International Arbitration », (1981) 36(1) Arb. J. 5; H. Alvarez, « La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1986.529 à la p. 530 et suiv.

[78] J.E.C. Brierley, « Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage », (1987) 47 R. du B. 259 à la p. 263; L. Marquis, « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », R.I.D.C. 1993.577. Voir aussi : J.E.C. Brierley, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, Thèse, Faculté de droit et sciences économiques de l'Université de Paris, 1964.

[79] Voir les propos de H. MARX, Ministre de la Justice du Québec : Québec, Assemblée Nationale, *Journal des débats* (16 juin 1986) à la p. 2975 et 30 octobre 1986 à la p. 3673. Les principales lacunes du droit québécois furent exposées à l'époque dans : M. Lalonde, J.N. Buchanan et J.C. Ross, « Domestic and International Commercial Arbitration in Quebec : Current Status and Perspectives for the Future », (1985) 45 R. du B. 705. Voir aussi : A. Prujiner, « L'exécution des sentences arbitrales internationales au Québec », dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 289; G. Cohen, « La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères », (1987) 47 R. du B. 435 à la p. 439 et suiv.

[80] Un exemple particulièrement éloquent est l'affaire *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529. L'arrêt rendu par la Cour suprême est bien connu des juristes québécois puisqu'il a mis définitivement fin à toute incertitude quant à la validité de la clause compromissoire en droit québécois, qui était encore contestée malgré la réforme du C.p.c. de 1965. Le fait que la clause compromissoire litigieuse se rapportait à une transaction commerciale internationale fut ignoré dans l'arrêt rendu par la Cour.

[81] Voir néanmoins : J.E.C. Brierley, « International Trade Arbitration : The Canadian Viewpoint », dans R.St.J. Macdonald, G.L. Morris et D.M. Johnston, dir., *Canadian Perspectives on International Law*, Toronto, U. of Toronto Press, 1974, p. 826; J.-G. Castel, « Canada and International Arbitration », (1981) 36(1) Arb. J. 5.

[82] R.K. Paterson et B.J. Thompson, « Preface », dans R.K. Paterson et B.J. Thomspson, dir., *UNCITRAL Arbitration Model in Canada – Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, Toronto, Carswell, 1987, p. vii. L'initiative de la Colombie-Britannique fut soulignée par le Ministre de la Justice du Canada J.C. CROSBIE lors d'un discours au Parlement canadien : *Débats de la Chambre des communes* (7 mai 1986) à la p. 13060.

A priori, la Convention ne s'intéresse qu'à un aspect – bien qu'il soit crucial – de l'intervention des tribunaux judiciaires avant le prononcé d'une sentence : le mécanisme de dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral. À l'origine, les projets préparés par la Chambre de commerce internationale en 1953 et le Conseil économique et social de l'ONU en 1955 ne contenaient aucune disposition destinée à régir le rôle des tribunaux judiciaires saisis d'une demande de renvoi à l'arbitrage, laquelle devait faire l'objet d'un protocole distinct; ils ne s'intéressaient qu'à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales tranchant des différends du commerce international. Cependant, lors de la Conférence des plénipotentiaires réunis à New York au printemps 1958, les délégations polonaise et suédoise ont proposé d'inclure dans la Convention des dispositions relatives à la validité et l'exécution des conventions d'arbitrage[83]. Certains délégués s'y sont opposés, au motif que la compétence de la Conférence était limitée à la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales, mais leur objection n'a pas convaincu une majorité des délégués[84]. Après avoir d'abord estimé que ces dispositions ne devaient pas être insérées dans la Convention[85], la Conférence est revenue sur sa décision à la suggestion de P. SANDERS, le délégué néerlandais. Rédigées, donc, à la hâte – ce qui causa subséquemment certaines difficultés d'interprétation[86] –, elles se trouvent à l'art. II de la version finale de la Convention. Le mécanisme de dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral fait plus particulièrement l'objet du par. 3.

Il faut néanmoins savoir que la Convention s'intéresse possiblement à d'autres aspects de l'intervention des tribunaux judiciaires avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international. Comme on le verra, il est possible que les règles interétatiques qui en émanent affectent aussi les conditions de l'intervention du juge lorsqu'il est appelé à octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, ou lorsqu'on lui demande de reconnaître

---

[83] Voir les travaux préparatoires de la Convention de New York, publiés dans G.G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration – New York Convention*, New York, Oceana Publications, 1996 à la p. III.A.1.1 et suiv., en particulier à la p. III.C.51 et suiv. et à la p. III.C.63 et suiv.

[84] G.G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration – New York Convention*, New York, Oceana Publications, 1996 à la p. III.C.73.

[85] G.G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration – New York Convention*, New York, Oceana Publications, 1996 à la p. III.C.74.

[86] En ce qui concerne, par ex., l'exigence d'un écrit, au sujet de laquelle on consultera N. Kaplan, « Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice ? », (1996) 12 Arb. Int. 27 et G. Herrmann, « Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration ? – The 1998 Freshfields Lecture », (1999) 15 Arb. Int. 211 aux pp. 214-217.

et d'ordonner l'exécution de mesures procédurales octroyées par le tribunal arbitral[87].

27. – En marge de l'adhésion du Canada à la Convention de New York, le gouvernement de B. MULRONEY amorça une réforme approfondie de l'ensemble des règles de l'arbitrage commercial international en vigueur au Canada en faisant adopter par le Parlement fédéral une loi s'inspirant en très grande partie de la Loi type de la CNUDCI[88]. Les législatures provinciales et territoriales emboîtèrent le pas, en s'inspirant elles aussi grandement – mais à des degrés parfois variables – du modèle législatif proposé par la CNUDCI[89]. La pertinence de la Loi type de la CNUDCI dans l'analyse des conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international est majeure puisque, comme on le verra, elle a vocation à préciser et à réglementer *tous* les cas dans lesquels un juge peut intervenir afin de prêter assistance à un arbitrage commercial international ou d'en contrôler la légalité[90].

28. – Le gouvernement de B. MULRONEY fut aussi l'instigateur d'une politique favorable à la libéralisation des échanges transfrontaliers de capitaux, laquelle fut d'ailleurs poursuivie par le gouvernement libéral au pouvoir depuis 1993. Les nombreux accords internationaux conclus par le Canada et s'intéressant aux investissements transfrontaliers – y compris l'ALÉNA, dont le chapitre 11 a fait couler beaucoup d'encre[91] – contiennent tous des

---

[87] *Infra*, n^os^ 396 et 407 et suiv.

[88] *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2^e^ supp.).

[89] Alberta : *International Commercial Arbitration Act*, S.A. 1986, I-6.6; Colombie-Britannique : *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233; Île-du-Prince-Édouard : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5; Manitoba : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.M. 1986-87, c. 32; Nouveau-Brunswick : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.N.B., c. I-12.2; Nouvelle-Écosse : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.S. 1989, c. 234; Ontario : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, précitée, L.R.O. 1990, c. I-9; Québec : *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, c. 73 (les dispositions pertinentes se retrouvent aujourd'hui aux art. 2638-2643 du C.c.Q. et aux art. 940-951.2 du C.p.c.; Saskatchewan : *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. I-10.2; Terre-Neuve : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N. 1990, c. I-15; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.N.W.T. 1988, c. I-6; Yukon : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.Y. 1986, Supp., c. 14.

[90] Voir *infra*, n° 159 et suiv. On constatera cependant que la Loi type n'a pas vocation à définir et à réglementer tous les cas dans lesquels un juge peut intervenir afin de prêter assistance à un arbitrage commercial international dont le siège est situé à l'étranger : voir *infra*, n^os^ 176 et suiv. et 244 et suiv.

[91] Pour une analyse juridique du chapitre 11 de l'ALÉNA, voir notamment : H.C. Alvarez, « Arbitration Under the North American Free Trade Agreement », (2000) 16 Arb. Int. 393; A. Lemaire, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : Le Chapitre 11 de l'ALÉNA », Rev. arb. 2001.43; P. Dumberry, « The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism – A Review of the Latest Case-Law », (2001) 2 J. of World Inv. 151.

dispositions relatives à l'arbitrage de certains différends impliquant, d'une part, un investisseur et, d'autre part, l'État dans lequel l'investissement est effectué ou l'une de ses entités[92]. Bien que certains de ces accords contiennent des dispositions ayant trait à plusieurs aspects de la procédure arbitrale, elles ne s'intéressent aucunement aux conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires. En effet, ces dispositions visent surtout non pas à modifier ou préciser le contenu des règles internes de l'arbitrage commercial international, mais simplement à exprimer le consentement anticipé de la partie étatique à l'arbitrage. Elles seront donc susceptibles d'être pertinentes lorsqu'on se demande si certaines des conditions de l'intervention du juge sont effectivement remplies, mais elles ne sauraient d'aucune manière en influencer le contenu à proprement parler.

29. – Comment et dans quelle mesure la participation du Canada à ces initiatives interétatiques a-t-elle entraîné l'intégration, dans les ordres juridiques canadiens, de faits normatifs s'intéressant aux conditions de l'intervention des tribunaux judiciaires avant et durant un arbitrage commercial international ? C'est ce qu'il faut préciser, en prenant donc soin de distinguer les faits normatifs liés à l'adhésion du Canada à la Convention de New York (Section I) de ceux se rapportant à la mise en œuvre par les législatures canadiennes du modèle législatif proposé par la CNUDCI (Section II).

Section I. Les faits normatifs liés à l'adhésion du Canada à la Convention de New York

30. – Les conceptions classiques de la notion de sources du droit ayant cours au Canada, tout comme la théorie positiviste qui les sous-tend, ne reconnaissent à l'interprète aucune obligation de tenir compte de faits normatifs émanant de l'ordre juridique interétatique. Elles traduisent ainsi une conception dualiste des rapports que cet ordre juridique entretient avec les ordres juridiques canadiens[93]. Les faits normatifs émanant de l'ordre juridique

[92] Consulter sur ce point le site web du Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada à l'adresse suivante : www.dfait-maeci.gc.ca/.

[93] Sur les théories relatives aux rapports qu'entretiennent les ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique interétatique, voir, de manière générale : H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », R.C.A.D.I. 1923.1.73; H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », R.C.A.D.I. 1925.14.227 à la p. 263 et suiv.; H. Mosler, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », R.C.A.D.I. 1957.91.614; Ch. Rousseau, *Droit international public*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1968 à la p. 3 et suiv.; J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10e éd., Londres, Butterworths, 1989 à la p. 71 et suiv.; R. Higgins, « International Law and the Avoidance,

interétatique n'auraient d'effet, dans l'interprétation du droit interne, que dans la mesure où ils ont été incorporés dans la loi. L'application de méthodes interprétatives fondées sur ces conceptions classiques de la notion de sources du droit à l'étude de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international conduirait aux conclusions suivantes : dans toutes les juridictions canadiennes autres que le Québec et l'Ontario, l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte du *texte* de la Convention de New York ne ferait aucun doute, puisqu'il a été incorporé dans la loi[94]; on constaterait aussi que le texte de la Convention est susceptible d'exercer une certaine influence – quoique moindre – dans l'ordre juridique québécois, puisque l'art. 948, al. 2 du C.p.c. prévoit que l'interprète doit en tenir compte, mais seulement s'agissant de l'interprétation des dispositions législatives ayant trait à la reconnaissance et à l'exécution de sentences étrangères[95]; la loi ontarienne ne faisant aucunement mention de la Convention, on conclurait que celle-ci n'exerce aucune influence dans l'ordre juridique ontarien.

31. – Cependant, de telles conclusions souffriraient d'irréalisme, car les conséquences du phénomène de perméabilité croissante des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs transnationaux sont telles que l'on peut aujourd'hui affirmer qu'il incombe à l'interprète de tenir compte non seulement du *texte* de la Convention de New York, mais bien des *obligations interétatiques* qui en émanent (§ I). En précisant le sens de ces obligations, l'interprète doit tenir compte d'autres faits normatifs visés par les directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique; ces données doivent donc, elles aussi, être rangées parmi les faits normatifs transnationaux susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international (§ II).

Containment and Resolution of Disputes – General Course on Public International Law », R.C.A.D.I. 1991.230.1 à la p. 265 et suiv.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 au ch. II; J.H. Jackson, « Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis », (1992) 86 A.J.I.L. 301 à la p. 313 et suiv.; F. Capotorti, « Cours général de droit international public », R.C.A.D.I. 1994.248.1 à la p. 219 et suiv.

[94] Le Parlement fédéral l'a fait par le biais de la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2e supp.); la Colombie-Britannique par le biais de la *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 154; la Saskatchewan par le biais de la *Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act*, S.S. c. E-9.11; le Yukon par le biais de la *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.Y. 1986, c. 70. Les autres provinces et territoires canadiens, à l'exception du Québec et de l'Ontario, ont directement incorporé la Convention de New York dans leur droit interne par le biais des lois mentionnées *supra*, note 89.

[95] Sur l'absence d'une disposition interprétative similaire applicable aux autres dispositions du C.p.c. régissant l'arbitrage conventionnel, dont celles relatives au mécanisme de dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral, voir *infra*, n° 46 et suiv.

§ I. Les obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York

32. – On démontrera d'abord l'existence d'une obligation incombant à l'interprète appelé à préciser les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international de tenir compte des règles interétatiques émanant de la Convention de New York (A). Il conviendra ensuite de faire quelques observations au sujet du poids qui doit alors leur être accordé (B).

A) L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des règles interétatiques émanant de la Convention de New York

33. – En niant aux règles interétatiques tout effet dans les ordres juridiques internes, la théorie dualiste conduit à privilégier une conception pratiquement absolue de la souveraineté dont bénéficie l'État dans l'ordre juridique interne. Son pouvoir normatif serait non seulement suprême, il serait aussi exclusif. La théorie dualiste paraît ainsi particulièrement bien adaptée aux régimes démocratiques, puisque la nécessité d'assurer le respect du principe démocratique semble justifier – du moins *a priori* – que l'on refuse de reconnaître tout effet à des données dont la vocation normative n'a pas été expressément souhaitée par les élus[96].

34. – C'est précisément la très grande importance que revêt ce principe démocratique dans les systèmes juridiques de common law qui a traditionnellement justifié leur refus de reconnaître aux obligations interétatiques conventionnelles le statut de sources du droit. Puisque le pouvoir d'engager conventionnellement l'État sur la scène internationale est – dans la tradition anglo-saxonne – l'apanage de l'exécutif, accorder à ces obligations un tel statut reviendrait à lui reconnaître un pouvoir normatif qui court-circuiterait le processus législatif[97]. Ce principe démocratique, que la Cour suprême du Canada a élevé au rang de principe général sous-tendant l'ensemble du droit constitutionnel canadien[98], fut encore récemment invoqué par certains de ses juges afin de justifier leur refus de reconnaître

---

[96] H. TRIEPEL et K. STRUPP font partie des théoriciens du droit international public ayant défendu l'approche dualiste : H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », R.C.A.D.I. 1923.1.73; K. Strupp, « Les règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1934.47.255 à la p. 389 et suiv.

[97] M.N. Shaw, *International Law*, 4e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997 à la p. 110 et suiv.; *The Parlement Belge*, (1880) 5 P.D. 197 (C.A. Engl.).

[98] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 252 et suiv.

formellement aux obligations conventionnelles incombant au Canada le statut de sources de droit autonomes[99].

35. – L'attrait de la théorie dualiste paraît d'autant plus marqué dans un régime fédéral comme le Canada, où le gouvernement fédéral détient un pouvoir exclusif d'engager conventionnellement l'État dans l'ordre juridique interétatique, même lorsqu'un traité vise des matières relevant de la compétence législative des États fédérés[100]. Reconnaître aux règles interétatiques conventionnelles un effet en droit interne reviendrait à reconnaître indirectement au gouvernement fédéral un pouvoir normatif menaçant la répartition des compétences législatives opérée par les art. 91 et suiv. de la *Loi constitutionnelle de 1867*[101]. Le principe du fédéralisme, qui fut lui aussi élevé par la Cour suprême au rang de principe général sous-tendant l'ensemble du droit constitutionnel canadien[102], fut d'ailleurs souvent invoqué, avec le principe démocratique, afin de justifier l'absence d'effet direct des règles interétatiques conventionnelles dans les ordres juridiques canadiens[103].

36. – À la réflexion, l'approche dualiste s'avère cependant inacceptable sur le plan théorique. En refusant à ces règles tout effet en droit interne qui n'a pas été expressément souhaité par les législatures compétentes[104], elle consacre une théorie de l'interprétation juridique qui n'accorde aucune importance, dans l'interprétation du droit interne, au respect par le Canada de ses engagements internationaux. Autrement dit, le fait qu'une règle soit

---

[99] Voir les motifs dissidents du juge F. IACOBUCCI dans l'arrêt *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 à la p. 865 et suiv. Voir aussi, en ce sens : *R.* c. *Rebman*, 1994 W.C.B.J. LEXIS 2823 (Nfld. S.C.) au n° 38 et suiv.

[100] Sur l'acquisition graduelle, par le Canada, de la pleine capacité de conclure des ententes internationales, voir, de manière générale : J.-Y. Morin et J. Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec – Du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992 à la p. 384 et suiv.

[101] 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

[102] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 250

[103] Voir, par ex., les propos de W. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 R. du B. can. 174 à la p. 177. Voir aussi, en ce sens : Cl. Emanuelli et S. Slosar, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien », (1978) 13 R.J.T. 69 à la p. 70.

[104] Depuis l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire relative aux conventions de travail (*Attorney-General for Canada* c. *Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326), il est acquis que la mise en œuvre d'un traité en droit interne canadien relève soit du Parlement fédéral, soit des législatures provinciales, selon la matière visée par le traité en question. Sur l'évolution parfois ambiguë qu'a connue cette règle, voir : V. Loungnarath, « L'incidence de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis sur le développement de la paradiplomatie provinciale », (1992) 26 R.J.T. 301 aux pp. 305-306.

interprétée d'une manière incompatible avec les engagements internationaux du Canada ne devrait d'aucune manière influencer l'interprète, ni même le préoccuper.

Or, à une époque où l'on constate une importante augmentation des rapports juridiques entre États souverains – augmentation qui révèle l'interdépendance grandissante entre une pluralité d'acteurs faisant partie du système international – et l'engagement de la très grande majorité des membres de la communauté des États souverains envers des relations interétatiques fondées sur le principe de la primauté du droit, comment peut-on sérieusement soutenir que les juges puissent complètement ignorer les obligations interétatiques incombant à l'État au nom duquel ils rendent justice ? Le juge n'est-il pas lui même un acteur sur la scène interétatique, puisqu'il constitue bel et bien un organe de l'État, susceptible de l'engager au plan international[105] ? Ne doit-il donc pas nécessairement porter lui-même une part de la responsabilité d'assurer le respect du principe de la primauté du droit dans les relations interétatiques[106] ? L'importance qu'a acquise cette valeur au cours du XX^{e} siècle – elle peut aujourd'hui réellement prétendre à l'universalité – conduit à récuser définitivement toute théorie de l'interprétation juridique n'accordant aucun effet aux règles interétatiques.

37. – Cela dit, les théories monistes postulant la subordination des ordres juridiques internes à l'ordre juridique interétatique – et, ce qui est plus important d'un point de vue plus concret, la suprématie des règles émanant de celui-ci à l'intérieur de ceux-là[107] – ne constituent pas une alternative satisfaisante à la théorie dualiste, du moins pour un juriste canadien. Certes, elles favorisent au maximum le respect de la primauté du droit

---

[105] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^{e} éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 aux pp. 449-450, citant Lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 346 : « [I]t is important to bear in mind, what is perhaps obvious, that the doings of courts may affect the responsibility of the state of the forum in other ways. Thus in respect of the application of treaties McNair states : '... a State has a right to delegate to its judicial department the application and interpretation of treaties. If, however, the courts commit errors in that task or decline to give effect to the treaty or are unable to do so because the necessary change in, or addition to, the national law has not been made, their judgment involve the State in a breach of treaty ». Voir aussi, en ce sens : *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen* c. *United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on hearing of Respondent's objection to competence and jurisdiction, 5 janvier 2001 (arbitres : A. MASON, Président, L.Y. FORTIER et A.J. MIKVA) n° 45 et suiv.

[106] Voir, dans cet esprit, H.H. Koh, « The 1998 Frankel Lecture : Bringing International Law Home », (1998) 35 Hous. L. Rev. 623, ainsi que l'arrêt de la Chambre des Lords dans *Kuwait Airways Corp.* c. *Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)*, [2002] 2 A.C. 883.

[107] Sur ce postulat, voir, en particulier : H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », R.C.A.D.I. 1925.14.227 à la p. 299 et suiv.; H. Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1937.62.95 à la p. 129 et suiv.

international public dans les relations interétatiques, mais sûrement trop dans un pays où le principe démocratique a toujours impliqué que les seules limites pouvant être légitimement imposées au pouvoir normatif des législatures sont celles émanant de la Constitution[108].

38. – Pour être satisfaisante, une théorie des effets qu'ont les règles interétatiques conventionnelles dans les ordres juridiques canadiens doit donc permettre l'atteinte d'un *équilibre adéquat* entre, d'une part, la nécessité d'assurer le respect du principe démocratique et du fédéralisme et, d'autre part, la nécessité de reconnaître la responsabilité incombant aux tribunaux judiciaires d'assurer le respect de la primauté du droit international public dans les relations interétatiques. C'est sans doute la recherche d'un tel équilibre qui a conduit – de manière très opportune – les juges des systèmes de tradition anglo-saxonne à reconnaître l'existence d'une obligation leur incombant de présumer de la compatibilité de la loi aux obligations conventionnelles incombant à l'État au nom duquel ils rendent justice. Cette présomption, qui a pour effet de reconnaître à ces obligations un caractère véritablement contraignant dans le processus interprétatif, est invoquée depuis longtemps par les tribunaux anglais[109] et fut introduite dans les ordres juridiques canadiens, où elle est couramment appliquée par les tribunaux, y compris la Cour suprême[110]. L'adoption de cette présomption par les juges canadiens témoigne donc de leur engagement envers le respect de la primauté

---

[108] Voir, de manière générale : P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2001 Student Edition, Toronto, Carswell, 2001 à la p. 283 et suiv.; A. Tremblay, *Droit constitutionnel – Principes*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000 à la p. 89 et suiv.

[109] *Ellerman Lines Ltd.* c. *Murray*, [1931] A.C. 126; *Collco Dealings, Ltd.* c. *Inland Revenue Commisioners*, [1962] A.C. 1 (H.L.) (reconnaissant que l'interprétation de la loi anglaise est susceptible d'être influencée par un traité auquel est partie le Royaume-Uni, la courtoise dont doivent faire preuve les États souverains ou encore les règles établies du droit international); *James Buchanan & Co. Ltd.* c. *Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd.*, [1978] A.C. 141 (H.L.); *Quazi* c. *Quazi*, [1980] A.C. 744 (H.L.); *Garland* c. *British Rail Enginerring Ltd.*, [1983] 2 A.C. 751 (H.L.); *Brind* c. *Secretary of State for the Home Department*, [1991] 1 A.C. 696 (H.L.); I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 49 et suiv.; F.A.R. Bennion, *Statutory Interpretation – A Code*, 3e éd., London, Butterworths, 1997 à la p. 630 et suiv.

[110] Voir, par ex. : *Daniels* c. *White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517 à la p. 541 (faisant expressément référence à l'arrêt *Collco Dealings, Ltd.* c. *Inland Revenue Commisioners*, [1962] A.C. 1 (H.L.)) et, plus récemment, les arrêts *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 et *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Schreiber* c. *Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62. Voir aussi, sur ce point : W. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 R. du B. can. 174; V. Loungnarath, « Les implications constitutionnelles, pour le Canada, d'un éventuel partenariat avec un Québec souverain », (1998) 39 C. de D. 753 à la p. 772 et suiv.; I. Weiser, « Effect in Domestic Law of International Human Rights Treaties Ratified Without Implementing Legislation », dans Conseil canadien de droit international, *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada*, The Hague, Kluwer, 1999, p. 132 aux pp. 133-134; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994 à la p. 396 et suiv.

du droit international public dans les relations interétatiques, valeur qui justifie que soit donc atténuée – sans toutefois qu'elle soit anéantie[111] – l'influence du principe démocratique et du fédéralisme.

39. – L'importance du principe démocratique a toutefois traditionnellement incité les juges des systèmes de tradition anglo-saxonne à ne présumer de la conformité du droit interne qu'aux obligations interétatiques conventionnelles auxquelles le Législateur a manifesté l'intention de se conformer. Sans aller jusqu'à exiger que le Législateur les ait expressément incorporées en droit interne – la présomption perdrait alors sa raison d'être – il faut néanmoins, pour qu'elle opère, qu'il ait légiféré de manière à assurer la conformité du droit interne aux obligations interétatiques conventionnelles pertinentes[112]. Cette condition est incontestablement réalisée lorsqu'il adopte une loi, dite de mise en œuvre, incorporant par référence le texte d'une convention internationale à laquelle a adhéré le Canada ou faisant expressément mention du fait que son adoption fait suite à l'adhésion du Canada à une telle convention; les tribunaux présumeront alors de la conformité des dispositions de la loi aux obligations interétatiques incombant au Canada en vertu de la convention visée, même en l'absence d'une disposition législative visant expressément à les incorporer dans l'ordre juridique interne.

40. – L'importance qu'a acquise la primauté du droit international public dans les relations interétatiques a cependant conduit à un assouplissement de cette condition au cours des dernières décennies, de sorte qu'il n'est plus nécessaire que l'intention du Législateur soit exprimée par le biais d'une loi de mise en œuvre afin qu'elle soit réalisée. Il est maintenant acquis qu'elle le sera si une preuve extrinsèque établit qu'une loi adoptée suite à l'adhésion à une convention internationale, mais sans que mention n'en soit faite, l'a été dans le but d'assurer la conformité du droit interne aux obligations interétatiques en découlant, ou encore si la preuve établit simplement que la loi fut adoptée en raison de l'adhésion à une telle

---

[111] Comme le montreront les développements portant sur le fait que cette présomption ne doit s'appliquer que si le Législateur a manifesté l'intention d'agir conformément aux obligations internationales en cause (voir *infra*, n° 39 et suiv.) ainsi que ceux portant sur l'importance devant être accordée aux normes interétatiques conventionnelles dans l'interprétation du droit canadien (voir *infra*, n° 50 et suiv.).

[112] Voir, par ex. : I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 49 et suiv. aux pp. 48-49; I. Weiser, « Effect in Domestic Law of International Human Rights Treaties Ratified Without Implementing Legislation », dans Conseil canadien de droit international, *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada*, The Hague, Kluwer, 1999, p. 132 à la p. 133.

convention[113]. On note aussi un assouplissement encore plus important de cette condition dans la jurisprudence récente australienne[114] et anglaise[115], qui la considérera comme réalisée du simple fait que le Législateur a adopté une loi traitant d'une matière visée par une convention internationale *après* que l'État y a adhéré.

41. – Il est possible, à la lumière d'un important arrêt rendu par la Cour suprême en 1999 dans une affaire *Baker*, de soutenir que cette condition a été abandonnée et que les juges canadiens doivent aujourd'hui tenir compte de *toutes* les obligations interétatiques incombant au Canada en vertu de conventions internationales auxquelles il est partie, même en l'absence de preuve de l'intention de la législature compétente d'y donner effet en droit interne[116]. Il n'est cependant pas nécessaire d'approfondir cette question controversée, puisque quoi qu'il en soit, toutes les législatures canadiennes ont suffisamment manifesté leur désir de voir la Convention de New York mise en œuvre en droit interne.

42. – En Ontario, la question s'est posée en 1992, dans le cadre d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence rendue au Japon. La partie intimée s'y opposait, notamment au motif que la copie de la sentence invoquée par la partie requérante n'avait pas été « dûment authentifiée » au sens de l'art. 35(2) de la Loi type[117]. Elle soutenait que cette disposition devait être interprétée conformément à l'art. IV(2) de la Convention, qui prévoit que si la sentence n'a pas été rendue dans une langue officielle du pays où la

---

[113] Voir, sur ce point, les motifs de Lord DIPLOCK dans *Salomon* c. *Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A. Engl.), ainsi que l'analyse de I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 49 et celle de J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 83 : « [w]here the statute is ambiguous *and its provisions have been conditioned by a previously concluded treaty*, the Court may look at the treaty for the purpose of interpretating the ambiguous statutory language *notwithstanding that the statute does not specifically incorporate or refer to the treaty* » [italiques ajoutés].

[114] Voir en particulier l'arrêt de la Haute Cour dans l'affaire *Minister for Immigration and Ethnic Affairs* c. *Teoh*, (1995) 183 C.L.R. 276 à la p. 286 et suiv.

[115] Voir, en ce sens : *Pan-Am World Airways* c. *Department of Trade*, [1976] 1 Lloyd's L. Rep. 257 (C.A. Engl.); *Garland* c. *British Rail Engineering Ltd.*, [1983] 2 A.C. 751 (H.L.) à la p. 771 (Lord DIPLOCK : « It is a principle of construction of United Kingdom statutes [...] that the words of a statute passed after the treaty has been signed and dealing with the subject matter of the international obligations of the United Kingdom, are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the obligation, and not to be inconsistent with it. »); *Brind* c. *Secretary of State for the Home Department*, [1991] 1 A.C. 696 (H.L.) à la p. 760.

[116] *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[117] Qui prévoit notamment que : « [l]a partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme [...] ».

reconnaissance et l'exécution sont recherchées, une demande en ce sens doit être accompagnée d'une traduction « certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire » ce qui, selon elle, n'était pas le cas en l'espèce. La Cour refusa cependant de tenir compte de la Convention de New York, au motif qu'il n'avait pas été établi que le Législateur avait eu l'intention d'y donner effet dans l'ordre juridique ontarien[118]. Cette décision fut confirmée par un arrêt non motivé rendu par la Cour d'appel ontarienne le 12 avril 1995[119].

43. – D'autres juges ontariens semblent cependant ne pas partager cet avis. Par exemple, un juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage a affirmé en 1992 que la loi ontarienne régissant l'arbitrage commercial international devait, de manière générale, être interprétée de manière conforme à la Convention[120], ce qui laisse croire qu'il reconnaissait bel et bien aux obligations interétatiques en découlant un caractère contraignant dans l'interprétation du droit interne. Dans une décision rendue en 1999, confirmée plus tard par la Cour d'appel, la Cour supérieure de l'Ontario, sans toutefois directement aborder la question de l'effet de la Convention dans l'ordre juridique ontarien, a semblé être du même avis, puisqu'elle se référa à plusieurs reprises à des dispositions de la Convention ainsi qu'à des autorités l'interprétant en disposant d'une demande recherchant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence CCI rendue à Ottawa[121].

44. – L'incertitude qui semble entourer la question de l'effet des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York dans l'ordre juridique ontarien est sans doute due au fait qu'elle n'est à l'heure actuelle mentionnée dans aucune loi ontarienne. On pourrait donc être tenté d'en déduire que le Législateur ontarien n'a jamais exprimé l'intention de s'y conformer et d'en conclure que la présomption de conformité de la Loi aux obligations interétatiques conventionnelles incombant au Canada n'est d'aucune pertinence à

---

[118] *Kanto Yakin Kogyo Kabushi-Kaisha* c. *Can-Eng Manufacturing Ltd.*, (1992) 7 O.R. (3d) 779 (C. Ont. (Div. gén.)).

[119] *Kanto Yakin Kogyo Kabushiki-Kaisha* c. *Can-Eng Manufacturing Ltd.*, (1995) 22 O.R. (3d) 576.

[120] *Canada Packers Inc.* c. *Terra Nova Tankers Inc.*, (1992) 11 O.R. (3d) 382; (1997) XXII Yearbook Com. Arb. 669; CLOUT #35 (C. Ont. (Div. gén.)).

[121] *Corporacion transnacional de inversiones, S.A. de C.V.* c. *STET International, S.P.A.*, (1999) 45 O.R. (3d) 183; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 13 (C.S.J. Ont.); (2000) 49 O.R. (3d) 414; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 5 (note F. Bachand) (Ont. C.A.); demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée. Voir aussi : *Automatic Systems Inc.* c. *Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 225; CLOUT # 73 et # 183 (C.A. Ont.).

leur égard. Cependant, comme il fut souligné, il n'est pas nécessaire qu'une convention internationale à laquelle le Canada est partie fasse l'objet d'une loi la visant expressément pour que l'on puisse considérer que la condition relative à l'intention du Législateur a été réalisée; son intention peut être vérifiée autrement, notamment par une preuve extrinsèque[122].

45. – L'analyse doit donc dépasser le seul constat d'absence de toute référence à la Convention dans le *corpus* législatif ontarien. Ce faisant, on constate d'abord que le Législateur ontarien a très clairement exprimé son intention d'assurer la conformité du droit interne à la Convention en adoptant, en 1986, une loi visant justement à en incorporer le texte en droit interne[123]. Cette loi fut cependant abrogée en 1988 lors de l'adoption de la Loi type en Ontario[124]; l'effet en droit ontarien des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention dépend donc de l'interprétation à donner à la décision du Législateur d'abroger la loi de 1986. À la réflexion, il semble difficile de croire qu'elle ait été motivée par un réel désir de sa part de faire marche arrière et ne plus souhaiter la conformité du droit interne aux obligations incombant au Canada en vertu de la Convention. La décision du Législateur ontarien d'adopter la Loi type semble au contraire avoir réitéré son intention d'assurer la conformité du droit interne aux obligations incombant au Canada en vertu de la Convention, puisque la CNUDCI fut toujours très soucieuse – en élaborant la Loi type – d'assurer sa conformité à la Convention[125]. En raison de la faveur qu'elle a exprimée envers la Loi type,

---

[122] Voir surtout, sur ce point, les propos de Lord DIPLOCK dans *Salomon* c. *Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A. Engl.) à la p. 144; voir aussi les récents développements relevés dans la jurisprudence australienne et anglaise qui furent mentionnés *supra*, n° 40.

[123] *Foreign Arbitral Awards Act of Ontario*, S.O. 1986, c. 25.

[124] *Loi sur l'arbitrage commercial international*, précitée, L.R.O. 1990, c. I-9.

[125] Dès que la décision fut prise d'entreprendre l'élaboration d'une loi type sur l'arbitrage commercial international, la CNUDCI souligna l'importance de tenir compte de la Convention de New York : *Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa douzième session*, (1979) X Annuaire de la CNUDCI 14 à la p. 25, n° 81. Voir aussi les propos de G. HERRMANN, le maître d'œuvre de la Loi type, citant avec approbation ceux de H. HOLTZMANN : « [a]s an eminent rapporteur to the 1984 ICCA-Interim Meeting at Lausanne put it, 'the new Model law, when it is completed by UNCITRAL and enacted by States, *will stand along with the New York Convention and the UNCITRAL Arbitration Rules* as a principal pillar in the worldwide system of arbitral justice » [italiques ajoutés] (G. Herrmann, « The UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Its Salient Features and Prospects », dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 351 à la p. 352, citant H. Holtzmann, « The Conduct of Arbitral Proceedings », dans International Council for Commercial Arbitration, *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, ICCA Congress Series No. 2, 1984, p. 159). Voir aussi la Résolution 40/72 du 11 décembre 1985 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, notamment reproduite à (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 51 : « *L'Assemblée générale* [...] *Convaincue* que ladite Loi type, conjointement avec la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies

on voit donc mal pourquoi la législature ontarienne aurait réellement cherché, en abrogeant la loi de 1986, à réduire l'influence en droit interne des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention. Il semble beaucoup plus logique de considérer que le Législateur ontarien a tout simplement jugé que les dispositions de la Loi type suffisaient afin d'assurer la conformité du droit interne aux obligations internationales du Canada, de sorte que la loi adoptée en 1986 n'avait plus d'utilité[126]. À la lumière de ces données, il faut donc conclure qu'en Ontario, l'interprète doit tenir compte des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention.

46. – La question de l'effet des obligations incombant au Canada au terme de la Convention de New York s'avère aussi quelque peu problématique au Québec. L'article 948, al. 2 du C.p.c. prévoit qu'en interprétant les dispositions du Titre 2 du Livre VII du C.p.c., qui ne régissent que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[127], il doit être tenu compte des dispositions pertinentes de la Convention. L'intention de la législature québécoise d'assurer la conformité du droit interne aux obligations interétatiques en découlant ne semble donc pas contestable, de sorte que l'existence d'une obligation incombant à l'interprète d'en tenir compte en interprétant les dispositions du Titre 2 du Livre VII du C.p.c. ne fait aucun doute bien qu'elles ne soient pas expressément visées à l'art. 948, al. 2.

47. – On ne trouve cependant aucune disposition équivalente au Titre I du Livre VII du C.p.c., qui régit tous les autres aspects procéduraux de l'arbitrage conventionnel, y compris l'intervention du juge avant et durant le déroulement de l'instance arbitrale. Pourquoi le Législateur n'a-t-il pas fait mention de la Convention dans la disposition interprétative

---

pour le droit commercial international, dont l'application a été recommandée par l'Assemblée générale dans la résolution 31/98 du 15 décembre 1976, contribue notamment à la création d'un cadre juridique unifié pour le règlement juste et efficace des différends survenant dans les relations commerciales internationales [...] ».

[126] V. ARCANGELI semble être implicitement arrivée à la même conclusion dans sa thèse (V. Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse, Université de Montréal, 1999 à la p. 64 et suiv.). Voir aussi, en ce sens : I. Dore, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, London, Graham & Trotman, 1993 à la p. 172 : « Ontario implemented the Convention in a 1986 statute, but the statute was repealed two years later when the province adopted the model law; *the assumption was that the model law itself was an adequate substitute for the Convention* ».

[127] Elles apparaissent au Titre 2 du Livre VII du C.p.c.

contenue au Titre 1 du Livre VII C.p.c.[128] ? On pourrait être sérieusement tenté d'en déduire qu'il a seulement voulu assurer la conformité du droit interne aux obligations incombant au Canada en vertu des dispositions de la Convention régissant la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères. Il ne pèserait alors sur l'interprète aucune obligation de présumer de la conformité du droit interne aux obligations incombant au Canada en vertu des dispositions de la Convention régissant l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international.

48. – À la réflexion, ce raisonnement ne convainc cependant pas, puisqu'il revient à attribuer à la législature québécoise une attitude partiellement réfractaire à la Convention de New York qu'elle n'a jamais eue. Le Québec, avec les autres provinces canadiennes, s'est engagé en 1985 envers le gouvernement fédéral à modifier son droit interne afin d'y mettre en œuvre la Convention et c'est sur le fondement de cet engagement que le fédéral a accepté d'y adhérer[129]. L'étude des déclarations faites à l'Assemblée nationale par le ministre responsable de la réforme du droit québécois de l'arbitrage révèle que le Québec a toujours

---

[128] La directive interprétative applicable à ce titre du Code (art. 940.6) n'impose à l'interprète qu'une obligation de tenir compte de la Loi type de la CNUDCI et des travaux préparatoires pertinents. Une autre incertitude importante découlant de la rédaction peu soignée de l'art. 940.6 du C.p.c. concerne le rôle que peuvent jouer la Loi type et les travaux préparatoires s'y rapportant dans l'interprétation du droit québécois de l'arbitrage lorsque le différend ne met pas en cause les intérêts du commerce interprovincial ou international – autrement dit en matière d'arbitrage interne. A. PRUJINER semble d'avis qu'on doit déduire de l'art. 940.6 du Code que non seulement l'interprète n'est-il pas obligé de tenir compte de ces documents, mais qu'il doit s'abstenir de le faire : A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425 à la p. 437 (« [L'opportunité de l'art. 940.6] semble discutable à l'égard des arbitrages internes. Pourquoi les *priver* de ces sources et risquer de créer des divergences dans un régime unifié ? ») [italiques ajoutés]. Cette interprétation semble toutefois difficilement conciliable avec le fait que la législature québécoise a adopté une loi d'arbitrage s'appliquant tant aux arbitrages internes qu'internationaux (et interprovinciaux) parce qu'elle jugeait justement le modèle législatif proposé par la CNUDCI également apte à régir de manière satisfaisante l'arbitrage interne : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (30 octobre 1986) à la p. 3672 et suiv., propos du Ministre de la Justice H. MARX. Il serait donc préférable de conclure que la Loi type et les travaux préparatoires s'y rapportant font partie du contexte d'énonciation de la loi québécoise d'arbitrage, dont doit tenir compte l'interprète même en matière d'arbitrage interne. Une telle interprétation ne viderait pas l'art. 940.6 de tout sens, puisque – là encore les travaux préparatoires fournissent de précieuses informations – cette disposition fut incluse d'abord et avant tout afin d'assurer aux opérateurs du commerce international étrangers que le Code recevrait une interprétation respectant la spécificité de l'arbitrage commercial international : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (30 octobre 1986) à la p. 3674, propos du Ministre de la Justice H. MARX. Sur cette question, voir aussi : L. Marquis, « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », R.I.D.C. 1993.577 à la p. 604 et suiv., pour qui l'art. 940.6 n'empêche pas l'interprète de tenir compte de la Loi type et des travaux préparatoires en matière d'arbitrage interne; et dans le même sens : J.E.C. Brierley, « De la convention d'arbitrage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2 (« Obligations, contrats nommés »), Québec, P.U.L., 1993, p. 1067 à la p. 1068, n° 1.

[129] Voir sur ce point les propos de A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425 à la p. 426.

cherché à respecter son engagement et que jamais n'a-t-on cherché restreindre l'effet de la Convention dans l'ordre juridique québécois. Au contraire, les travaux préparatoires révèlent qu'il paraissait au Législateur essentiel que le Québec se dote d'une loi d'arbitrage conforme à la Convention[130]. De plus, l'art. 940.6 du C.p.c., tout comme l'art. 948, al. 2 du C.p.c., fut adopté afin d'éviter que les juges québécois – traditionnellement méfiants face à l'arbitrage conventionnel – négligent la spécificité de l'arbitrage commercial international[131]. À la lumière de ces données extrinsèques, il s'avère nettement préférable de conclure que l'absence de toute référence à la Convention à l'art. 940.6 C.p.c. n'a pas pour conséquence de limiter l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention.

49. – L'effet des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention est incontestable dans les autres juridictions canadiennes, puisque des lois l'intégrant spécifiquement dans l'ordre juridique concerné furent adoptées[132]. L'intention du Législateur n'aurait donc pu y être exprimée plus clairement.

B) L'importance à accorder aux règles interétatiques émanant de la Convention de New York dans l'interprétation du droit interne

50. – On constate donc que, contrairement à ce que l'on pourrait croire si l'on omettait de tenir suffisamment compte du phénomène de perméabilité croissante des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs transnationaux, les obligations incombant au Canada au terme de la Convention de New York sont réellement susceptibles d'affecter l'interprétation des conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. Il convient maintenant de préciser le poids que l'interprète doit leur accorder dans le processus interprétatif.

---

[130] Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (16 juin 1986) à la p. 2975, propos du Ministre de la Justice H. MARX.

[131] Voir les propos en ce sens du Ministre de la Justice H. MARX, soulignant la spécificité de l'arbitrage commercial international : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (30 octobre 1986) à la p. 3674. Voir aussi, en ce sens, N. Antaki, « L'arbitrage commercial : concept et définitions », [1987] C.P. du N. 485 aux pp. 501-502; L. Marquis, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 R.D. McGill 448 à la p. 451 et suiv.; L. Marquis, « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », R.I.D.C. 1993.577 à la p. 605.

[132] Voir *supra*, note 94.

51. – En premier lieu, il est aujourd'hui certain qu'elles doivent être prises en compte d'entrée de jeu. Traditionnellement, ce n'était pas le cas puisque l'interprète n'était autorisé à prendre en considération les obligations internationales pertinentes qu'après avoir constaté l'ambiguïté de la loi en litige, c'est-à-dire constaté qu'elle est raisonnablement susceptible de plus d'une interprétation[133]. La règle avait été adoptée par la Cour suprême du Canada[134], mais elle fut abandonnée en 1990 dans une affaire[135] qui concernait une demande de révision judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des importations, un organisme administratif quasi judiciaire, portant sur l'interprétation d'une loi fédérale ayant pour objet de mettre en œuvre certaines dispositions de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT) concernant l'imposition de droits antidumping ou compensateurs[136]. Les juges majoritaires rappelèrent dans un premier temps que l'interprétation de cette loi devait tenir compte des obligations internationales incombant au Canada en vertu du GATT, de sorte qu'en interprétant les dispositions de la loi fédérale en cause, il fallait « s'efforcer d'adopter une interprétation qui soit compatible avec les obligations internationales en question »[137]. Dans un second temps, s'appuyant sur l'opinion de I. BROWNLIE[138], ils écartèrent la jurisprudence antérieure de la Cour suprême exigeant que la prise en compte des obligations internationales incombant au Canada en vertu des traités qu'il a ratifiés soit conditionnelle à un constat préalable d'ambiguïté de la législation étudiée.

L'arrêt *National Corn Growers* s'inscrit dans un courant de pensée réfractaire – à très

---

[133] En droit anglais, voir par ex. : *Ellerman Lines Ltd.* c. *Murray*, [1931] A.C. 126; *Salomon* c. *Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A. Engl.).

[134] *Daniels* c. *White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517 à la p. 541; *Capital Cities Communications Inc.* c. *Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141 à la p. 173; *Schavernoch* c. *La Commission des réclamations étrangères*, [1982] 1 R.C.S. 1092 à la p. 1098. Voir aussi les propos du juge en chef F. IACOBUCCI dans *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1989] 2 C.F. 517 (C.A. Féd.).

[135] *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324. Les tribunaux anglais auraient, selon I. BROWNLIE, aujourd'hui abandonné l'exigence d'un constat préalable d'ambiguïté de la législation de mise en œuvre d'un traité : I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 à la p. 49 et les références citées à la note 3. Les auteurs de la 3e édition de l'ouvrage de R. CROSS sur l'interprétation des lois ne sont cependant pas d'accord : J. Bell et Sir G. Engle, *Cross – Statutory Interpretation*, 3e éd., London, Butterworths, 1995 à la p. 162. Voir aussi : S. Beaulac, « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation », (2004) 25 Stat. L.R. 19.

[136] La loi fédérale en cause était la *Loi sur les mesures spéciales d'importations*, L.C. 1984, c. 25.

[137] *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 à la p. 1371.

[138] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979 à la p. 51.

juste titre – à l'idée selon laquelle la clarté d'un texte législatif peut être appréciée sans tenir compte du contexte dans lequel il s'inscrit[139] et il semble certainement possible d'y voir un indicateur supplémentaire de l'engagement des tribunaux canadiens envers des relations interétatiques fondées sur le principe de la primauté du droit.

52. – En second lieu, il est clair que la faveur qu'ont récemment exprimée les juges canadiens envers les obligations interétatiques du Canada n'a pas entraîné, du moins pas encore, un bouleversement de la hiérarchie des sources : la primauté de la loi demeure intacte[140]. Autrement dit, la présomption de conformité du droit interne aux obligations interétatiques incombant au Canada peut être renversée. Bien que l'on ait parfois soutenu que la Constitution canadienne imposait certaines limites au pouvoir des législatures canadiennes de légiférer en contravention aux obligations interétatiques incombant au Canada[141], la Cour suprême a toujours reconnu au législateur le dernier mot, comme l'illustrent les propos du juge Ch. GONTHIER dans l'arrêt *National Corn Growers*,

---

[139] Sur cette règle – dite de l'interprétation littérale – et son déclin, voir : M. Zander, *The Law-Making Process*, 4e éd., London, Butterworths, 1994 à la p. 121 et suiv.; N.J. Singer, *Statutes and Statutory Construction*, 5e éd., vol. 2A, New York, Clark Boardman Callaghan, 1992 à la p. 5 et suiv.; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 357 et suiv.; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994 à la p. 1 et suiv.; J. Bell et Sir G. Engle, *Cross – Statutory Interpretation*, 3e éd., London, Butterworths, 1995 à la p. 50 et suiv.; F.A.R. Bennion, *Statutory Interpretation – A Code*, 3e éd., London, Butterworths, 1997 à la p. 449 et suiv.; S. Beaulac, « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation : A Question of Admissibility or of Weight ? », (1998) 43 R.D. McGill 287 aux pp. 311-312; R. Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175 à la p. 187 et suiv., qui note une certaine tendance dans quelques arrêts rendus par la Cour suprême au milieu des années 90 laissant présager un retour à la règle de l'interprétation littérale. Sa jurisprudence la plus récente révèle cependant qu'elle a clairement abandonné cette règle; voir : *Chieu* c. *Canada (Minsitre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3 au n° 27 et suiv.; *Sarvanis* c. *Canada*, 2002 CSC 28 au n° 24; *Bell Expressvu Limited Partnership* c. *Rex*, 2002 CSC 42 au n° 26 et suiv.; *Lavigne* c. *Canada (Commisariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53 au n° 25. Voir aussi, en ce sens : S.M. Sugunasiri, « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Justice Analysis and Accountability », (1999) 22 Dal. L.J. 126 à la p. 134 et suiv.

[140] Contrairement à la France, où la primauté des traités sur la loi est assurée par l'art. 55 de la Constitution de 1958 (voir Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes* c. *Soc. « Café Jacques Vabre » et S.A.R.L. J. Weigel et cie*, D. 75.497 (concl. A. Touffait); J.D.I. 1975.801 (note D. Ruzié); C.E. 20 octobre 1989, *Nicolo*, R.C.D.I.P. 1990.125 (note P. Lagarde); J.D.I. 1990.135 (note P. Sabourin)). La primauté de la Constitution sur les traités demeure cependant assurée (C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Affaire Saran, Levacher et autres*, J.D.I. 1999.747 (et l'analyse de J. Dehaussy, « La Constitution, les traités et les lois : à propos de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État sur les traités » à la p. 675); C. Cass., Ass. Plén. 2 juin 2000, *Fraisse*, D. 2000.II.865 (note B. Mathieu et M. Verpeaux)). La primauté des traités sur la loi est également prévue dans la Constitution américaine (à l'art. 6).

[141] Voir, par ex. : D.C. Vanek, « Is International Law Part of Canada ? », (1949-50) 8 U. of T. L.J. 251; I.C. Rand, « Some Aspects of Canadian Constitutionalism », (1960) 38 R. du B. can. 135; voir aussi, sur cette question : G.V. La Forest, « May the Provinces Legislate in Violation of International Law ? », (1961) 39 R. du B. can. 78.

reconnaissant que c'est bien « lorsque la loi s'y prête » qu'il faut l'interpréter de manière conforme aux engagements internationaux du Canada[142]. L'effet des obligations incombant au Canada en vertu des traités auxquels il est partie trouve donc sa limite ultime dans le texte de la loi, dans l'obligation incombant à l'interprète de retenir une interprétation qui peut raisonnablement s'harmoniser avec les mots employés par le législateur. Cette proposition demeurera évidemment vraie tant que la présomption de conformité du droit interne aux obligations interétatiques conventionnelles sera assujettie à la condition relative à l'intention de la Législature d'agir de manière conforme à celles-ci. Il faudrait néanmoins qu'elle préserve toute sa force même si l'on devait considérer que cette condition fut abandonnée par la Cour suprême dans son arrêt *Baker*[143], car la supériorité hiérarchique des règles interétatiques conventionnelles en droit interne est – comme on l'a vu – indéfendable en raison de l'importance accordée au principe démocratique dans les ordres juridiques canadiens[144].

53. – Il demeure, du moins s'agissant de l'interprétation de lois ordinaires[145], que les tribunaux canadiens accordent aujourd'hui une très grande importance, dans l'interprétation du droit interne, aux obligations interétatiques du Canada qu'ils se reconnaissent obligés de prendre en considération. Les propos précités du juge Ch. GONTHIER datant de 1990 – s'exprimant en des termes particulièrement forts : l'interprète doit *s'efforcer* de concilier le droit interne et les engagements internationaux du Canada – ne peuvent être considérés comme étant isolés, puisque la Cour s'est exprimée en des termes tout aussi forts dans un arrêt rendu en 1998 portant sur l'interprétation de certaines dispositions d'une loi fédérale ayant pour objet de mettre en œuvre la *Convention relative au statut des réfugiés*[146] : « la Cour *doit* adopter une interprétation compatible avec les obligations du Canada en vertu de la Convention »[147]. P.-A. CÔTÉ a donc tout à fait raison d'affirmer qu'« [e]ntre deux sens

---

[142] *National Corn Growers Assn.* c. *Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 à la p. 1371.

[143] *Baker* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[144] Voir *supra*, n° 37.

[145] Cette précision est importante puisque les motifs du juge M. BASTARACHE dans l'arrêt *R.* c. *Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597 (auxquels le juge Ch. GONTHIER a souscrit) suggèrent en *obiter* – et à très juste titre – que la présomption de conformité du droit interne au droit international devrait, dans certaines circonstances, être de moindre intensité s'agissant de l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (aux pp. 677-678).

[146] [1969] R.T. Can. n° 6.

[147] *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 aux pp. 1019-1020 [italiques ajoutés]. Voir aussi : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada*

possibles d'une disposition, il *faut* préférer celui qui est conforme [aux engagements internationaux du Canada] »[148]. On constate ainsi que, dès lors que le texte législatif l'autorise raisonnablement, la prise en compte par l'interprète des engagements internationaux du Canada aura généralement un effet déterminant, minimisant le poids qu'il accordera à d'autres faits normatifs faisant aussi partie du contexte d'énonciation de la loi et qu'il se reconnaîtrait par ailleurs obligé de prendre en considération.

54. – Cette dernière observation est très importante s'agissant de l'incidence, sur l'interprétation du droit interne, des obligations internationales incombant au Canada en vertu de la Convention de New York. En effet, elle permet de comprendre qu'elles revêtent concrètement une importance identique dans toutes les juridictions canadiennes, contrairement à ce que pourrait le laisser croire une analyse comparative des lois régissant l'arbitrage commercial international. Au niveau fédéral, en Colombie-Britannique, en Saskatchewan et au Yukon, le législateur a expressément stipulé la primauté des dispositions de la Convention de New York sur celles de toute autre loi[149]. Dans les autres juridictions canadiennes de common law, seule sa primauté par rapport à la Loi type – par le biais du par. 1(1) de celle-ci[150] – fut exprimée par le Législateur. La loi québécoise est totalement silencieuse sur la question[151]. Mais qu'importe : l'intensité de la présomption de conformité

(Procureur général), 2004 CSC 4 au n° 31.

[148] P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 466 [italiques ajoutés]; le passage correspondant de la 2e édition du traité de P.-A CÔTÉ fut d'ailleurs cité avec approbation par la juge Cl. L'HEUREUX-DUBÉ dans ses motifs (auxquels la juge B. MCLACHLIN, aujourd'hui juge en chef, souscrivit) dans *Thomson* c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551 à la p. 618. Voir aussi : *Hoang* c. *Canada (Minister of Employment & Immigration)*, 1990 A.C.W.S.J. LEXIS 20281 (C.A. Féd.) au n° 18 : « Since 'a particularly serious crime' constituting 'a danger to the community' is not defined in the Convention, we *must presume* that Parliament responsibly fulfilled its international obligations in enacting subsections 32(2) and 55(c) » [italiques ajoutés].

[149] Voir la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2e supp.), une loi fédérale, à l'art. 5 (« [l]es dispositions de la présente loi et la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi »); *Foreign Arbitral Awards Act* (Colombie-Britannique), R.S.B.C. 1996, c. 154, art. 5 (« [i]f there is a conflict between this Act and any other enactment, this Act prevails »); *Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act* (Saskatchewan), S.S. c. E-9.11, art. 3 (identique à la disposition britanno-colombienne); *Foreign Arbitral Awards Act* (Yukon), R.S.Y. 1986, c. 70, art. 5 (identique à la disposition britanno-colombienne).

[150] Cette disposition prévoit que la Loi type « ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État ».

[151] Dans son étude sur la réforme québécoise du droit de l'arbitrage, A. PRUJINER a affirmé que l'art. 5 de la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2e supp.) – la loi fédérale –, qui prévoit que les dispositions de la Convention de New York « l'emportent sur toute autre loi incompatible », est applicable à l'interprétation des dispositions du C.p.c. québécois s'intéressant à l'arbitrage conventionnel : A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425

des lois aux obligations interétatiques du Canada, comme son existence même, est à la base indépendante de la loi. Il est vrai qu'en l'état actuel du droit positif, rien n'empêche – en théorie – le législateur de l'écarter ou d'en modifier l'intensité. Mais rien ne laisse croire que les législatures canadiennes aient réellement eu des intentions divergentes quant à l'intensité de la présomption de conformité des lois aux obligations internationales incombant au Canada en vertu de la Convention de New York et que, par exemple, il faille leur accorder une moindre importance dans l'interprétation du droit québécois parce que le législateur, contrairement à son homologue fédéral, est demeuré silencieux sur la question. Au contraire, le consensus de 1985 incite plutôt à penser que tous les gouvernements canadiens étaient bien conscients de l'importance d'assurer la conformité du droit interne aux obligations internationales incombant au Canada au terme de la Convention.

§ II. Les faits normatifs visés par les directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique

55. – En précisant le sens des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York qui sont susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, l'interprète doit tenir compte de plusieurs faits normatifs transnationaux visés par les directives interprétatives, propres à l'ordre juridique interétatique, énoncées aux art. 31 et suiv. de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[152]. Avant d'examiner de plus près l'incidence de ces directives sur l'interprétation de ces obligations (B), il convient d'affirmer et d'étudier l'obligation lui

à la p. 428. Cette conclusion doit possiblement être nuancée. Pour des motifs d'ordre constitutionnel, la loi fédérale de mise en œuvre de la Convention de New York n'a d'effet qu'à l'égard d'arbitrages portant sur des matières relevant de la compétence législative du Parlement fédéral : *Northern Sales Co.* c. *Compania Maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 C.F. 550; (1993) XVIII Yearbook Com. Arb. 363 (C.A. Féd.). Plusieurs arbitrages portant sur de telles matières fédérales seront régis non pas par le C.p.c., mais bien par la loi fédérale de mise en œuvre de la Loi type (*Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2e supp.)), qui est applicable à des affaires maritimes ou lorsque l'une des parties est une entité publique fédérale (art. 5(2)) : *Navigation Sonamar Inc.* c. *Algoma Steamship Limited*, [1987] R.J.Q. 1346 (C.S.); CLOUT #10. La question de l'effet de l'art. 5 de la loi fédérale de mise en œuvre de la Convention de New York sur les dispositions du C.p.c. ne se posera alors tout simplement pas. C'est seulement dans le cas d'autres arbitrages portant sur des matières fédérales, mais ne tombant pas dans le domaine de la loi fédérale de mise en œuvre de la Loi type, que les dispositions du C.p.c. pourraient alors trouver application, auxquelles cas elles devraient effectivement cesser de s'appliquer en cas d'incompatibilité avec les dispositions de la Convention de New York, non pas tant en raison de l'art. 5 de la loi fédérale de mise en œuvre de la Convention – les autres lois incompatibles envisagées étant d'abord et avant tout, sans aucun doute, des lois *fédérales* – mais en raison du principe constitutionnel de la primauté des lois fédérales sur les lois provinciales (sur ce principe, voir notamment : F. Joyal, « Le principe de la primauté de la législation fédérale en droit constitutionnel canadien », (1993) 27 R.J.T. 109).

[152] (1980) 1155 R.T.N.U. 353; [1980] R.T. Can. n° 37 [ci-après la « Convention de Vienne »].

incombant d'en tenir compte (A).

A) L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique

56. – La prise en compte par l'interprète des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique est d'abord et avant tout pleinement justifiée sur le plan théorique en ce qu'elle écarte le recours aux méthodes d'interprétation proprement internes lorsqu'il s'agit de cerner le sens d'une règle interétatique de source conventionnelle. Pour les mêmes raisons – trop évidentes pour qu'il soit nécessaire de les exposer en détail – qu'il importe en principe que la règle juridique soit interprétée d'une manière similaire dans un ordre juridique donné, on ne peut accepter qu'un juge interprète une règle interétatique en y appliquant aveuglément les méthodes d'interprétation auxquelles il a recours en interprétant une règle interne; la spécificité de la règle et celle de l'ordre juridique dont elle émane s'en trouveraient niées. Évidemment, il en aurait été autrement si les juges appliquaient tous et uniformément, d'un système à l'autre, les mêmes méthodes d'interprétation. Mais – tout juriste ayant quelque connaissance que ce soit du droit comparé le sait fort bien – ce n'est pas du tout le cas[153].

57. – Ces différences méthodologiques prennent une importance accrue en ce qui concerne l'interprétation des traités-lois[154] – ces conventions internationales ayant pour but d'harmoniser les droits nationaux dans un domaine donné et qui se sont multipliées au cours des dernières années, particulièrement en matière de droit commercial international. Puisqu'il revient dans la très grande majorité des cas aux juges nationaux d'interpréter et d'appliquer ces conventions, l'abandon des méthodes d'interprétation internes devient une

---

[153] Voir par ex. l'importante étude réalisée par C.H. SCHREUER au début des années 70, montrant les différentes méthodes appliquées par les juges nationaux à l'interprétation des conventions internationales : C.H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », (1971) 45 B.Y.I.L. 255; voir aussi, en ce sens : F.A. Mann, « Uniform Statutes in English Law », dans F.A. Mann, *Further Studies in International Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 270.

[154] Ch. Rousseau, *Droit international public*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1968 à la p. 24 : « Les traités-contrats (ex. : traités d'alliance, de commerce, de délimitation, de cession territoriale, etc...) sont des actes à caractère subjectif engendrant des prestations réciproques à la charge des Etats contractants dont chacun désire respectivement des choses différentes. Quant aux traités-lois ou traités normatifs, leur objet est d'énoncer une règle de droit objectivement valable. Ils se caractérisent par l'identité du contenu de la volonté des signataires (ex. : déclaration de Paris du 16 avr. 1856 sur la guerre maritime, Conventions de La Haye du 29 juill. 1899 et du 18 oct. 1907, Pacte de la Société des Nations du 28 juin 1919, Charte des Nations Unies du 26 juin 1945) ».

condition nécessaire à l'atteinte des objectifs d'harmonisation poursuivis; ce point fait d'ailleurs consensus en doctrine[155] ainsi qu'au sein de la communauté des États souverains, comme le révèlent les dispositions interprétatives que l'on inclut désormais systématiquement dans de tels instruments[156]. Comme l'a très justement observé Viscount SIMMONDS, « [i]t would be deplorable if the nations should, after protracted negotiations, reach agreement [...] and that their several courts should then disagree as to the meaning of what they appeared to agree upon »[157].

58. – La nécessité d'écarter les directives interprétatives nationales ne faisant donc aucun doute, se pose ensuite la question de la méthode à adopter. Elle est controversée en doctrine, certains étant d'avis que les directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique, qui sont énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ne doivent trouver application qu'à l'égard des traités-contrats. L'inclusion – aujourd'hui quasi systématique – de dispositions interprétatives dans les traités-lois, tel l'art. 7 de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise*[158], ferait preuve d'un consensus international sur la nécessité d'interpréter de tels instruments selon une méthode distincte, mieux adaptée aux objectifs qu'ils poursuivent. L'inapplicabilité des dispositions interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne aux

---

[155] Voir, par ex. : C.H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », (1971) 45 B.Y.I.L. 255 à la p. 264 ; R.J.C. Munday, « The Uniform Interpretation of International Conventions », (1978) 27 I.C.L.Q. 450; M.F. Sturley, « International Uniform Laws in National Courts : The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation », (1986) 27 Va. J.Int'l L. 729; J. Honnold, « The Sales Convention in Action – Uniform International Words : Uniform Application ? », (1988) 8 J. of L. & Com. 207; K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992 à la p. 19; K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1991 à la p. 18 et suiv.; M.P. van Alstine, « Dynamic Treaty Interpretation », (1998) 146 U. Pa. L. Rev. 687 à la p. 740; B. Audit, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Economica, 2000 à la p. 46, n° 55.

[156] Voir, par ex. : *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer* (1978), art. 3; *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise* (1980), art. 7(1); *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, art. 8; *Convention d'Unidroit sur l'affacturage international* (1988), art. 4(1); *Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international* (1989), art. 6(1); *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises* (1990), art. 7; *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* (1995), art. 5; *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (1996), art. 3(1); *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* (1994), art. 1.6(1); *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* (1999), art. 8; *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles* (2001), art. 5(1); *Loi type de la CNUDCI sur la conciliation internationale* (2002), art. 2(1). Voir aussi l'art. 38 de l'*Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Conférence de La Haye de droit international privé, Août 2000.

[157] *Scruttons Ltd.* c. *Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.) à la p. 471.

[158] A.G.N.U Doc. A/Conf.97.18. Voir aussi les autres exemples mentionnés *supra*, note 156.

traités-lois serait par ailleurs tout à fait opportune; à la différence des traités-contrats – qui exprimeraient surtout des compromis politiques et diplomatiques, ne pouvant être interprétés correctement qu'en vertu d'une méthode interprétative souple, accordant davantage d'importance à l'intention subjective des parties –, les traités-lois présenteraient un haut degré d'objectivité, nécessitant l'application de directives plus rigides que celles énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne[159].

59. – À la réflexion, cette thèse ne convainc cependant pas. D'abord, il est inexact d'affirmer que des dispositions comme l'art. 7 de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise* révèlent une réelle volonté de la part de la communauté internationale de s'écarter des méthodes interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne. Comme l'ont très justement souligné M. ROTH et R. HAPP, de telles dispositions ont trait aux *caractéristiques* et *objectifs* de la démarche interprétative, et non pas à la *méthode* devant être suivie par l'interprète[160]. Ensuite, les arguments d'opportunité avancés au soutien de la thèse de l'inapplicabilité des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne exagèrent les différences entre les traités-contrats et les traités-lois; on sait très bien que ceux-ci aussi reflètent fréquemment des compromis politiques et diplomatiques. De plus, ces directives interprétatives n'accordent évidemment pas une place absolue à l'intention subjective des parties et présentent un degré suffisant d'objectivité pour pouvoir adéquatement guider l'interprète appelé à préciser le sens d'un traité-loi[161]. Enfin, la thèse de leur inapplicabilité à

---

[159] Voir, par ex. : F. Enderlein, « Uniform Law and its Application by Judges and Arbitrators », dans UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique – Actes du 3ème Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé*, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 329 aux pp. 335-336; F. Enderlein et D. Maskow, *International Sales Law*, New York, Oceana Publications, 1992 à la p. 53 et suiv.; F. Diedrich, « Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation : Software Contracts and the CISG », (1996) 8 Pace Int'l L. Rev. 303; J.O. Honnold, *Uniform Law For International Sales*, 3e éd., The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 111-112. Voir aussi B. Audit, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Economica, 2000 à la p. 46, n° 55, note 1, exprimant l'avis que les directives interprétatives énoncées à la Convention de Vienne visent davantage les rapports entre États que les matières de droit privé, sans toutefois approfondir la question.

[160] M. Roth et R. Happ, « Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law », R.D.U. 1997.700 aux pp. 700-701. Voir aussi, en ce sens, Cl. Witz, « CIVM : Interprétation et questions non couvertes », R.D.A.I. 2001.253 à la p. 255.

[161] Voir sur ces points l'analyse de M. Roth et R. Happ, « Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law », R.D.U. 1997.700 à la p. 705 et suiv. Il convient aussi de souligner que le Secrétaire du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé écrivait il y a quelques années que les traités-lois produits par la Conférence doivent être interprétés à la lumière des art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne : J.H.A. van Loon, « The Hague Conventions on Private

l'interprétation des traités-lois doit être rejetée puisque la Commission du droit international a, lors des négociations précédant l'adoption de la Convention de Vienne, écarté toute distinction entre l'interprétation des traités-lois et l'interprétation des traités-contrats[162]. Plusieurs auteurs avaient d'ailleurs montré à l'époque que la distinction prônée par certains[163] ne trouvait aucun appui dans la pratique et la jurisprudence internationales[164]. Il semble donc qu'il faille bien convenir, avec A.J. VAN DEN BERG[165] et la CNUDCI[166], que les directives interprétatives énoncées à la Convention de Vienne sont effectivement applicables à la Convention de New York.

60. – L'applicabilité des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui est entrée en vigueur au Canada le 27 janvier 1980, fut abordée pour la première fois par la Cour suprême du Canada en 1988, dans l'affaire *Parisien*[167]. On trouve dans son arrêt unanime une brève référence à l'art. 31 visant

---

International Law », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 221 à la p. 236 et suiv. Voir aussi, rejetant toute distinction entre l'interprétation des traités-lois et l'interprétation des traités-contrats : C.H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », (1971) 45 B.Y.I.L. 255 aux pp. 255-256; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990 aux pp. 633-634

[162] Commission du droit international, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », [1966] 2 A.C.D.I. 203 à la p. 238 : « Certains juristes, dans leur exposé des principes relatifs à l'interprétation des traités, font une distinction entre les traités-lois et les autres traités et il est vrai que la question de savoir s'il y a lieur d'appliquer tel ou tel principe, maxime ou méthode d'interprétation dans un cas donné peut dépendre du caractère du traité, par exemple le principe *contra proferentem* ou le recours aux travaux préparatoires. Mais la Commission n'a pas jugé nécessaire de faire une telle distinction lorsqu'il s'agit d'élaborer des règles générales d'interprétation ».

[163] Dont A. Alvarez, Intervention lors de la neuvième séance plénière de l'Institut de droit international (23 avril 1952), (1952) 44 (1) Annuaire 366; M.H. Lauterpacht, « De l'interprétation des traités », (1950) 43(1) Annuaire 366 à la p. 374; Lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 366.

[164] Voir, par ex. : J. Soubeyrol, « L'interprétation internationale des traités et la considération de l'intention des parties », J.D.I. 1958.686 à la p. 696 et suiv.

[165] A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981 à la p. 3 et suiv. Voir aussi, en ce sens : M.J. Goldstein, « Interpreting the New York Convention – When Should an Interlocutory Arbitral 'Order' be Treated as an 'Award' ? », Bull. A.S.A. 2000.830 à la p. 833.

[166] Deux récents documents émanant du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation de la CNUDCI révèlent que l'applicabilité des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne semble aller de soi s'agissant de l'interprétation de la Convention de New York : *Règlement des litiges commerciaux – Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement de litiges commerciaux : forme écrite de la convention d'arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation – Rapport du Secrétaire général*, doc. nº A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 28 et suiv. et suiv.; *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000)*, doc. nº A/CN.9/485, par. 62.

[167] *R.* c. *Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 950.

à souligner l'importance de tenir compte de l'objet et du but d'une entente *ad hoc* – un véritable traité-contrat – intervenue entre le Canada et le Brésil relativement à l'extradition de l'appelant. Cet arrêt est remarquable puisque la Cour s'est exprimée en des termes qui ne laissent aucun doute sur le fait qu'elle se considérait très clairement *obligée* de tenir compte des directives interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne[168]. Il témoigne donc de l'effet des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique dans les ordres juridiques canadiens, ce qui est d'autant plus remarquable que la Convention de Vienne n'a jamais été expressément mise en œuvre législativement au Canada; voilà donc une manifestation supplémentaire, très importante sur le plan théorique, du recul de la théorie dualiste classique au Canada et de l'engagement croissant des juges canadiens envers la primauté du droit international public dans les relations interétatiques. Les ordres juridiques canadiens ne sont plus seulement perméables aux obligations internationales incombant au Canada, s'y trouvent désormais également incorporées ce que S. FISH a appelé les *disciplining rules*[169], lesquelles reflètent les attentes particulières de la communauté des États souverains et limitent le pouvoir de l'interprète de déterminer le sens des règles juridiques.

61. – La Cour suprême a également appliqué ces directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique dans un arrêt rendu en 1994 dans une affaire *Thomson*[170].

---

[168] *R.* c. *Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 950 à la p. 958. Sur le caractère obligatoire des dispositions de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités, voir, de manière générale : S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 721 à la p. 721 et suiv. Il convient de souligner que la reconnaissance par la Cour suprême du Canada de l'applicabilité en droit interne des directives interprétatives énoncées à la Convention de Vienne s'inscrit dans une tendance dont l'importance s'est récemment accrue en droit comparé. Ces directives sont appliquées par les tribunaux anglais (depuis l'arrêt de la Chambre des Lords dans *Fothergill* c. *Monarch Airlines*, [1981] A.C. 251), australiens (voir l'arrêt de la Haute Cour dans *Thiel* c. *Federal Commisioner of Taxation*, (1990) 94 A.L.R. 647), allemands (J.A. Frowein, « Federal Republic of Germany », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 63 à la p. 73 et suiv.) et américains (*Kreimerman* c. *Casa Veerkamp, S.A. de C.V.*, 22 F.3d 634, 638 (5th Cir. 1994), demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême des États-Unis rejetée); voir aussi la dissidence du juge H.A. BLACKMUN dans *Sale* c. *Haitians Ctrs. Council*, 509 U.S. 155 (1993)). La doctrine française est favorable à leur application par le juge : B. Oppetit, note sous Cass. civ. 1e, *Banque africaine de de développement* c. *BCCI*, 19 décembre 1995, R.C.D.I.P. 1996.469 à la p. 472; L. Idot, note sous cette même affaire, J.D.I. 1997.1009 à la p. 1014; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Paris, Éditions Sirey, 2001 à la p. 732, n° 15; C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, pr. P. Courbe, Paris, L.G.D.J., 2001 aux pp. 236-237, n° 328.

[169] S. Fish, *Is there a Text in This Class ? – The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

[170] *Thomson* c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551.

Après avoir cité les art. 31 et 32 de la Convention de Vienne et mentionné que, de manière générale, « les traités internationaux sont interprétés d'une manière semblable aux lois »[171], la Cour appliqua ces directives à l'interprétation de certaines dispositions de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*[172], qui fut mise en œuvre en droit interne par les législatures provinciales. Cet arrêt présente un intérêt particulier puisque la Cour y confirma implicitement l'applicabilité des directives interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne à l'interprétation des instruments qui, comme la Convention de New York, constituent des traités-lois; pour les raisons qui viennent d'être exposées, cet aspect de l'arrêt de la Cour mérite l'approbation.

62. – Au cours des dernières années, la Cour suprême a réaffirmé l'applicabilité des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne[173] tandis que plusieurs autres tribunaux canadiens[174] ont reconnu leur pertinence. L'arrêt que la Cour suprême a rendu en 1998 dans l'affaire *Pushpanathan* est digne de mention, puisqu'elle y a reconnu l'applicabilité de ces directives à la *Convention relative au statut des réfugiés*[175], à laquelle le Canada est devenu partie avant que la Convention de Vienne sur le droit des traités n'y soit entrée en vigueur. Puisque cette dernière ne s'applique, comme le prévoit son art. 4, qu'aux traités conclus *après* son entrée en vigueur au Canada, la Cour semble s'être implicitement ralliée à l'opinion dominante – partagée par la Cour internationale de justice – voulant que les art. 31 et suiv. codifient surtout des règles coutumières[176]. L'article 4 de la

---

[171] *Thomson* c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551 à la p. 577.

[172] [1983] R.T. Can. No. 35.

[173] *Crown Forest Industries Ltd.* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[174] *United States of America* c. *Hagerman*, (1990) B.C.L.R. (2d) 169; demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée; *Re United States of America and Doyer*, [1992] R.J.Q. 2458 (C.A. Qué.), pourvoi à la Cour suprême du Canada accueilli en partie : [1993] 4 R.C.S. 497; *Taran Furs (Montreal) Inc.* c. *Le Ministre du Revenu National*, [1996] 1 C.T.C. 2819 (C.C.I.); *Specialty Manufacturing Ltd.* c. *The Queen*, [1998] 1 C.T.C. 2095 (C.C.I.); pourvoi à la Cour d'appel fédérale rejeté : [1998] 3 C.T.C. 82; *Coblentz* c. *Canada*, [1997] 1 C.F. 368 (C.A. Féd.); *Canada (Procureur général)* c. *Simon*, [1998] 4 C.F. 3 (C.F. 1e inst.); *Cudd Pressure Control Inc.* c. *La Reine*, [1999] 1 C.T.C. 1 (C.A. Féd.); *Haas Estate* c. *Canada*, [2001] 1 C.T.C. 2446 (C.C.I); *Pollastro* c. *Pollastro*, (1999) 43 O.R. (3d) 485 (C.A. Ont.); *The United Mexican States* c. *Metalclad Corporation*, (2001) 89 B.C.L.R. (3d) 359; (B.C. S.C.); *Québec (Ministre de la Justice)* c. *Canada (Ministre de la Justice)*, REJB 2003-39418 (C.A. Qué.).

[175] [1969] R.T. Can. nº 6.

[176] *Fothergill* c. *Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251 (H.L.) à la p. 282; Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 à la p. 154; *Thiel* c. *Federal Commisioner of Taxation*, (1990) 94 A.L.R. 647; R. Gardiner, « Treaty Interpretation in the English Courts Since *Fothergill* v. *Monarch Airlines* (1980) », (1995) 44 I.C.L.Q. 620 à la p. 622; M.N. Shaw,

Convention de Vienne, dont la portée est assez ambiguë[177], ne saurait donc d'aucune manière faire obstacle à l'application par le juge canadien appelé à interpréter la Convention de New York des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv.

B) Les conséquences de la prise en compte des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique sur l'interprétation de la Convention de New York

63. – L'analyse des directives interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités permet d'identifier plusieurs faits normatifs dont l'interprète doit tenir compte lorsqu'il est appelé à préciser le sens des obligations interétatiques incombant au Canada au terme de la Convention de New York, et qui sont donc susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. On analysera leur influence concrète sur la démarche interprétative en développant quatre points : l'influence du texte des dispositions pertinentes de la Convention (1), l'influence du but et de l'objet de la Convention (2), l'influence de la jurisprudence et des lois sur l'arbitrage des autres États parties à la Convention (3) et l'absence de toute obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la Convention (4).

International Law, 4e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997 à la p. 656; M. Roth et R. Happ, « Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law », R.D.U. 1997.700 à la p. 705; O. Corten, *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international – Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997 à la p. 34; S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 721 à la p. 735 et suiv.; S.M. Schwebel, « May Preparatory Work be Used to Correct Rather than Confirm the 'Clear' Meaning of a Treaty Provison ? », dans J. Makarczyk, dir., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 541; W. Schabas, « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 R. du B. can. 174 à la p. 179; voir cependant : M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », R.C.A.D.I. 1976.151.1 aux pp. 11-12; R. Higgins, « United Kingdom », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 123 à la p. 139; E. Slavko Yambrusic, *National Legal Systems and Private Dispute Resolution : Treaty Interpretation : Theory and Reality*, Lanham, University Press of America, 1987 aux pp. 245-246.

[177] Voir, sur cet art. 4 : Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 aux pp. 7-9; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 à la p. 8.

1) L'influence du texte des dispositions pertinentes de la Convention

64. – L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte du « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité », énoncée à l'art. 31 de la Convention de Vienne[178], appelle quatre précisions.

65. – D'abord, bien que la Convention de Vienne ne le mentionne pas expressément, il est certain que la lecture des mots employés dans la Convention de New York doit tenir compte de son caractère international et du fait qu'elle vise à uniformiser certaines des règles de l'arbitrage commercial international[179]. En conséquence, l'interprète doit éviter de leur donner un sens reflétant des particularités strictement locales. Une telle approche est d'autant plus justifiée que de nombreuses conventions internationales adoptées au cours des dernières années et qui, comme la Convention de New York, visent à harmoniser certaines règles du commerce transnational, l'imposent expressément à l'interprète, révélant du coup l'émergence d'un consensus au sein des membres de la communauté internationale et des opérateurs du commerce international quant à son utilité, voire même sa nécessité[180].

La jurisprudence de la Cour européenne de Justice montre bien la nécessité d'adopter une telle approche interprétative même en l'absence d'une disposition l'imposant expressément. Depuis 1973, la compétence internationale des tribunaux judiciaires des pays membres de la Communauté économique européenne – devenue depuis l'Union européenne – ainsi que l'exécution des jugements rendus dans les autres pays du Marché Commun sont, en matière civile et commerciale, régies par des dispositions uniformes[181]. En 1975, la Cour de

---

[178] Le par. (4) de l'art. 31 précise cependant que : « [u]n terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

[179] « It might be considered self evident that the single most important objective pursued by States when agreeing upon the text of an international uniform law treaty is to promote uniformity among Contracting States in their legal treatment of of the subject of their endeavours » : M.J. Stanford, « Unidroit », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 253.

[180] Voir *supra*, note 156. Voir aussi : A.H. Kastely, « Unification and Community : A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention », (1988) 8 Northwestern J. of Int. L. & Bus. 574 à la p. 620; D.J. Bederman, « Revivalist Canons and Treaty Interpretation », (1994) 41 UCLA L. Rev. 953 à la p. 1031; Cl. Witz, « CIVM : Interprétation et questions non couvertes », R.D.A.I. 2001.253 aux pp. 254 et 256 L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit expressément l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte de l'objet et du but du traité : *infra*, n° 69 et suiv.

[181] *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.O.C.E. Législation (31 décembre 1972) n° L.299. Parmi une littérature abondante, on consultera en particulier, sur cette Convention, B. Audit, *Droit international privé*, 3e

Luxembourg s'est vu confier le pouvoir de les interpréter sur renvoi préjudiciel des tribunaux judiciaires des États membres afin d'en assurer l'application uniforme dans l'espace européen[182]. Malgré l'absence d'une disposition interprétative, la Cour a – dès 1976[183], et constamment depuis[184] – souligné l'importance de donner aux dispositions pertinentes un sens autonome, détaché des particularités des droits nationaux, afin d'assurer l'atteinte de l'objectif poursuivi : « parvenir à un degré élevé d'uniformité sur le territoire européen en ce qui concerne le traitement des questions de compétence internationale »[185].

66. – La nécessité d'éviter de donner aux dispositions de la Convention de New York un sens reflétant des particularités strictement locales est d'autant plus justifiée que celle-ci a été adoptée dans cinq langues et, comme le prévoit son art. XVI, chacun des textes – anglais, chinois, espagnol, français et russe – fait également foi. L'obligation incombant à l'interprète, au terme de l'art. 31 de la Convention de Vienne, de tenir compte du texte de la Convention de New York est donc, en réalité, une obligation de tenir compte *des textes*, puisque l'art. 33(3) de la Convention de Vienne énonce que « [l]es termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques »[186]. Cette directive interprétative n'est pas sans importance pratique puisqu'il existe des divergences entre les différents textes de la Convention de New York[187].

éd., Paris, Economica, 2000 à la p. 418 et suiv., n° 486 et suiv. Cette convention a été remplacée en 2002 par le *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.*

[182] Par le biais du *Protocole* du 3 juin 1971.

[183] *LTU* c. *Eurocontrol*, J.D.I. 1977.707 (note A. Huet).

[184] Voir les conclusions de l'Avocat Général M. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 16 mars 1999 dans l'affaire *GIE Groupe Concorde e.a.* c. *Le capitaine commandant le navire « Suhadiwarno Panjan » e.a.*, Cour européenne de Justice, Affaire C-440/97 au n° 75 et suiv.

[185] Conclusions de l'Avocat Général M. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 16 mars 1999 dans l'affaire *GIE Groupe Concorde e.a.* c. *Le capitaine commandant le navire « Suhadiwarno Panjan » e.a.*, Cour européenne de Justice, Affaire C-440/97 au n° 76. Voir aussi, au même effet, l'arrêt rendu par la Chambre des Lords dans *Morris* c. *KLM Royal Dutch Airlines*; *King* c. *Bristow Helicopters Ltd.*, [2002] 2 All E.R. 565, sp. aux pp. 573, 591 et 611.

[186] Le par. 33(4) prévoit par ailleurs que « lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes ». Pour une application récente par la Cour internationale de Justice, voir : *Allemagne* c. *Etats-Unis d'Amérique*, arrêt du 27 juin 2001 au n° 101 (disponible sur le site web de la CIJ : www.icj-cij.org).

[187] Voir, par ex. : A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981 aux pp. 91-92, 179, 190-191 et 314-316. Voir aussi : J.

67. – Par ailleurs, il fut un temps où l'on pouvait affirmer que l'interprète devait tenir compte du sens ordinaire qu'avaient les termes étudiés *au moment de la conclusion du traité* et non – lorsqu'il y avait possibilité de divergence – au moment où ils sont interprétés. Cette opinion, partagée par plusieurs auteurs[188], trouvait notamment appui dans certains arrêts de la Cour internationale de Justice[189]. Cependant, il faut reconnaître, avec MM. DINH, DAILLIER et PELLET, que la jurisprudence internationale récente s'est éloignée d'une telle approche, révélant du coup que l'interprète n'est pas nécessairement tenu de donner aux mots le sens qu'ils avaient au moment de la conclusion du traité[190]. L'interprète appelé à préciser le sens des dispositions de la Convention de New York ne saurait donc être de quelque manière que ce soit limité par le sens ordinaire qu'avaient les mots qui y sont employés en 1958.

Bien que les juges canadiens tiennent habituellement compte du sens qu'avaient les mots employés par le Législateur au moment où la loi interprétée fut adoptée[191], la Cour suprême semble bien s'être ralliée à la tendance moderne dans son arrêt *Pushpanathan*[192], rendu en 1998. La méthode évolutive fut clairement préconisée par le juge P. CORY dans ses motifs dissidents et certains passages du jugement de la majorité laissent entendre qu'elle a

---

Paulsson, « *May* or *Must* Under the New York Convention : An Exercise in Syntax and Linguistics », (1998) 14 Arb. Int. 227.

[188] Dont M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », R.C.A.D.I. 1976.151.1 à la p. 27, qui a affirmé que « [c]ette règle est d'application constante par la jurisprudence internationale ». Voir aussi : Sir G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : Treaty Interpretation and Other Treaty Points », (1957) 33 B.Y.I.L. 203 aux pp. 212 et 225 et suiv.; Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. I, Paris, Éditions Sirey, 1970 aux pp. 282-283; Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 aux pp. 124-125.

[189] Voir, par ex., son arrêt dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1952*, p. 173 à la p. 189.

[190] N.Q. Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 262, nº 169 : « [c]ette orientation paraît aujourd'hui dominante et incite l'interprète, lorsqu'il s'interroge sur le point de savoir si une notion contenue dans un traité doit être comprise dans son acception initiale (méthode dite du 'renvoi fixe') ou dans son acception à l'époque de sa mise en œuvre (méthode dite du 'renvoi mobile'), à opter pour la seconde approche ». Voir néanmoins les réserves exprimées par le juge Bedjaoui dans *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7 à la p. 121 et suiv.

[191] Voir, en ce sens : P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 337 et suiv.; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994 à la p. 137 et suiv.

[192] *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1059. Cependant, rien dans les motifs de la majorité ne laisse croire que la Cour ait considéré qu'il fallait tenir compte du sens qu'avaient les dispositions litigieuses à l'époque où elles furent adoptées. Certains passages des motifs de la majorité indiquent d'ailleurs qu'elle a précisément cherché à interpréter les dispositions en litige d'une manière évolutive (voir par ex. à la p. 1029 et suiv.).

également cherché à interpréter les dispositions en litige selon cette méthode. La jurisprudence anglaise récente témoigne également des progrès de cette méthode en droit positif au cours des dernières années[193].

68. – Enfin, on peut se demander si des considérations matérielles liées à la nécessité de préserver la souveraineté étatique devraient influencer le poids que doit accorder l'interprète au texte de la Convention de New York. La question est importante, puisque dans son arrêt unanime dans l'affaire *Parisien*, la Cour suprême du Canada a jugé qu'en cas d'ambiguïté, un traité doit en principe être interprété de manière à préserver la liberté et l'indépendance des États[194]. L'interprète pourrait ainsi estimer nécessaire d'accorder un poids particulier aux termes employés par les parties au traité en cause.

Or, la conclusion de la Cour dans *Parisien* est fondée sur une prémisse contestable puisque, outre le fait que la Convention de Vienne ne mentionne pas l'existence d'une telle directive interprétative, il est inexact d'affirmer que l'on admet généralement qu'il faille ainsi interpréter les traités internationaux. C.H. SCHREUER avait déjà très bien montré, au début des années 70, à quel point la question était trop controversée pour que l'on puisse tirer quelque conclusion que ce soit[195]. Depuis, l'existence d'une telle directive interprétative a été expressément niée dans une sentence rendue par le Tribunal des différends irano-américains en 1985[196] et, plus récemment, dans deux sentences rendues par des arbitres saisis de réclamations fondées sur le chapitre 11 de l'ALÉNA[197]. Le raisonnement de la Cour dans *Parisien* n'est donc pas convaincant, car sa prise en considération des directives

---

[193] *Morris* c. *KLM Royal Dutch Airlines*; *King* c. *Bristow Helicopters Ltd.*, [2002] 2 All E.R. 565 à la p. 612 (Lord HOBHOUSE OF WOODBOROUGH).

[194] *R.* c. *Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 950 à la p. 959; voir aussi, au même effet : *Québec (Ministre de la Justice)* c. *Canada (Minidtre de la Justice)*, REJB 2003-39418 (C.A. Qué.) au n° 99.

[195] C.H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », (1971) 45 B.Y.I.L. 255 à la p. 283 et suiv.; voir aussi : H. Lauterpacht, « Restrictive Interpration and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties », (1949) 26 B.Y.I.L. 48 à la p. 56 et suiv.; Lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 765 et suiv.

[196] *United States-Iran, Case No. A17*, Decision No. DEC 37-A17-FT, 13 mai 1985, (1989) 8 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 189 à la p. 207 : « The Vienna Convention resolved past debates concerning the wisdom of pronoucements by international tribunals that limitations of sovereignty must be strictly construed ».

[197] *Ethyl Corporation* c. *The Government of Canada*, Award on Jurisdiction, 24 juin 1998 (arbitres : K.-H. BÖCKSTIEGEL, président, Ch. N. BROWER et M. LALONDE) au n° 55; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen* c. *United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on hearing of Respondent's objection to competence and jurisdiction, 5 janvier 2001 (arbitres : A. MASON, Président, L.Y. FORTIER et A.J. MIKVA) au n° 51.

interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique aurait plutôt dû la conduire à conclure à l'inexistence de toute considération matérielle liée à la souveraineté des États susceptible d'influencer le poids accordé par l'interprète au texte d'un traité.

2) L'influence du but et de l'objet de la Convention

69. – Les directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne sur le droit des traités obligent l'interprète appelé à préciser le sens des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York à tenir compte de certains faits normatifs faisant partie du contexte dans lequel s'inscrivent les dispositions étudiées[198]. Leur prise en compte par l'interprète n'est aucunement conditionnelle à un constat préalable d'ambiguïté des dispositions en litige. En effet, la règle de l'« interprétation littérale », clairement abandonnée – comme il se devait – en matière d'interprétation de règles proprement internes[199], l'a aussi été s'agissant de la prise en compte du contexte dans lequel s'inscrivent les dispositions d'un traité auquel est partie le Canada, comme le montre bien l'arrêt rendu en 1995 par la Cour suprême dans l'affaire *Crown Forest.* Elle devait interpréter un traité fiscal conclu entre le Canada et les États-Unis en 1980 et, après avoir analysé le texte des dispositions pertinentes et conclu qu'elles soutenaient l'argument de la partie appelante, la Cour procéda à une analyse contextuelle de ces dispositions en mentionnant qu'une telle approche interprétative était justifiée « sans qu'il soit nécessaire d'avoir préalablement décelé une ambiguïté » dans le texte du traité en litige[200]. Cette approche correspond tout à fait à celle dictée par les directives interprétatives énoncées à

[198] Article 31 de la Convention de Vienne : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité *dans leur contexte* [...] » [italiques ajoutés]. Les données pertinentes sont les suivantes : 1° l'objet et le but du traité (art. 31); 2° les autres dispositions du traité et, le cas échéant, son préambule et toute annexe (art. 31(2)); 3° « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » (art. 31(2)*a*), sans objet s'agissant de la Convention de New York); 4° « tout instrument établi par une ou plusieurs parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité » (art. 31(2)*b*)); 5° « tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » (art. 31(3)*a*)); 6° « toute pratique ultérieure suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (art. 31(3)*b*)); 7° « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31(3)*c*)). Voir, de manière générale : Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 à la p. 127 et suiv.

[199] *Supra*, n° 51 et *infra*, n° 94.

[200] *Crown Forest Industries Ltd.* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802 à la p. 822.

l'art. 31 de la Convention de Vienne[201].

70. – Comme il doit le faire en interprétant une loi interne émanant d'une législature canadienne[202], l'interprète appelé à préciser le sens des obligations incombant au Canada en vertu des traités auxquels il est partie doit, en vertu du par. 31(1) de la Convention de Vienne, tenir compte de l'objet et du but du traité. En délimitant la gamme des sens pouvant raisonnablement s'appuyer sur les mots énoncés dans le traité, l'interprète doit les replacer dans le contexte social, historique et politique dans lequel il fut adopté, en tenant compte de « ce que les parties ont voulu atteindre dans les limites des normes qu'elles ont formulées »[203]. Bien que la Convention de New York ne contienne aucun préambule – lequel, bien souvent, fournit de précieuses indications sur l'objet et le but d'un traité[204] –, l'identification de son objet et son but ne soulève pas de difficulté particulière. Le but de la Convention est d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international – en harmonisant, à l'échelle internationale, certaines de ses règles – et son objet est double : d'une part, assurer le respect de la volonté exprimée par les parties à un différend commercial international de recourir à l'arbitrage; d'autre part, faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales se rapportant à de tels différends[205].

71. – C'est surtout le premier de ces deux objets qui est pertinent s'agissant de l'interprétation des dispositions de la Convention de New York susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge étatique avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international. Afin que l'arbitrage soit pleinement efficace aux yeux de ses usagers, ceux-ci doivent avoir à leur disposition des moyens permettant de contraindre leurs cocontractants à arbitrer dans l'éventualité où, une fois un litige né, l'engagement de recourir

---

[201] S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 721 aux pp. 732-733.

[202] Sur la méthode téléologique et son application en droit interne, voir *infra*, n° 93 et suiv.

[203] M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », R.C.A.D.I. 1976.151.1 à la p. 57.

[204] Voir, par ex., les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général)* c. *Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 aux pp. 733-734, repris sur ce point dans *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1023. Voir aussi : *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 aux pp. 78-79.

[205] J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981 à la p. 4.

à la justice privée n'est pas respecté; leurs attentes légitimes pourraient autrement être trop facilement déjouées, compromettant ainsi la sécurité et la prévisibilité des transactions commerciales internationales[206]. Or, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, le sort que réservaient les États à la convention d'arbitrage, plus particulièrement à la clause compromissoire, n'était pas uniformément favorable. Les problèmes se manifestaient d'abord au niveau – crucial – de sa validité même. Si dans certains pays, comme en France[207], elle était parfaitement licite, elle était jugée inopposable dans plusieurs juridictions de tradition civiliste, notamment au Québec[208]. Même une fois l'obstacle de la validité de la clause compromissoire franchi, son efficacité n'était pas nécessairement acquise. C'était par exemple le cas dans les juridictions de common law. Dans les pires cas, la règle traditionnelle du droit anglais voulant qu'elle demeure toujours unilatéralement révocable la rendait pratiquement inutile[209]. Mais même lorsque la législature était intervenue afin d'établir l'irrévocabilité de la clause compromissoire, comme le fit par exemple le Parlement

---

[206] Voir sur ce point les propos particulièrement éclairants de M.S. Rosenthal, « A Businessman Looks at Arbitration », dans M. Domke, dir., *International Trade Arbitration – A Road to World-Wide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 27 à la p. 29. Voir aussi, dans cet esprit, Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 28 et suiv., n° 47 et suiv., exposant les insuffisances d'un système arbitral privé du concours des États. La très grande importance que revêt, aux yeux des opérateurs du commerce international, le respect des conventions relatives au règlement des litiges a souvent été rappelée par les juges étatiques; voir, par ex., l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans *Mitsubishi Motors Corporation* c. *Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) à la p. 630 et, d'un point de vue canadien, les arrêts canadiens suivants : *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (Alta. C.A.); *Automatic Systems Inc.* c. *Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 257; CLOUT #73 et #183 (C.A. Ont.); *BWV Investments Ltd.* c. *Saskferco Products Inc.*, (1994) 125 Sask. R. 286; CLOUT #116 (Sask. C.A.); *Nanisivik Mines Ltd.* c. *F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662; CLOUT #70 (C.A. Féd.).

[207] Voir: J. Godron, « La clause compromissoire dans les rapports internationaux devant les Tribunaux français », J.D.I. 1919.57 et J.D.I 1919.654; M. Picard, « La clause compromissoire et l'arbitrage dans les rapports commerciaux internationaux », J.D.I. 1923.508; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, pr. B. Goldman, Paris, Dalloz, 1965 aux pp. 57 et 58; A. von Mehren, « International Commercial Arbitration : The Contribution of the French Jurisprudence », (1986) 46 La. L. Rev. 1045.

[208] J.E.C. Brierley, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, Thèse, Faculté de droit et sciences économiques de l'Université de Paris, 1964 à la p. 186 et suiv.; Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, pr. B. Goldman, Paris, Dalloz, 1965 à la p. 59 et suiv.; A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, trad. E. Robine, Paris, L.G.D.J., 1994 aux pp. 9-10 et 111-112.

[209] La révocabilité unilatérale de clause compromissoire en droit anglais avait été reconnue dans *Vynior's Case*, (1609) 77 Eng. Rep. 597 (K.B.). Voir aussi, en droit américain : *United States Asphalt Refining Co.* c. *Trinidad Lake Petroleum Co.*, 222 F. 1006 (S.D.N.Y. 1915); voir : C.H. Sullivan, « United States Treaty Policy on Commercial Arbitration – 1920-1946 », dans M. Domke, dir., *International Arbitration – A Road to Worlwide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 35 à la p. 37; L.V. Quigley, « Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », (1961) 70 Yale L.J. 1049 aux pp. 1049-1051; T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004, à la p. 79 et suiv.

britannique en 1889[210], le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage pouvait toujours exercer le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaissait le droit anglais et refuser d'en reconnaître l'effet négatif[211].

72. – Assurer la *validité* et l'*obligatoriété* de la convention d'arbitrage – qu'elle prenne la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire – par le biais de règles interétatiques *uniformes* : voilà l'objectif visé par la première initiative interétatique multilatérale, poursuivie alors par l'entremise de la Société des Nations, s'intéressant à la demande de renvoi à l'arbitrage[212]. Mais malgré les espoirs qu'il suscita, moins de trente pays devinrent parties au Protocole de Genève de 1923[213], qui fut sans doute malgré lui victime des lacunes importantes que comportait la Convention de Genève de 1927, à laquelle on l'a toujours associé[214]. Au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale – alors que la communauté internationale intensifia ses efforts de libéralisation et de déréglementation des échanges commerciaux internationaux, non seulement pour des motifs liés au développement économique, mais aussi pour des motifs géopolitiques –, il est devenu essentiel de poursuivre la réforme des droits nationaux, toujours dans le même but d'assurer, par le biais de règles interétatiques uniformes, la validité et l'obligatoriété des conventions d'arbitrage se rapportant à des différends du commerce international. Cette seconde tentative s'avéra beaucoup plus fructueuse, car l'art. II de la Convention de New York assure aujourd'hui qu'elles seront, en principe, reconnues par les tribunaux étatiques de plus de cent trente pays.

---

[210] *Arbitration Act 1889*, 52 & 53 Vict., c. 49.

[211] Voir : M. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 466 et suiv., où les auteurs analysent les décisions pertinentes.

[212] Voir, en ce sens, sa résolution du 24 septembre 1923 ((1924) 5 B.Y.I.L. 196-197).

[213] *Protocole du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage*, (1924) 27 R.T.S.N. 158. En doctrine, voir, de manière générale : G. Balladore Pallieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », R.C.A.D.I. 1935.51.287 à la p. 381 et suiv.; A. Nussbaum, « Treaties on Commercial Arbitration – A Test of International Private-Law Legislation », (1942) 56 Harv. L.R. 219.

[214] Sur les lacunes du système de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales étrangères mis en place par la *Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (1929-30) 92 R.T.S.N. 302, voir : A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981 à la p. 8 et suiv.; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 121-122, nos 245-246.

3) L'influence de la jurisprudence et des lois sur l'arbitrage des autres États parties à la Convention

73. – L'analyse de l'incidence des directives interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités permet aussi d'affirmer l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte de la jurisprudence et des dispositions législatives émanant des autres États parties à la Convention de New York et qui s'intéressent aux conditions de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international.

74. – Cette proposition s'appuie d'abord sur l'al. *b*) du par. 3 de l'art. 31 de la Convention de Vienne, qui oblige l'interprète à tenir compte de « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Toutes les pratiques étatiques ultérieures ne limitent donc pas nécessairement la marge de manœuvre de l'interprète. Celles qui le font doivent être concordantes, communes et d'une certaine constance[215]; autrement dit, seules les *tendances* se dégageant des pratiques étatiques ultérieures et reflétant un certain *consensus* sont effectivement visées par cette directive interprétative. La Commission du droit international avait initialement proposé que l'interprète ne soit limité que par les seules pratiques ayant été acceptées par *toutes* les parties; elle fit cependant marche arrière afin d'« éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée »[216]. L'appréciation des pratiques ultérieures pertinentes ne doit donc pas procéder d'une démarche trop rigide, d'autant plus que, comme l'ont indiqué MM. YASSEEN et WALDCOCK, « l'acceptation d'une partie pourrait être 'déduite de la réaction ou de l'absence de réaction de cette partie à l'égard de cette pratique' »[217].

75. – La doctrine reconnaît que les décisions émanant des tribunaux étatiques peuvent être constitutives de pratiques étatiques ultérieures au sens de l'al. (*b*) du par. 3 de l'art. 31 de

---

[215] M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », R.C.A.D.I. 1976.151.1 à la p. 48; Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 aux pp. 137-138.

[216] *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, [1966] II A.C.D.I. 203 à la p. 242, n° 15.

[217] M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », R.C.A.D.I. 1976.151.1 à la p. 49, citant avec approbation les propos de Sir H. WALDCOCK (*Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldcock, Rapporteur spécial*, [1966] II A.C.D.I. 55 à la p. 107, n° 18).

la Convention de Vienne. Ainsi M. ROTH et R. HAPP ont-ils récemment écrit qu'il était aujourd'hui « generally acknowledged that national court decisions on the validity or subject matter of a treaty can be enlisted as constituting such subsequent practices », tout en précisant que « [s]ince particular agreement on the interpretation of a treaty does not require a particular form, uniform court decisions by different contracting states may be regarded as circumstantial evidence of agreement and must therefore be taken into consideration »[218]. R. GARDINER, qui étudie depuis plusieurs années la manière dont les tribunaux anglais interprètent les conventions internationales, s'est lui aussi exprimé à au moins deux reprises en ce sens[219]. Sur le plan théorique, cette proposition ne soulève aucune difficulté, car les tribunaux étatiques – on l'a vu – constituent des organes de l'État susceptibles de l'engager dans l'ordre juridique interétatique[220].

Les décisions rendues par les tribunaux des États parties à la Convention de New York ne sont cependant pas les seuls indicateurs potentiels de « pratiques étatiques » susceptibles de limiter l'interprète au sens de l'al. (*b*) du par. 3 de l'art. 31 de la Convention de Vienne. Sans aucun doute, les lois sur l'arbitrage adoptées par les législatures des États parties à la Convention de New York sont aussi susceptibles d'être constitutives de telles pratiques puisque comme les tribunaux, les législatures constituent des organes de l'État susceptibles de l'engager sur le plan international[221]. Les lois sur l'arbitrage adoptées par les législatures étatiques contiennent souvent des dispositions s'intéressant aux matières couvertes par la Convention mais les réglementant en des termes différents, souvent de manière plus précise. On peut donc y trouver de précieux indicateurs du sens à donner aux obligations interétatiques émanant de la Convention[222].

---

[218] M. Roth et R. Happ, « Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law », R.D.U. 1997.700 à la p. 709.

[219] R. Gardiner, « Treaty Interpretation in English Courts – *Antwerp United Diamond* v. *Air Europe* », [1994] L.M.C.L.Q. 184 à la p. 186; R. Gardiner, « Treaty Interpretation in the English Courts Since *Fothergill* v. *Monarch Airlines* (1980) », (1995) 44 I.C.L.Q. 620 à la p. 627.

[220] *Supra*, n° 36.

[221] Voir par ex. l'art. 4 du Projet d'articles de la Commision du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (www.un.org/law/ilc/texts/ State_responsibility/responsibilityfra.htm, accès le 19 février 2002) ainsi que *Commentaries on the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, novembre 2001 (www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/ responsibility_commentaries(e).pdf# pagemode=bookmarks) à la p. 84 et suiv.

[222] On pourra d'ailleurs constater que les dispositions permettant aux tribunaux judiciaires d'octroyer des

76. – L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des tendances se dégageant des pratiques ultérieures ne permet cependant pas, à elle seule, de mesurer adéquatement l'influence qu'est susceptible d'exercer la jurisprudence émanant des autres États parties à la Convention de New York dans l'interprétation du droit interne. La prise en compte d'un aspect de l'objectif poursuivi par la Convention – l'harmonisation de certaines règles de l'arbitrage commercial international – permet d'affirmer l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte non seulement des *tendances* se dégageant de la jurisprudence émanant des autres États y étant parties et reflétant un certain *consensus*, mais de *toutes* les décisions étrangères susceptibles d'éclairer le sens à donner à la disposition en litige.

77. – En effet, un consensus se dégage progressivement sur la nécessité d'interpréter les traités-lois en tenant toujours compte des interprétations jurisprudentielles étrangères. Cette question a passablement retenu l'attention de la doctrine s'étant intéressée à l'interprétation de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et, comme l'a récemment souligné F. FERRARI, les commentateurs spécialisés s'entendent sur le fait que l'objectif d'harmonisation des règles de la vente internationale de marchandises poursuivi par la Convention implique nécessairement l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte de la jurisprudence étrangère pertinente[223].

Les juges sont de plus en plus réceptifs aux enseignements de la doctrine et montrent depuis quelques années une plus grande ouverture aux précédents étrangers lorsqu'ils sont appelés à interpréter des instruments transnationaux d'harmonisation du droit. Par exemple,

---

mesures provisoires ou conservatoires avant ou durant un arbitrage commercial international – que l'on retrouve aujourd'hui dans les lois sur l'arbitrage de la plupart des États parties à la Convention – s'avèrent particulièrement importantes dans l'appréciation de l'incidence de l'art. II : *infra*, n° 396.

[223] Voir, parmi une littérature abondante : F. Ferrari, « Applying the CISG in a Truly Uniform Manner : *Tribunale di Vigevano* (Italy), 12 July 2000 », [2001] R.D.U. 203 à la p. 206 et les nombreuses références se trouvant aux notes 24 et 25. Voir aussi, sur ce point : R.C.J. Munday, « The Uniform Interpretation of International Conventions », (1978) 27 I.C.L.Q. 450 aux pp. 450-451; J. Honnold, « The United States Uniform Commercial Code : Interpretation by the Courts of the State of the Union », dans UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique – Actes du 3ème Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé*, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 181 à la p. 182; F. Enderlein, « Uniform Law and its Application by Judges and Arbitrators », dans UNIDROIT, *id.*, p. 329 à la p. 348 et suiv.; Lord Justice Mance, « Foreign and Comparative Law in the Courts », (2001) 36 Tex. Int. L.J. 415 aux pp. 421-422; Cl. Witz, « CIVM : Interprétation et questions non couvertes », R.D.A.I. 2001.253 à la p. 257 et suiv.

les juges britanniques, jadis très réticents à tenir compte de précédents étrangers[224], ont reconnu à plusieurs reprises, au cours des dernières années, l'utilité d'y recourir en interprétant les obligations incombant au Royaume-Uni au terme des traités auxquels il est partie[225]. On note une ouverture similaire de la part des tribunaux américains, surtout depuis l'important arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Air France* c. *Saks*[226]. Le litige impliquait l'interprétation de la Convention internationale de Varsovie relative au transport aérien de 1929 visant à uniformiser certaines règles de la responsabilité des transporteurs et à laquelle les États-Unis sont partie. La Cour affirma qu'en interprétant ce traité, les juges américains devaient donner un *poids considérable* aux interprétations jurisprudentielles émanant des autres États y étant parties[227]. Une récente décision d'un tribunal italien offre un autre exemple, particulièrement éloquent, de cette tendance[228]. Il s'agissait d'une affaire impliquant l'interprétation de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises où, après avoir affirmé l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte de la jurisprudence étrangère pertinente, la Cour analysa une quarantaine de décisions et sentences arbitrales portant sur l'interprétation des dispositions de la Convention en litige. Certains juges français[229] et allemands[230] ont également manifesté une ouverture aux précédents étrangers dans des affaires récentes impliquant l'interprétation de traités-lois.

---

[224] Voir, sur ce point, J. Felemegas, « The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Article 7 and Uniform Interpretation », Pace University Essay, 2001, ch. 3, section 6(a) .

[225] Voir, par ex. : *James Buchanan & Co. Ltd.* c. *Babco Forwarding & Shipping (U.K.) Ltd.*, [1978] A.C. 141 (H.L.); *Fothergill* c. *Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251 (H.L.); *Antwerp United Diamond* c. *Air Europe*, [1993] 4 All E.R. 469 (Q.B.), commenté dans R. Gardiner, « Treaty Interpretation in English Courts – *Antwerp United Diamond* v. *Air Europe* », [1994] L.M.C.L.Q. 184; *Sidhu* c. *British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430; *Western Digital Corp.* c. *British Airways plc*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 142 (C.A. Engl.); *Morris* c. *KLM Royal Dutch Airlines*; *King* c. *Bristow Helicopters Ltd.*, [2002] 2 All E.R. 565 à la p. 591.

[226] 470 U.S. 392 (1985).

[227] Voir aussi, en ce sens : *Eastern Airlines* c. *Floyd*, 499 U.S. 530 (1991) à la p. 587; *Distribuidora Dimsa* c. *Linea Aerea Del Cobre S.A.*, 976 F.2d 90 (2d Cir. 1992) à la p. 96; *MCC-Marble Ceramic Ctr, Inc.* c. *Ceramica Nuovo D'Agostino*, 144 F.3d 1385 (11th Cir. 1998); *El Al Isr. Airlines* c. *Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999) aux pp. 175-176; *Croll* c. *Croll*, 229 F.3d 133 (2d Cir. 2000) à la p. 143; *Fawcett* c. *McRoberts*, 168 F.Supp.2d 595 (W.D. Va. 2001) à la p. 603 et suiv.

[228] Cette décision, rendue le 12 juillet 2000, est commentée dans F. Ferrari, « Applying the CISG in a Truly Uniform Manner : *Tribunale di Vigevano* (Italy), 12 July 2000 », [2001] R.D.U. 203.

[229] Grenoble, 23 octobre 1996, décision inédite dont le texte intégral est disponible sur la base de données UNILEX (www.unilex.info).

[230] Décision de la Oberlandesgericht Oldenburg du 12 mai 2000, dont un résumé en anglais et le texte intégral sont disponibles sur la base de données UNILEX.

78. – Sur le plan théorique, l'affirmation d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte de toutes les interprétations jurisprudentielles étrangères relatives aux dispositions pertinentes de la Convention de New York se justifie pleinement. Comme l'ont souligné à très juste titre R. CROSS et J.W. HARRIS, « [i]t is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike »[231]. Ce principe n'est évidemment pas propre aux systèmes juridiques de tradition anglo-saxonne. Presque partout, un juge aura tendance à trancher un litige en s'inspirant des solutions retenues par ses collègues ayant connu d'affaires similaires puisque l'interprétation harmonieuse du droit au sein d'un ordre juridique donné est une valeur qui est privilégiée dans la très grande majorité des systèmes[232]. La prise en compte des précédents pertinents s'avère dès lors une opération essentielle à la recherche de l'harmonie, opération à laquelle se livrent effectivement les juges même lorsque l'effet des précédents cités est occulté par les conceptions classiques de la notion de sources du droit. Bien sûr, les juges traiteront parfois différemment les précédents d'un système à l'autre, mais les distinctions ne portent pas tant sur la nécessité d'en tenir compte que sur le poids qui devrait leur être accordé dans le processus interprétatif. S'il est donc incontestable que la recherche de l'harmonie dans un ordre juridique étatique donné commande la prise en compte des précédents locaux – émanant de l'ordre juridique en question –, il s'ensuit logiquement et nécessairement que la recherche de l'harmonie des solutions au sein d'un espace juridique transnational commande la prise en compte des précédents émanant de chaque ordre juridique qui en fait partie[233].

79. – On peut néanmoins se demander si la rareté des décisions canadiennes se référant à des précédents étrangers afin d'interpréter un traité-loi auquel le Canada est partie ne révélerait pas une certaine réticence de la part des juges canadiens à leur reconnaître quelque effet que ce soit. Les rapports présentés lors du Congrès international de droit comparé tenu

---

[231] R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 1991 à la p. 3. Voir aussi, en ce sens, D. Lyons, « Formal Justice and Judicial Precedent », (1985) 38 Vand. L.R. 495 à la p. 497 (« treating like cases alike is often regarded as a requirement, indeed perhaps *the central or most fundamental requirement of justice* » [italiques ajoutés]); H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 aux pp. 155-156.

[232] « Judicial precedent has some persuasive effect almost everywhere because *stare decisis* (keep to what has been decided previously) is a maxim of practically universal application » : R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 1991 à la p. 3.

[233] M.D.A. Freement, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 2001 à la p. 1381.

à Athènes en 1994, portant sur l'utilisation du droit comparé par les tribunaux canadiens, ont conclu que ceux-ci étaient dans l'ensemble peu intéressés à recourir au droit comparé dans un tel contexte : le rapporteur québécois ne fit état d'aucune décision en ce sens émanant des tribunaux québécois[234]; H.P. GLENN – qui fut chargé de faire rapport de l'utilisation du droit comparé par les tribunaux des juridictions canadiennes de common law – n'y fit qu'une brève allusion, en mentionnant simplement qu'il existe peu d'exemples jurisprudentiels pertinents[235].

80. – La jurisprudence portant sur l'interprétation des dispositions législatives visant à mettre en œuvre l'art. II de la Convention de New York dans les ordres juridiques canadiens confirme cette tendance. Sur près d'une centaine de décisions publiées depuis les réformes des années 80, aucun juge canadien saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage n'a jusqu'à présent réellement tenu compte de la jurisprudence étrangère portant sur le sens et la portée des disposition pertinentes de la Convention, pourtant abondante[236]. Le recours au droit comparé dans un tel contexte se limite surtout, jusqu'ici, à des références encore assez fréquentes – dans la jurisprudence émanant des juridictions canadiennes de common law – à des précédents anglais interprétant des dispositions législatives sur lesquelles étaient autrefois calquées les législations en vigueur dans les juridictions canadiennes de common law[237]. Cette pratique suscite d'ailleurs certaines inquiétudes, puisqu'elle révèle que plusieurs juges

---

[234] P. Viau, « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux au Québec », dans Association canadienne de droit comparé et Aoosication québécoise de droit comparé, *Droit contemporain – Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 68.

[235] H.P. Glenn, « The Use of Comparative Law by Common Law Courts in Canada », dans Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, *Droit contemporain – Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 85 à la p. 91. Pour des exemples, voir : Cl Emanuelli et S. Slosar, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien », (1978) 13 R.J.T. 69 à la p. 80 et suiv.

[236] Quelques juges canadiens saisis de demandes de renvoi à l'arbitrage ont parfois eu recours à des précédents étrangers, mais jamais dans le but d'assurer la conformité des solutions retenues à celles adoptées par les tribunaux d'autres États parties à la Convention de New York; voir, par ex., l'affaire *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (Alta. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée). Voir aussi : *Harper* c. *Kvaerner Fjellstrand Shipping A.S.*, [1991] B.C.J. (Quicklaw) No. 2654 (S.C.); *BWV Investments Ltd.* c. *Saskferco Products Inc.*, (1994) 125 Sask. R. 286; CLOUT #116 (Sask. C.A.).

[237] Voir, par ex. : *Miramichi Pulp & Paper Inc.* c. *Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd.*, (1992) 58 F.T.R. 81 (C.F. 1ère inst.); *Globe Union* c. *G.A.P. Marketing*, (1994) 100 B.C.L.R. (2d) 41; CLOUT #114 (B.C.S.C.); *Siderurgica Mendes Junior, S.A.* c. *Ice Pearl (The)*, (1996) 18 B.C.L.R. (3d) 182; CLOUT #178 (B.C.S.C.); *Methanex New Zealand Ltd.* c. *Fontaine Navigation S.A.*, [1998] 2 F.C. 583; (C.F. 1ère inst.); *Thyssen Canada Ltd.* c. *Mariana Maritime S.A.*, [2000] 3 C.F. 398 (C.A. Féd.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée).

canadiens semblent d'avis que les récentes réformes législatives n'ont pas affecté de manière importante la pertinence de tels précédents. Cette idée est hautement contestable, compte tenu de la décision des législatures canadiennes de common law d'abandonner complètement le modèle législatif anglais. Sans aller jusqu'à lui nier toute utilité, l'ancienne jurisprudence anglaise ne doit très certainement pas être considérée comme limitant à elle seule et de quelque manière que ce soit le processus interprétatif; aucune théorie satisfaisante ne peut justifier l'existence d'une quelconque obligation incombant à l'interprète d'en tenir compte. La mise en garde exprimée à très juste titre par un juge ontarien à l'égard des précédents canadiens d'avant les réformes – qui doivent, selon lui, être lus avec précaution[238] – vaut *a fortiori* à l'égard de la jurisprudence anglaise.

81. – Doit-on en conclure que les tribunaux canadiens ont une réticence de principe à recourir à la méthode comparative et qu'il est donc illusoire de croire qu'ils accepteraient de considérer que la Convention de Vienne sur le droit des traités leur impose une obligation de tenir compte des décisions étrangères interprétant l'art. II de la Convention de New York ? Cette conclusion paraît injustifiée, pour au moins deux raisons. D'abord, la place grandissante qu'occupe la méthode comparative dans la jurisprudence récente de la Cour suprême[239] montre très clairement que les tribunaux canadiens, loin d'être réticents à la méthode comparative, en ont reconnu l'utilité et sont donc en principe ouverts à la prise en compte de solutions retenues dans des ordres juridiques étrangers. La Cour a même eu recours, dans son arrêt *Ward*, à des précédents américains portant sur certaines dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés, un traité-loi, qu'elle était appelée à interpréter[240]. Ensuite, si les juges canadiens ont peu fait usage de précédents étrangers portant sur l'interprétation de l'art. II, certains d'entre eux ont néanmoins accepté de recourir

[238] *NetSys Techology Group AB* c. *Open Text Corp.*, (2000) 1 B.L.R. (3d) 307 (note R.B. Potter); CLOUT #367 (Ont. Sup.Ct.); voir aussi, en ce sens : *Proctor* c. *Schellenberg*, [2002] M.J. (Quicklaw) No. 188 (Man. Q.B.) au n° 11. Les tribunaux québécois font également preuve de méfiance envers les précédents d'avant la réforme de 1986 : *Condominiums Mont St-Sauveur Inc.* c. *Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 à la p. 2785; *Corporation des techniciens ambulanciers de l'Outaouais* c.*Régie régionale de la santé et des services sociaux*, REJB 2002-32518 (C.S. Qué.) au n° 37. Voir cependant l'opinion plus nuancée de J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] C.P. du N. 507 à la p. 530, n° 25.

[239] Voir, par ex. : *Laferrière* c. *Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* c. *Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Amchem Products Incorporated* c. *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Tolofson* c. *Jensen (tutrice à l'instance de)*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36* c. *Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Farber* c. *Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846.

[240] *Canada (Procureur général)* c. *Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

à la méthode comparative afin de préciser le sens et la portée des règles s'intéressant à la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères visées par la Convention de New York[241].

En fait, la rareté des références, dans la jurisprudence canadienne, à de tels précédents semble découler non pas d'une réticence de principe à la méthode comparative, mais plutôt d'un problème d'un tout autre ordre, soit une méconnaissance malheureuse chez plusieurs juristes canadiens des dispositions de la Convention de New York relatives au mécanisme du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral : les décisions publiées depuis les réformes des années 80 où les tribunaux canadiens se sont montrés clairement conscients des obligations incombant au Canada en ce qui concerne la demande de renvoi à l'arbitrage sont rares[242]. Dans une décision qui en dit long sur la méconnaissance qu'ont certains juges canadiens de l'arbitrage commercial international, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba fit expressément référence à l'art. II(3) mais jugea cette disposition inapplicable au motif que la Convention ne trouve application que dans le cadre de procédures recherchant la reconnaissance ou l'exécution de sentences arbitrales étrangères[243].

82. – Il faut donc reconnaître que les tendances se dégageant des lois sur l'arbitrage des

---

[241] *Quintette Coal Inc.* c. *Nippon Steel Corp.*, (1990) 47 B.C.L.R. (2d) 201; CLOUT #16 (B.C.C.A.); *Schreter* c. *Gasmac Inc.* (1992), 7 O.R. (3d) 608 (C. Ont. (Div. Gén.)); *Schiff Food Products Inc.* c. *Naber Seed & Grain Co.*, [1996] S.J. (Quicklaw) No. 565 (Sask. Q.B.); *Corporacion transnacional de inversiones, S.A. de C.V.* c. *STET International, S.P.A.*, (1999) 45 O.R. (3d) 183; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 13 (C.S.J. Ont.); (2000) 49 O.R. (3d) 414; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 5 (note F. Bachand) (C.A. Ont.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée).

[242] *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (Alta. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée); *La Sarre (Ville de)* c. *Gabriel Aubé Inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A. Qué.); *Automatic Systems Inc.* c. *Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 257; (1996) 2(2) M.A.L.Q.R. 79; CLOUT #73 et #183 (C.A. Ont.) (comm. R.B. Potter, (1994-95) 24 Can.Bus. L.J. 429); *BWV Investments Ltd.* c. *Saskferco Products Inc.*, (1994) 125 Sask. R. 286; CLOUT #116 (Sask. C.A.); *Prince George (City)* c. *McElhanney Engineering Services Ltd.*, [1995] B.C.J. No. 1474 (B.C.C.A.). Sans toutefois mentionner la Convention de New York, la Cour d'appel fédérale a néanmoins fait allusion à un « consensus international » relatif à l'obligatoriété des conventions d'arbitrage dans son arrêt *Nanisivik Mines Ltd.* c. *F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662; CLOUT #70 aux pp. 670-671

[243] *Cangene Corp.* c. *Otapharma AG*, (2000) 147 Man. R. (2d) 228 (Man. Q.B.) au n° 11. La méconnaissance apparente des juristes canadiens de l'art. II(3) de la Convention dans la jurisprudence surprend d'ailleurs, étant donné que les législations en vigueur dans la plupart des juridictions canadiennes de common law font mention de sa pertinence au stade de la demande de renvoi à l'arbitrage (voir, par ex., l'art. 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* d'Alberta, S.A. 1986, c. I-6.6), mais elle être peut-être due en partie au fait que la doctrine canadienne l'a trop souvent négligé (voir néanmoins, S. Kierstead, « Referral to Arbitration Under Article 8 of the UNCITRAL Model Law : The Canadian Approach », (1998) 31 Can. Bus. L.J. 98, ainsi que C.O. Branson, « The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada », (2000) 16 Arb. Int. 19 à la p. 20).

États parties à la Convention de New York reflétant un certain consensus sur l'interprétation de ses dispositions, de même que la jurisprudence pertinente émanant de ces mêmes États, sont bel et bien susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. D'un point de vue pratique, il convient de souligner que la prise en compte par l'interprète de la jurisprudence étrangère interprétant la Convention de New York est grandement facilitée par l'existence de plusieurs publications qui visent à en faciliter l'accès. La plus utile est sans doute le *Yearbook Commercial Arbitration*[244] que publie depuis 1976 l'ICCA. On y trouve à l'heure actuelle les extraits pertinents, en langue anglaise, de près de 1000 décisions émanant de 47 États parties à la Convention de New York. Le *Yearbook* publie aussi périodiquement des commentaires analytiques de ces décisions – rédigés à l'origine par P. SANDERS, puis depuis 1982 par A.J. VAN DEN BERG – qui sont d'une très grande utilité[245]. Par ailleurs, l'interprète a aussi accès à plusieurs publications où sont reproduites les lois sur l'arbitrage en vigueur dans la plupart des États ayant adopté la Convention de New York. L'*International Handbook on Commercial Arbitration*, publié et mis à jour périodiquement par l'ICCA reproduit les lois sur l'arbitrage, accompagnées de commentaires analytiques, de plus d'une soixantaine d'États[246].

4) L'absence de toute obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la Convention

83. – Le dernier point qui mérite d'être abordé s'agissant de l'incidence des directives interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités concerne le rôle que doivent jouer les travaux préparatoires de la Convention de New York dans l'interprétation des obligations qu'elle impose au Canada et qui s'intéresse à l'intervention du

---

[244] International Council for Commercial Arbitration, *Yearbook Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1976-2000. On retrouve aussi le texte de plusieurs précédents étatiques se rapportant à l'interprétation ou l'application de la Convention de New York dans G.G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration – New York Convention*, New York, Oceana Publications, 1996 à la Partie IV. Enfin, on trouve dans la *Revue de l'arbitrage* le texte français d'un grand nombre de lois d'arbitrage accompagnées de commentaires analytiques.

[245] Les commentaires de A.J. VAN DEN BERG constituent la continuité de sa monographie sur la Convention de New York publiée en 1981 (A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981), dont une seconde édition est annoncée depuis plusieurs années par l'auteur.

[246] International Council for Commercial Arbitration, *International Handbook on Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, m.-à-j. Les lois de plus de quatre-vingt États sont aussi reproduites dans : E.E. Bergsten, dir., *International Commercial Arbitration*, 5 vol., Dobbs Ferry, New York, m.-à-j.

juge avant et durant un arbitrage commercial international[247]. On sait qu'en pratique, les tribunaux internationaux et judiciaires appelés à interpréter des traités ont assez souvent recours aux travaux préparatoires pertinents et compte tenu de l'art. 33 de la Convention de Vienne, il n'existe évidemment aucune prohibition de principe à leur utilisation par l'interprète. La question est plutôt de savoir si les travaux préparatoires font partie des données dont *doit* tenir compte l'interprète appelé à préciser le sens des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York.

84. – À la réflexion, il semble qu'une telle obligation serait incompatible avec la lettre et l'esprit des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne[248]. D'abord, alors que l'art. 31 de la Convention de Vienne énonce les données faisant partie de ce contexte et indique très clairement – par l'utilisation du mot « doit » – l'*obligation* incombant à l'interprète d'en tenir compte, l'art. 32 de la Convention prévoit qu'il « peut », dans certaines circonstances assez restreintes[249], consulter les travaux préparatoires, lesquels font partie des « moyens complémentaires d'interprétation ». L'utilisation du mot « peut » au lieu du mot « doit » suggère fortement que l'on ne saurait

---

[247] On peut trouver copie des travaux préparatoires de la Convention de New York dans G.G. Gaja, dir., *International Commercial Arbitration – New York Convention*, New York, Oceana Publications, 1996 à la Partie III. Ces documents ont été pris en considération par A.J. VAN DEN BERG dans son analyse de la Convention de New York (A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981).

[248] Cette conclusion semble être partagée par M. SINKONDO qui, sans toutefois approfondir la question, écrit que « [s]elon les articles 31 et 32 de la convention de Vienne, le recours aux moyens complémentaires d'interprétation *est facultatif* » [italiques ajoutés] : M. Sinkondo, *Droit international public*, Paris, Ellipses, 1999 à la p. 35. Voir aussi G. Pambo Tchivounda, « Le droit international de l'interprétation des traités à l'épreuve de la jurisprudence (réflexions à partir de la sentence rendue le 15 février 1985 par le tribunal arbitral pour la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau) », J.D.I. 1986.627 aux pp. 632 et 637.

[249] Soit en vue « de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 » ou encore si « l'interprétation donnée conformément à l'article 31 [...] laisse le sens ambigu ou obscur [...] ou [...] conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ». Les conditions énoncées à l'art. 32 ont parfois été qualifiées d'irréalistes, notamment par le juge Schwebel : S.M. Schwebel, « May Preparatory Work be Used to Correct Rather than Confirm the 'Clear' Meaning of a Treaty Provison ? », dans J. Makarczyk, dir., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 541 à la p. 543 et suiv. Cet article traite d'ailleurs d'une question controversée : que doit faire l'interprète si, au terme d'une consultation des travaux préparatoires visant à *confirmer* l'interprétation révélée par la mise en œuvre des directives interprétatives énoncées a l'art. 31, il découvre qu'au contraire les travaux préparatoires tendent à l'infirmer ? Le juge Schwebel est d'avis que l'interprète pourrait alors choisir de revenir sur sa décision initiale et modifier l'interprétation en conséquence. S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 721 à la p. 739, est d'avis contraire, jugeant la réponse à cette question « crystal clear ».

affirmer qu'il pèse sur l'interprète une quelconque obligation de tenir compte des travaux préparatoires de la Convention de New York.

Ensuite, la solution proposée est plus compatible avec les circonstances dans lesquelles ces dispositions furent élaborées par la Commission du droit international. En effet, le compromis ayant permis l'adoption des art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne fut clairement fondé sur l'idée de la primauté de l'expression formelle de l'intention des parties contractantes, telle que révélée dans le texte et par l'entremise des autres données mentionnées à l'art. 31[250]. La Cour internationale de Justice en est d'ailleurs tout à fait consciente, comme le révèle un arrêt rendu en 1994, rappelant que « [l]'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même »[251]. Le recours aux travaux préparatoires de la Convention de New York relève donc, dans les conditions énoncées à l'art. 32, de la discrétion de l'interprète.

85. – Cela dit, il convient de faire deux observations sur l'utilisation qu'a jusqu'à présent faite la Cour suprême du Canada des travaux préparatoires des traités internationaux qu'elle a été appelée à interpréter[252]. D'abord, il apparaît clairement de sa jurisprudence qu'elle n'a aucune réticence de principe à recourir aux travaux préparatoires en interprétant les règles

---

[250] Sir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 à la p. 115. Voir aussi, en ce sens : S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 721 aux pp. 739 et 746. Sur les tendances doctrinales relatives à l'interprétation des traités, que les art. 31 et 32 visent à concilier, voir : C.H. Schreuer, « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », (1971) 45 B.Y.I.L. 255 à la p. 272 et suiv.; F.G. Jacobs, « Varieties of approach to treaty interpretation : with special reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference on the Law of Treaties », (1969) 18 I.C.L.Q. 318; M. Ris, « Treaty Interpretation and ICJ Recourse to *Travaux Préparatoires* : Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties », (1991) 14 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 111.

[251] *Affaire du différend territorial (Jamahiriya Arabe Libyenne/Tchad)*, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 5 à la p. 22. Voir aussi l'étude de S. Torres Bernárdez, « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 721 à la p. 744, observant que la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice distingue clairement les données faisant partie du contexte énoncés à l'art. 31 de la Convention de Vienne de celles faisant l'objet des « moyens complémentaires d'interprétation » visés par l'art. 32.

[252] Ces observations sont fondées sur quatre arrêts rendus par la Cour suprême depuis qu'elle a reconnu la spécificité de l'interprétation des règles interétatiques et dans lesquels elle s'est livrée à une analyse des travaux préparatoires pertinents, soit *Canada (Procureur général)* c. *Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, *Thomson* c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551 et *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

conventionnelles liant le Canada. Aucun juge de la Cour n'a jusqu'ici refusé d'examiner les travaux préparatoires d'un traité invoqués par l'une des parties au litige. Elle semble donc n'avoir aucune objection de principe à ce que l'intention des parties, telle qu'exprimée lors des négociations diplomatiques préalables, serve de guide – comme l'est aussi par exemple la doctrine – durant la démarche interprétative. Cependant, le récent arrêt *Pushpanathan* a révélé d'importantes divergences au sein des membres de la Cour quant au poids qui devrait être accordé aux travaux préparatoires en matière d'interprétation de traités[253]. L'affaire concernait l'interprétation de la Convention relative au statut des réfugiés et souleva notamment la question de savoir si le complot en vue de faire le trafic de stupéfiants constitue un acte contraire aux « buts et principes des Nations Unies » au sens de la section F de l'article premier, privant du coup l'appelant du bénéfice de la Convention. Quatre des six juges ayant participé à la décision se sont abondamment appuyés sur les travaux préparatoires[254] afin de justifier leur conclusion voulant que seules les « violations graves, soutenues ou systémiques des droits fondamentaux de la personne qui constituent une persécution dans un contexte qui n'est pas celui de la guerre »[255] soient visées par la disposition en litige. Leur approche traduit une théorie de l'interprétation juridique accordant beaucoup plus d'importance à l'intention subjective des parties que celle privilégiée par les juges dissidents. Ne niant pas l'utilité de recourir aux travaux préparatoires dans l'interprétation d'un traité, ces derniers estimèrent néanmoins qu'il ne faudrait pas les interpréter strictement, ni leur accorder un poids susceptible de retarder l'adaptation du droit international public au contexte contemporain[256]. Cette dernière approche est assurément préférable, car elle semble beaucoup plus compatible avec le rôle secondaire que leur reconnaissent les directives interprétatives énoncées à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est d'autant plus important d'être sur ses gardes lorsque l'on a recours aux travaux préparatoires que – comme on le sait fort bien – ils sont souvent d'une fiabilité douteuse[257].

---

[253] *Suresh* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

[254] *Pushpanathan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1025 et suiv.

[255] *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1029.

[256] *Pushpanathan* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 à la p. 1059.

[257] Voir, par ex., M. Ris, « Treaty Interpretation and ICJ Recourse to *Travaux Préparatoires* : Towards a

* * *

86. – Par son adhésion à la Convention de New York en 1986, le Canada a pris part à une importante initiative d'intégration juridique[258] amorcée en 1958 et à laquelle participent aujourd'hui la quasi-totalité des États engagés dans le commerce transnational. L'adoption d'une théorie de l'interprétation juridique plus réaliste que celles ayant traditionnellement cours au Canada a permis de constater la très grande perméabilité des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs émanant de l'ordre juridique interétatique. L'effet des obligations incombant au Canada au terme de la Convention de New York et des données visées par les directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'explique sans aucun doute par une prise de conscience accrue par les tribunaux canadiens de la nécessité de promouvoir le respect de la primauté du droit international public dans les relations interétatiques.

87. – L'intégration, dans les ordres juridiques canadiens, de faits normatifs transnationaux ne résulte cependant pas uniquement de l'adhésion du Canada à la Convention de New York. Il résulte aussi de la mise en œuvre au Canada de la Loi type, sur laquelle il convient maintenant de se pencher.

Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties », (1991) 14 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 111 aux pp. 112-113. Voir aussi, en ce sens : *Morris* c. *KLM Royal Dutch Airlines*; *King* c. *Bristow Helicopters Ltd.*, [2002] 2 All E.R. 565 à la p. 591.

[258] Sur la notion d'intégration juridique, voir notamment : V. Loungnarath, « L'intégration juridique dans la zone ALÉNA : un chantier axé sur le processus », (2001) 61 R. du B. 3 à la p. 6 et suiv.

Section II. Les faits normatifs liés à la mise en œuvre de la Loi type au Canada

88. – L'analyse des faits normatifs transnationaux liés à la mise en œuvre au Canada de la Loi type de la CNUDCI, et dont l'interprète doit tenir compte en précisant les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, diffère fondamentalement – sur le plan théorique – de l'analyse de ceux liés à l'adhésion du Canada à la Convention de New York. La Loi type n'étant qu'un modèle dont les législatures sont libres de s'inspirer comme bon leur semble[259], la présomption de conformité du droit interne aux obligations conventionnelles incombant au Canada – tout comme les directives interprétatives énoncées aux art. 31 et suiv. de la Convention de Vienne sur le droit des traités – ne sont d'aucune utilité dans l'analyse des faits normatifs liés à sa mise en œuvre au Canada.

89. – Il ne s'ensuit cependant pas que les incidences de la mise en œuvre de la Loi type sur l'interprétation du droit interne ne doivent être appréciées qu'à la lumière de ce qu'en disent les lois canadiennes qui régissent l'arbitrage commercial international. Si l'on ne s'en tenait qu'aux données expressément visées par la Loi, l'analyse mènerait à un double constat. En premier lieu, elle révélerait l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte du *texte* de la Loi type. Dans toutes les juridictions canadiennes de common law, le texte de la Loi type a été – sous réserve de quelques modifications – directement incorporé dans les lois régissant l'arbitrage commercial international : l'obligation de tenir compte du texte de la Loi type se confond alors avec celle incombant à l'interprète de tenir compte de la loi en vigueur dans l'ordre juridique interrogé. Au Québec, la Loi type n'a pas été incorporée à proprement parler dans le *corpus* législatif; l'interprète doit néanmoins en tenir compte, puisqu'en matière d'arbitrage commercial international, l'art. 940.6 du C.p.c. l'en oblige expressément lorsqu'il s'interroge sur le sens à donner aux dispositions du Titre I du Livre VII du C.p.c.[260].

---

[259] La CNUDCI a songé à élaborer plutôt un véritable traité destiné à harmoniser les droits nationaux. Elle y a cependant sagement renoncé, au motif qu'une loi modèle s'avèrerait probablement – en raison de sa souplesse – plus efficace. Cette approche fut saluée par plusieurs observateurs; voir notamment : Ph. Fouchard, « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861 à la p. 864 et suiv.

[260] Cette obligation est expressément imposée par l'art. 940.6 du C.pc. dès lors que l'arbitrage met « en

En second lieu, l'analyse révèlerait l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la Loi type, mais uniquement lorsque l'ordre juridique interrogé est celui du Québec ou de la Colombie-Britannique. En effet, dans les autres juridictions canadiennes, la loi fait mention des travaux préparatoires en des termes uniquement facultatifs[261]; l'interprète *peut* en tenir compte s'il le juge approprié, sans toutefois *devoir* le faire. On ne saurait donc conclure qu'il découle des seuls textes législatifs pertinents une obligation incombant à l'interprète d'en tenir compte. En revanche, les lois adoptées en Colombie-Britannique et au Québec le font en des termes qui – lorsqu'on tient compte de leur sens ordinaire – révèlent l'existence d'une véritable obligation incombant à l'interprète d'en tenir compte[262].

90. – Or, ces conclusions souffriraient d'irréalisme, puisqu'elles ne permettraient pas d'évaluer correctement l'influence qu'est susceptible d'exercer concrètement la Loi type dans l'interprétation du droit interne au Canada. En effet, elles ne rendraient pas compte de l'influence d'autres faits normatifs transnationaux s'y rapportant (§ II), influence due à l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte d'un aspect fondamental de l'objectif qu'ont poursuivi les législatures canadiennes en s'inspirant de la Loi type : harmoniser les règles canadiennes de l'arbitrage commercial international avec celles des autres États qui ont mis en œuvre la Loi type (§ I).

§ I. L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI

91. – L'objectif premier poursuivi par les législatures canadiennes était sans aucun doute

---

cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international » (voir, à ce sujet : L. Marquis, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 R.D. McGill 448).

[261] Par ex., la loi ontarienne (*Loi sur l'arbitrage commercial international*, précitée, L.R.O. 1990, c. I-9) prévoit, à l'art. 13 qu'« [a]fin d'interpréter la Loi type, qui est reproduite en annexe], on *peut* avoir recours [aux travaux préparatoires] » [italiques ajoutés].

[262] L'article 940.6 du C.p.c. prévoit que lorsque le différend n'est pas purement interne, le Titre 1 du Livre VII « s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte » de la Loi type et des travaux préparatoires. L'article 6 de la loi de Colombie-Britannique (*International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233) prévoit que l'interprète *peut* avoir recours aux travaux préparatoires mais – à la différences des dispositions interprétatives qu'on trouve dans les autres lois adoptées dans les juridictions canadiennes de common law – ajoute ensuite que l'interprète *doit* leur donner le poids approprié dans les circonstances : « [i]n construing a provision of this Act, a court or arbitral tribunal *may* refer to the documents of the United Nations Commission on International Trade Law and its working group respecting the preparation of the UNCITRAL Model Arbitration Law and *must* give those documents the weight that is appropriate in the circumstances » [italiques ajoutés].

de moderniser le droit interne, visiblement mal adapté à l'arbitrage de différends du commerce international[263], afin de mettre à la disposition des opérateurs du commerce international un mécanisme de résolution de différends qu'ils considèrent efficace. Il s'agit d'une donnée dont l'interprète doit tenir compte, mais une donnée qui demeure proprement interne, émanant uniquement de l'ordre juridique interrogé et ne pouvant donc pas être rangé parmi les faits normatifs transnationaux susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. Mais le fait que les législatures canadiennes aient choisi de s'inspirer de la Loi type révèle qu'elles cherchaient à atteindre un second objectif : l'harmonisation, à l'échelle internationale, des règles de l'arbitrage commercial international.

92. – L'harmonisation du droit commercial international est au cœur du mandat de la CNUDCI, qui fut créée en 1966 par la Résolution 2205 de l'Assemblée générale des Nations unies : afin de favoriser les échanges commerciaux internationaux, il fallait aplanir les obstacles posés par les divergences dans les règles juridiques internes ayant un impact sur le commerce international[264]. Au fil des ans, les travaux de la CNUDCI ont donné naissance à divers instruments d'harmonisation du droit dans des domaines tels la vente et le transport internationaux de marchandises, la passation de marchés publics et le développement des infrastructures, les contrats internationaux de construction, les paiements internationaux, le commerce électronique, l'insolvabilité internationale et la conciliation commerciale internationale[265]. Les travaux devant mener à l'adoption d'un modèle législatif sur l'arbitrage commercial international ont débuté en 1979[266] et ont abouti à l'été 1985. Même

---

[263] *Supra*, n° 25.

[264] Résolution A.G.N.U. 2205 (XXI), 17 décembre 1966, notamment reproduite à (1968-70) I Annuaire de la CNUDCI 70; voir aussi la Résolution 40/72 du 11 décembre 1985, notamment reproduite à (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 51. Sur les fonctions de la CNUDCI, voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 4-6.

[265] On trouve sur le site web de la CNUDCI (www.uncitral.org) le texte de ces instruments, les documents préparatoires ainsi qu'une bibliographie portant sur chacun d'eux.

[266] Les premières suggestions en ce sens faites à la CNUDCI remontent cependant à 1972 : Ph. Fouchard, « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861 à la p. 862; voir aussi, sur les travaux de la CNUDCI relatifs à la Loi type : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 9 et suiv.; A. Broches, « Commentary on the UNCITRAL Model Law », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j. à la p. 2 et suiv.; P. Binder, *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell, 2000 aux pp. 5-7.

si, curieusement, la Loi type – contrairement à la plupart des instruments à vocation normative produits par la CNUDCI – ne contient aucune disposition interprétative précisant qu'elle constitue un instrument d'harmonisation du droit, il ne fait donc aucun doute qu'un des principaux objectifs poursuivis par la CNUDCI était de promouvoir l'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international[267]; l'ensemble de la communauté internationale l'a d'ailleurs reconnu dans une résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 11 décembre 1985[268].

93. – Mais le but d'une loi doit-il limiter le processus interprétatif de quelque manière que ce soit ? Est-il utile, voire nécessaire, de reconnaître à l'interprète l'obligation de prendre en considération la finalité d'une loi en l'interprétant ? La réponse est très clairement affirmative, pour deux raisons. D'abord, tout texte législatif poursuit un but donné. Il faut admettre, avec P.-A. CÔTÉ, qu'il est difficile d'imaginer un tel texte qui n'ait d'autre raison d'être que sa propre énonciation[269]; l'exemple célèbre imaginé par G. GOTTLIEB de l'affiche plantée au milieu d'un lac, indiquant qu'il est interdit d'y amarrer des barques montre très bien l'absurdité d'une telle hypothèse[270]. Toute loi poursuit un but social pouvant – du moins en théorie – être identifié.

Deuxièmement, les progrès accomplis au cours des dernières décennies dans le domaine de la sémantique ont montré de manière convaincante que l'opération de décodage de toute communication doit toujours tenir compte du contexte dans lequel elle a été faite, ce qui implique que l'opération qui vise à cerner l'intention qu'avait la législature en adoptant un

---

[267] Voir notamment, en ce sens, G. Herrmann, « The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Its Salient Features and Prospects », dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 351; Ph. Fouchard, « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861 aux pp. 861-869.

[268] Résolution 40/72 du 11 décembre 1985, notamment reproduite à (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 51 et dont les extraits pertinents se lisent comme suit : « *[l]'Assemblée générale* [...] *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international ».

[269] P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 475.

[270] G. Gottlieb, *The Logic of Choice*, New York, Macmillan, 1968 à la p. 111. Voir aussi, en ce sens : K. Llewellyn, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Construed », (1950) 3 Vand. L. Rev. 395 à la p. 400 : « If a statute is to make sense, it must be read in the light of some assumed purpose. A statute merely declaring a rule, with no purpose or objective, is nonsense ».

texte législatif doit toujours tenir compte du contexte dans lequel celui-ci fut adopté[271]. Comme le but dans lequel une communication a été faite constitue un élément fondamental de ce contexte – susceptible d'avoir une influence très importante sur son sens[272] – il faut que le but de la loi limite la marge de manœuvre de l'interprète; sinon, le principe démocratique, qui implique que l'intention du Législateur doit occuper une place très importante dans le processus d'interprétation de la loi[273], s'en trouverait potentiellement marginalisé de manière inacceptable. La prise en compte du contexte de la loi est donc non seulement utile, mais nécessaire, puisqu'elle est *toujours* susceptible de conduire à une interprétation plus compatible avec l'intention qu'a réellement eue le Législateur.

94. – Voilà pourquoi on ne saurait admettre, avec les tenants des théories qualifiées de *textualists* par les auteurs anglo-saxons[274], que la prise en compte du but de la loi ne soit justifiée que lorsque l'ambiguïté du texte législatif étudié a préalablement été constatée. Cette approche – dite « de l'interprétation littérale »[275] – implique que l'interprète appelé à cerner le sens d'une règle de source législative doive d'abord interroger le texte législatif en tenant compte du sens ordinaire des mots employés par le Législateur. Au terme de l'analyse, de deux choses l'une : ou bien il considère que le texte n'est pas ambigu, auquel cas l'intention du Législateur aura été découverte et elle n'aura qu'à être mise en œuvre; ou bien il le considère ambigu, auquel cas l'effort d'interprétation devra être poursuivi en tenant compte, entre autres, du but de la loi.

---

[271] Voir, en particulier, l'analyse de R. Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175 aux pp. 203-209; voir aussi, entre autres : R. Dickerson, *The Interpration and Application of Statutes*, Boston, Little Brown, 1975 à la p. 103 et suiv.; W.N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994 à la p. 40.

[272] Voir notamment : P. vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation des lois*, Bruxelles, Falk, 1906 aux pp. 88 et 250, cité dans F. Ost et M. van de Kerchove, « L'interprétation téléologique : un objectif clair et distinct ? », dans Association internationale de méthodologie juridique, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 303, à la p. 312; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994 à la p. 35 et suiv.; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 355 et suiv.

[273] Ce point ne suscite aucune controverse; voir, par ex. : R. Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175 à la p. 181 : « [p]robably every judge would agree that a court's first duty in resolving interpretation disputes is to give effect to the intention of the enacting legislature ».

[274] Pour une analyse critique de ces théories, voir notamment : W.N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994 à la p. 34 et suiv.; R. Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175 aux pp. 181-183 et à la p. 187 et suiv.

[275] Voir *supra*, note 139 et n° 69.

Cette méthode doit être rejetée puisqu'elle repose sur un postulat – qui est irréaliste – voulant qu'il soit possible, dans certains cas, de déduire clairement et fidèlement du seul texte l'intention de son auteur. En réalité, un texte n'a aucun sens *en lui-même*. Lorsque l'interprète affirme avoir dégagé du texte l'intention claire du Législateur, il a nécessairement tenu compte d'éléments extrinsèques puisqu'il est impossible de donner un sens à un texte sans faire intervenir des éléments contextuels[276]. La méthode de l'interprétation littérale est donc inopportune, car elle occulte ces éléments extrinsèques ayant nécessairement influé sur le sens de la règle[277]. Ne reconnaissant aucunement à l'interprète l'obligation de tenir compte, parmi ces éléments extrinsèques, du but de la loi, elle lui laisse une trop grande marge de manœuvre puisqu'elle est susceptible de le conduire à donner aux mots un sens ne pouvant être concilié avec l'intention qu'a réellement eue le Législateur; elle est, en conséquence, potentiellement antidémocratique.

95. – L'importance de tenir compte du but de la loi est reconnue par les juges anglais depuis très longtemps. Il est d'usage de citer au soutien de cette affirmation un jugement rendu en 1584 dans une affaire *Heydon*, affirmant en des termes particulièrement forts que le juge doit toujours donner à un texte législatif un sens permettant la réalisation de l'objectif visé[278]. L'importance alors accordée au but de la loi par les juges anglais – et l'approche assez libérale qu'ils adoptaient dans l'interprétation des lois – était due au fait qu'à l'époque, le Parlement anglais, dont la souveraineté n'avait pas encore été pleinement établie, se réunissait peu fréquemment, de sorte que ce sont surtout les juges qui pouvaient assumer la responsabilité d'assurer l'adéquation entre la loi et les réalités sociales de l'époque[279]. Même si l'interprétation téléologique connut un net recul au cours des XVIII^{e} et XIX^{e} siècles au profit d'approches interprétatives accordant une plus grande importance au texte, les juges anglais ne l'ont jamais abandonnée. Le but de la loi pouvait limiter la marge de manœuvre de l'interprète, mais seulement si l'ambiguïté intrinsèque du texte en cause avait été

---

[276] Voir R. Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175 à la p. 208 : « If there is no such thing as plain meaning, then what are judges referring to when they purport to ignore context and rely only on the literal meaning of a text, with or without co-text ? The answer is that in fact they are not excluding context; they are not relying on dictionary definitions and grammar rules. They actually *are* relying on context because it is impossible to read without it » et l'analyse qui suit cet extrait.

[277] Elle a d'ailleurs été sévèrement critiquée au cours des dernières années : voir *supra*, note 139.

[278] *Heydon's Case*, (1584) 3 Co. Rep. 7b.

[279] J. Bell et Sir G. Engle, *Cross – Statutory Interpretation*, 3^{e} éd., London, Butterworths, 1995 à la p. 12.

préalablement constatée[280].

96. – Puisque l'interprétation législative au Canada a toujours été fortement influencée par les méthodes anglaises, il n'est pas surprenant de constater que la méthode téléologique a toujours été suivie par les juges canadiens. L'importance de tenir compte du but de la loi en l'interprétant fait d'ailleurs l'objet d'une disposition législative depuis bien avant la Confédération canadienne[281]. Comme leurs collègues anglais, la plupart des juges canadiens ont longtemps adhéré à l'approche littérale, de sorte qu'ils n'acceptaient – du moins officiellement – de tenir compte du but de la loi qu'après avoir constaté l'ambiguïté intrinsèque des dispositions sous étude. Jusqu'en 1995, le juge en chef de la Cour suprême du Canada affirmait que « la première tâche du tribunal appelé à interpréter une disposition législative consiste à examiner le sens de ses mots dans le contexte global de la loi » et que « [s]i le sens des mots examinés dans ce contexte est clair, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'interprétation »[282]. De toute évidence, cette approche littérale est susceptible de constituer un obstacle très important à la réalisation des objectifs d'harmonisation d'un instrument comme la Loi type.

97. – Heureusement, la Cour suprême du Canada a rendu, à partir de 1998, une série d'arrêts – très importants sur le plan théorique – clarifiant certaines règles fondamentales en matière d'interprétation des lois et confirmant, entre autres, l'abandon de la méthode d'interprétation littérale tout en affirmant l'obligation incombant à l'interprète de *toujours* tenir compte du but de la loi en l'interprétant. Cette série d'arrêts a pour point de départ celui qu'elle a rendu dans une affaire *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*[283], où cinq juges de la Cour citèrent avec approbation les propos de E. DRIEDGER, selon lequel « [a]ujourd'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 »[284]. Contrairement à ce qu'a affirmé un juge de la Cour

---

[280] Voir, par ex., l'arrêt *Sussex Peerage Case*, (1844) 11 Cl & Fin 85, 143.

[281] Voir la *Loi d'interprétation* de 1849, 12 Vict., c. 10, art. 28(5). La méthode téléologique est actuellement codifiée à l'art. 12 de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. (1985), c. I-23. Des dispositions similaires furent adoptées par les législatures provinciales; voir, par ex., l'art. 41 de la *Loi d'interprétation* québécoise, L.R.Q., c. I-16.

[282] *Ontario* c. *Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 à la p. 1050.

[283] [1998] 1 R.C.S. 27 à la p. 41 et suiv.

[284] E. Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983 à la p. 87 [traduction par la

suprême du Canada en 1996[285], la méthode préconisée par E. DRIEDGER n'est aucunement favorable à la méthode littérale; au contraire, elle vise précisément à s'en écarter[286]. Après que la formule adoptée dans l'arrêt *Rizzo* a été reprise dans une affaire *Winters*[287], elle fut adoptée dans un arrêt unanime rendu par les neuf membres de la Cour en 1999[288]. Elle est, depuis, systématiquement reprise dans les arrêts de la Cour soulevant des questions d'interprétation des lois[289].

98. – On peut donc affirmer que le l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI et les législatures canadiennes doit *toujours* être pris en considération par l'interprète appelé à préciser le sens des dispositions de la Loi type s'intéressant aux conditions de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international. Quelles en sont les répercussions concrètes sur sa tâche ?

§ II. Les conséquences de la prise en compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI

99. – On peut en identifier trois principales : l'interprète doit éviter de donner aux mots employés dans la Loi type un sens reflétant des particularités strictement locales (1); il doit tenir compte des travaux préparatoires de la Loi type (2); il doit enfin tenir compte de la jurisprudence émanant des autres États ayant mis en œuvre la Loi type (3).

1) Le rejet d'interprétations reflétant des particularités strictement locales

100. – Les commentaires formulés antérieurement sur le fait que l'interprète doit éviter

---

Cour suprême].

[285] Voir : *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 à la p. 996 et suiv.

[286] Voir, en ce sens : R. Sullivan, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175 à la p. 215 et suiv.

[287] *Winters* c. *Legal Services Society*, [1999] 3 R.C.S. 160 à la p. 181.

[288] *Francis* c. *Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250 à la p. 267.

[289] Voir, par ex. : *R.* c. *Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759 à la p. 779; *65302 British Columbia Ltd.* c. *Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804 aux pp. 810 et 832; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd.* c. *Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915 aux pp. 934 et 940 et suiv.; *R.* c. *Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45 à la p. 74 et suiv.; *R.* c. *Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867 à la p. 883 et suiv.; *Chieu* c. *Canada (Minsitre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3 au n° 27 et suiv.; *Sarvanis* c. *Canada*, 2002 CSC 28 au n° 24; *Bell Expressvu Limited Partnership* c. *Rex*, 2002 CSC 42 au n° 26 et suiv.; *Lavigne* c. *Canada (Commisariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53 au n° 25.

de donner aux termes de la Convention de New York un sens reflétant des particularités strictement locales sont tout aussi applicables à la Loi type. En effet, cette directive interprétative ne découle aucunement de la nature de l'instrument – convention ou loi modèle – mais bien de l'objectif d'harmonisation du droit que partagent la Convention de New York et la Loi type. Il n'est donc pas surprenant que les dispositions interprétatives qu'on inclut aujourd'hui systématiquement dans les traités-lois[290] – consacrant leur caractère international et la nécessité d'éviter toute interprétation reflétant des particularités strictement locales – soient de plus en plus répandues dans des instruments d'harmonisation plus souples, comme les Principes d'UNIDROIT[291] et la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*[292].

101. – Le risque que l'objectif d'harmonisation poursuivi par la Loi type soit mis en péril par l'adoption d'interprétations reflétant des particularités strictement locales n'est pas seulement théorique. En effet, on trouve dans la Loi type – qui fut adoptée dans six langues : le français, l'anglais, le russe, l'espagnol, le chinois et l'arabe – plusieurs termes non définis et dont la portée est loin de faire consensus en droit comparé. Par exemple, la notion d'arbitrage – dont les frontières, en plus d'être souvent difficiles à tracer[293], varient parfois de

---

[290] On trouve un exemple d'une telle disposition interprétative à l'art. 7 de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise*, A.G.N.U Doc. A/Conf.97.18 : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ». Sur le fait que cette disposition implique que l'interprète doit éviter de donner aux dispositions de la Convention un sens reflétant des particularités strictement locales, voir, entre autres : J. Felemegas, « The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Article 7 and Uniform Interpretation », Pace University Essay, 2001, ch. 3 sous « 3. The International Character of the Convention – Neutral language – a new *lingua franca* » et ch. 5, section 3(d) (« International case law and uniformity ») et les autorités citées par l'auteur; l'arrêt de la Cour d'appel des États-Unis dans *MCC-Marble Ceramic Ctr, Inc.* c. *Ceramica Nuovo D'Agostino*, 144 F.3d 1385 (11th Cir. 1998); F. Ferrari, « Applying the CISG in a Truly Uniform Manner : *Tribunale di Vigevano* (Italy), 12 July 2000 », [2001] R.D.U. 203 à la p. 204 et suiv.

[291] *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, art. 1.6(1).

[292] Voir l'art. 3. Le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des mooyens connexes de communication*, (1996) XXVII Annuaire de la CNUDCI 99 à la p. 107, n^{os} 53-54, précise que l'art. 3 de cette loi modèle « devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, pourrait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit local » et qu'il « a pour objet d'attirer l'attention des tribunaux ou autres autorités nationales sur le fait que, même si, une fois promulguées, les dispositions de la Loi type (ou les dispositions de l'instrument d'application de la Loi type) faisaient partie intégrante de la législation interne, et avaient donc un caractère national, elles devaient être interprétées compte tenu de leur origine internationale, de façon à assurer l'uniformité de leur interprétation dans les différents pays ». Le commentaire d'UNIDROIT relatif au par. 1.6(1) des Principes est au même effet.

[293] Voir par ex., s'agissant de la notion d'arbitrage en droit français : Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, pr. B. Oppetit, Paris, L.G.D.J., 1987; Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », Rev. arb. 2001.5; en droit québécois, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Sport Maska Inc.* c. *Zittrer*, [1988] 1 R.C.S. 564; voir aussi, de manière générale : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International*

manière importante d'une juridiction à l'autre – n'y est pas définie[294]. La « sentence arbitrale », un autre concept dont le sens ne fait pas l'unanimité, n'est pas non plus définie, les efforts des rédacteurs en ce sens s'étant avérés vains[295].

102. – Une décision rendue par la Cour supérieure du Québec en 1987 montre que le risque que les juges se bornent à adopter des interprétations reflétant des particularités strictement locales s'est déjà concrétisé au Canada[296]. La Cour était saisie d'une requête en annulation d'une sentence rendue à Montréal. Il s'agissait d'une affaire de droit maritime; ce sont donc les dispositions de la loi fédérale – qui reprend presque intégralement la Loi type – et non celles du C.p.c. québécois qui étaient applicables[297]. La partie requérante fit notamment valoir que la sentence était irrégulière au motif qu'elle n'était pas suffisamment motivée. Le juge Ch. GONTHIER, qui fut subséquemment juge à la Cour suprême du Canada, jugea le par. 31(2) de la Loi type applicable au motif que la convention d'arbitrage était silencieuse au sujet de la forme de la sentence. Il fallait donc vérifier si la sentence attaquée avait été « motivée » au sens du par. 31(2) de la Loi type. Afin de trancher cette question, la Cour s'appuya sur des précédents canadiens relatifs à la portée de dispositions législatives exigeant la motivation des décisions rendues par des tribunaux quasi judiciaires. Or, la prise en compte du fait que la Loi type constitue un instrument d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international aurait dû – au minimum – la conduire à vérifier si ces précédents étaient conciliables avec une définition autonome du concept de motivation employé par la CNUDCI.

On trouve un autre exemple d'une approche interprétative discutable dans une décision

---

Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 9 et suiv., n° 7 et suiv.

[294] L'étude des travaux préparatoires révèle que malgré la diversité des sens donnés à la notion d'arbitrage en droit comparé, les rédacteurs ont jugé qu'il n'était pas nécessaire de la définir dans la Loi type : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 157. On peut s'en étonner, compte tenu de l'importante incidence de la notion sur le domaine d'application de la Loi type, surtout que celle-ci fut élaborée en pleine controverse sur la qualification de l'arbitrage dit « contractuel » (voir, sur cette controverse : B. Oppetit, « L'arbitrage et les contrats internationaux à long terme », Rev. arb. 1976.91; B. Oppetit, « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », Rev. arb. 1977.315; Ph. Fouchard, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », Rev. arb. 1979.67; A. Prujiner, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », (1992) 37 R.D. McGill 428).

[295] H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 153-154. Sur les difficultés entourant le sens de cette notion, voir *infra*, n^os^ 413 et suiv. et 441.

[296] *Navigation Sonamar Inc.* c. *Algoma Steamship Limited*, [1987] R.J.Q. 1346; CLOUT #10 (C.S. Qué.).

[297] Voir l'art. 5 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2^e^ supp.).

rendue en 1998 par la Cour supérieure d'Ontario[298]. Celle-ci était saisie d'une requête en rejet d'un recours recherchant l'annulation d'une sentence rendue par un tribunal arbitral CCI siégeant à Ottawa. La partie requérante soutenait que les parties avaient exclu par convention le recours en annulation prévu à l'art. 34 de la Loi type. Afin de trancher cette question, la Cour dut d'abord décider si cette disposition était impérative. On sait que les rédacteurs ont parfois précisé la possibilité ou l'impossibilité d'écarter conventionnellement une disposition de la Loi type[299]. Mais ils ne se sont pas expressément prononcés sur la possibilité d'écarter conventionnellement l'art. 34, d'où l'incertitude. La Cour releva qu'on n'y retrouvait pas le mot « shall », qu'ont par ailleurs utilisé les rédacteurs de la Loi type dans d'autres dispositions identifiées comme étant impératives dans les travaux préparatoires. Appliquant une directive interprétative propre au droit canadien voulant que l'utilisation par le Législateur du mot « shall » témoigne du caractère impératif d'une disposition législative[300], la Cour jugea que l'absence de ce mot à l'art. 34 impliquait que le recours en annulation peut être conventionnellement exclu par les parties. Non seulement le recours à cette directive interprétative était en elle-même discutable, elle conduit la Cour à une conclusion très contestable : la présence du mot « shall » ne saurait constituer un indicateur adéquat du caractère impératif d'une disposition de la Loi type puisque la CNUDCI a utilisé à plusieurs reprises ce mot même mot dans des dispositions dont elle a pourtant affirmé expressément le caractère supplétif[301].

103. – L'inclusion dans la Loi type d'une disposition interprétative incitant l'interprète à tenir compte de son caractère international en l'interprétant aurait sans doute contribué à réduire les risques que des particularités strictement locales ne l'influencent indûment. De

---

[298] *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand).

[299] Par ex., l'art. 21 (« *[s]auf convention contraire*, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle le demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur ») et le par. 13(1) (« *[s]ous réserve du paragraphe 3 du présent article*, les parties sont libres de convenir de la procédure arbitrale ») [italiques ajoutés].

[300] Cette directive a d'ailleurs été codifiée; voir, par ex., l'art. 11 de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. (1985), c. I-23 (« [t]he expression "shall" is to be construed as imperative and the expression "may" as permissive »).

[301] Voir, par ex., les art. 11(3), 20(1), 22, 24(1) et 26(2) de la Loi type. On note par ailleurs que la version française de plusieurs dispositions de la Loi type où se trouve le mot « shall » ne contiennent aucun terme évoquant, d'une manière similaire, le caractère impératif. Par ex., l'art. 31(1) prévoit que « [t]he award *shall* be made in writing and *shall* be signed by the arbitrators » [italiques ajoutés] alors que la version française prévoit simplement que « [l]a sentence est rendue par écrit et signée par les arbitres » (voir aussi l'art. 24(2) de la Loi type). Si le mot « shall » constituait réellement un indicateur du caractère impératif d'une disposition donnée, on s'attendrait à trouver un mot ou une expression équivalente dans ses autres versions.

manière très opportune, les législatures de Hong Kong et du Zimbabwe ont d'ailleurs remédié à cette lacune de la Loi type en adoptant de telles dispositions[302].

2) La prise en compte des travaux préparatoires de la Loi type

104. – *A priori*, la prise en compte des travaux préparatoires de la Loi type[303] semble découler tout naturellement de la prise en compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI. En effet, la Commission a elle-même expressément reconnu, lors de l'adoption de la Loi type, leur valeur et leur importance afin d'en assurer l'interprétation harmonieuse[304]. La communauté internationale a fait de même, dans une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 11 décembre 1985[305]. Une fois l'obligation de tenir compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international affirmée, celle incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires ne va-t-elle pas de soi ?

105. – Ce n'est pas le cas, puisque comme on l'a vu, les lois adoptées par les législatures canadiennes – à l'exception de celles adoptées en Colombie-Britannique et au Québec – prévoient que l'interprète *peut* en tenir compte et non qu'il *doit* le faire. Cette formule facultative fait-elle obstacle à l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir

---

[302] L'art. 2(3) de l'*Arbitration Ordinance* de Hong Kong prévoit que :« [i]n interpreting and applying the provisions of the UNCITRAL Model Law, regard shall be had to its international origin and to the need for uniformity in its interpretation, and regard may be had to the documents specified in the Sixth Schedule ».

[303] Ces travaux préparatoires sont surtout composés de deux documents : le *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 (aussi reproduit à (1986) 120 *Gaz. Can.* I (vol. 40) 97), qui porte sur une version antérieure de la Loi type, et le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 (aussi reproduit à (1986) 120 *Gaz. Can.* I (vol. 40) 3). Il est cependant important de savoir qu'il existe d'autres documents – qui sont mentionnés dans le Commentaire analytique sous chaque article – qu'il importe de consulter afin d'avoir un portrait complet de l'évolution des dispositions de la Loi type; ils sont tous disponibles sur le site internet de la CNUDCI (www.uncitral.org). On trouve une analyse détaillée des travaux préparatoire dans : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989; voir aussi : A. Broches, « Commentary on the UNCITRAL Model Law », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j.; P. Binder, *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*, London, Sweet & Maxwell, 2000.

[304] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 70, n° 333. Voir aussi, en ce sens : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 15 : « the drafters of the Model Law themselves considered the *travaux* [préparatoires] from its session significant in interpreting their work ».

[305] Résolution 40/72 du 11 décembre 1985, reproduite à (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 51.

compte des travaux préparatoires de la Loi type ? Véritables faits normatifs transnationaux en Colombie-Britannique et au Québec, les travaux préparatoires de la Loi type n'auraient-ils pas – sur le plan théorique – qu'une autorité comparable à celle de la doctrine ailleurs au Canada[306] ?

106. – On pourrait le penser, surtout que les juges canadiens considèrent généralement que l'utilisation par le Législateur du verbe « pouvoir » indique effectivement la discrétion, l'absence de contrainte[307]. Cette directive interprétative n'est cependant pas absolue, de sorte qu'on aurait tort de déduire de la *seule* utilisation du mot « peut » l'absence de toute obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires ailleurs qu'en Colombie-Britannique et au Québec; elle n'est applicable que si le contexte dans lequel s'inscrit la disposition étudiée ne s'y oppose pas[308]. Il importe donc d'aller au-delà du texte et de s'interroger surtout sur le but de ces dispositions interprétatives. Comme on vient de le voir, la prise en compte des travaux préparatoires découle *a priori* naturellement de la prise en compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI; ces dispositions traduiraient-elles l'intention des législatures qui les ont adoptées de *réduire* l'influence susceptible d'être exercée par les travaux préparatoires dans le processus interprétatif ?

On a du mal à le croire. On attribuerait du coup à ces législatures une attitude

---

[306] Les juges canadiens ont utilisé à plusieurs reprises des travaux préparatoires afin d'interpréter la Loi type, sans toutefois jamais préciser s'ils se considéraient obligés de le faire. Voir, par ex. : *Navigation Sonamar Inc.* c. *Algoma Steamship Limited*, [1987] R.J.Q. 1346 (C.S. Qué.); CLOUT #10; *Navionics Inc.* c. *Flota Maritima Mexicana S.A.*, [1989] F.C.J. (Quicklaw) No. 13; *Ruhrkohle Handel Inter GmbH* c. *Fednav Ltd.*, (1992) 42 C.P.R. (3d) 414; CLOUT #33 (C.A. Féd.); *Schreter* c. *Gasmac*, (1992) 7 O.R. (3d) 608 (C. Ont. (Div. gén.)); *Delphi Petroleum Inc.* c. *Derin Shipping and Trading Co.*, [1993] F.C.J. (Quicklaw) No. 1270 (C.F. 1ère inst.); *International Civil Aviation Organisation* c. *Tripal Systems Pty Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (C.S. Qué.); *Carter* c. *McLaughlin*, (1996) 27 O.R. (3d) 792 (C. Ont. (Div. gén.)); *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand); *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.); *Corporacion transnacional de inversiones, S.A. de C.V.* c. *STET International, S.P.A.*, (1999) 45 O.R. (3d) 183; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 13; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 5 (note F. Bachand) (Ont. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée); *The United Mexican States* c. *Metalclad Corporation*, (2001) 89 B.C.L.R. (3d) 359 (B.C. S.C.); *Ross* c. *Christian and Timbers Inc.*, 2002 Ont. Sup. Ct. LEXIS 698.

[307] P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 292 et suiv. Voir aussi la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. (1985), c. I-23, art. 11 et la *Loi d'interprétation* québécoise, L.R.Q., c. I-16, art. 51.

[308] Voir les précédents canadiens analysés dans : P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 295 et suiv.

partiellement réfractaire à l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI qui, en plus d'être inopportune en raison de l'important consensus s'étant dégagé au sein de la communauté internationale sur ce point, s'accorde mal avec l'esprit des réformes de 1986, dans l'ensemble tout à fait favorables à la Loi type. Il est vrai que les législatures des juridictions canadiennes de common law ont parfois dévié du modèle législatif proposé par la CNUDCI, mais elles ne l'ont pas fait très souvent et – surtout – elles l'ont fait dans des termes exprès[309]. Par ailleurs, on voit mal pourquoi on aurait ressenti le besoin d'écarter l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires qui semble découler naturellement de celle lui incombant de tenir compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI; autrement dit, il est difficile de trouver une justification théorique convaincante.

107. – Il semble que ces dispositions interprétatives traduisent au contraire l'intention des législatures qui les ont adoptées de *promouvoir* cet objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international en écartant une règle de common law interdisant aux juges de tenir compte des travaux préparatoires d'un texte législatif. Cette règle, énoncée pour la première fois en Angleterre à la fin du XVIII^{e} siècle, a – au fil des ans – reposé sur diverses considérations[310]. À l'origine, elle était tout simplement due au fait que la publication des débats parlementaires était interdite. On l'a aussi considérée nécessaire afin d'assurer la prévisibilité des règles juridiques, que pourrait mettre en péril le recours aux débats parlementaires en déjouant l'attente raisonnable du justiciable s'étant uniquement fié au texte de la loi. Enfin, on l'a justifiée en invoquant des considérations pratiques : on craignait que l'utilisation des travaux préparatoires ne complexifie indûment le procès et n'engendre des coûts supplémentaires, susceptibles de limiter inutilement l'accès aux tribunaux judiciaires. S'il est vrai que les juges canadiens semblent aujourd'hui avoir bel et bien abandonné cette règle[311], elle était toujours en vigueur à l'époque des réformes

---

[309] Voir notamment *infra*, n° 235 et suiv.

[310] Dans *Millar* c. *Taylor*, (1769) 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201. Sur les fondments de cette règle, voir en particulier P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^{e} éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 538 et suiv.; S. Beaulac, « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation : A Question of Admissibility or Weight ? », (1998) 43 R.D. McGill 287 à la p. 313 et suiv.

[311] Voir, en ce sens : S. Beaulac, « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation : A Question of Admissibility or Weight ? », (1998) 43 R.D. McGill 287; S. Beaulac, « Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates », (2000) 63 Sask. L.R. 581.

canadiennes du droit de l'arbitrage commercial international[312]. Une disposition législative expresse était donc nécessaire afin de l'écarter et d'ainsi favoriser l'interprétation harmonieuse des dispositions de la Loi type[313]; il semble beaucoup plus probable que telle ait donc été le véritable objectif que poursuivaient les législatures canadiennes de common law autres que celle de la Colombie-Britannique.

Dans ces circonstances, il serait assez illogique d'interpréter strictement les dispositions interprétatives qu'elles ont adoptées. Il est nettement préférable de conclure qu'elles ne font aucunement obstacle à la reconnaissance d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la CNUDCI, cette question était tout simplement étrangère au véritable objectif poursuivi par ces dispositions.

108. – Une fois qu'on a affirmé l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la Loi type, il faut ensuite réfléchir sérieusement au poids à leur accorder dans le processus interprétatif. Compte tenu de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international servi par la prise en compte des travaux préparatoires, il est clair qu'ils doivent jouer un rôle important; s'ils éclaircissent le sens d'une disposition de la Loi type, on devrait en principe l'interpréter de manière conforme au consensus reflété dans les travaux préparatoires. Mais doivent-ils pour autant jouer, dans de telles circonstances, un rôle *déterminant* dans l'interprétation de la Loi type ? Autrement dit, l'interprète n'est-il *jamais libre* de s'écarter des travaux préparatoires ?

109. – La réponse dépend de l'importance à accorder, dans le processus interprétatif, à l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI. On sera tenté de reconnaître un poids *toujours déterminant* aux travaux préparatoires si l'on considère que l'interprétation de la Loi type – parce qu'elle constitue un instrument d'harmonisation du droit – a comme *ultime* objectif de reconstituer le consensus

---

[312] Voir la seconde édition du traité de P.-A. CÔTÉ (*Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990) à la p. 414 et suiv.

[313] Il est intéressant de constater que les législatures d'autres juridictions de common law ayant choisi de mettre en œuvre la Loi type ont aussi inclus des dispositions interprétatives permettant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la CNUDCI. C'est le cas en Australie (art. 17 de l'*International Arbitration Act 1974*), aux Bermudes (art. 24 de l'*International Conciliation and Arbitration Act, 1993*), en Écosse (art. 66 de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990*), à Hong Kong (art. 2(3) de l'*Arbitration Ordinance*), en Irlande (art. 5(2) de l'*Arbitration (International Commercial) Act 1998*), en Nouvelle-Zélande (art. 3 de l'*Arbitration Act 1996*) ainsi qu'au Zimbabwe (art. 2(3) de l'*Arbitration Act 1996*).

de juin 1985; en revanche, on hésitera à leur accorder un tel poids si, tout en reconnaissant l'importance du sens qu'avaient à l'esprit les rédacteurs de la Loi type, on admet que la découverte de ce sens ne constitue pas l'ultime objectif que doit poursuivre l'interprète. Cette seconde approche est nettement plus satisfaisante sur le plan théorique. L'interprétation de la Loi type ne peut avoir comme ultime objectif de reconstituer le consensus de juin 1985 car l'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international n'est pas une fin en soi, mais uniquement un *moyen* d'atteindre l'ultime objectif réellement poursuivi par la CNUDCI, qui est d'accroître l'efficacité de ce système de justice internationale[314]. L'harmonisation des règles est une condition de l'efficacité du système, certes, mais elle ne peut évidemment pas – à elle seule – la garantir. Ainsi, il est tout à fait possible qu'une solution privilégiée par la CNUDCI, sans qu'elle ait été explicitée dans la Loi type, ne corresponde plus à celle jugée mieux à même d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international au jour où est appelé à se prononcer l'interprète. Lui nier toute faculté de s'écarter du consensus de juin 1985 ignorerait donc l'ultime objectif poursuivi par la CNUDCI et pourrait limiter la capacité de la Loi type d'évoluer, de s'ajuster et de s'adapter aux nouveaux besoins des États et des opérateurs du commerce international[315].

110. – On peut illustrer cette idée – voulant que la reconstitution du consensus de juin 1985 ne doive pas constituer l'ultime objectif de la démarche interprétative – en réexaminant brièvement la principale question soulevée dans l'affaire *Noble China*[316] qui, on l'a vu, concerne la faculté des parties d'écarter conventionnellement le recours en annulation prévu à l'art. 34 de la Loi type. L'interprète appelé à trancher cette question doit se rallier à l'une de deux théories relatives aux limites à la liberté des parties à un arbitrage commercial international émanant de l'ordre juridique étatique. Selon la première théorie, l'ordre public

---

[314] Voir, par ex., la Résolution 40/72 du 11 décembre 1985, notamment reproduite à (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 51, qui énonce que la Loi type « [...] contribue notablement à la création d'un cadre juridique unifié pour le *règlement juste et efficace des différends survenant dans les relations commerciales internationales* » [italiques ajoutés].

[315] Cette proposition paraît tout à fait compatible avec l'approche interprétative que privilégient de manière générale les juges canadiens, puisqu'il serait inexact d'affirmer que la recherche de l'« intention du Législateur » constitue aujourd'hui le *seul* objectif qu'ils poursuivent en interprétant la Loi : P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 18. Par ailleurs, il est intéressant de constater que la High Court of Australia a expressément reconnu que bien qu'il soit aujourd'hui permis, en droit australien, de recourir aux travaux préparatoires afin d'interpréter une loi, l'interprète ne doit pas nécessairement leur accorder un rôle déterminant dans le processus interprétatif : *R.* c. *Bolton; Ex parte Beane*, (1987) 70 A.L.R. 225 aux pp. 227-228.

[316] *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand).

étatique serait non seulement intéressé par la régularité d'une sentence dont la reconnaissance ou l'exécution est recherchée devant les tribunaux du for, il serait également intéressé par la régularité de toute sentence rendue au terme d'un arbitrage dont le siège est situé sur le territoire du for; ainsi, le contrôle judiciaire de la légalité d'une sentence ne pourrait jamais être exclu conventionnellement, qu'il survienne dans le cadre d'une procédure de reconnaissance et d'exécution ou encore d'une procédure d'annulation. Selon la seconde théorie, moins interventionniste, l'ordre public étatique ne saurait être légitimement intéressé qu'à la légalité d'une sentence si – et lorsque – l'on cherche à l'intégrer à l'ordre juridique du for; l'ordre public imposerait donc le contrôle judiciaire dans le cadre d'une procédure d'homologation, mais il se désintéresserait de celui susceptible de survenir dans le cadre d'un recours en annulation, qui devrait donc être soit inexistant, soit supplétif.

L'interprète privilégiant une approche interprétative axée uniquement sur la reconstitution du consensus de juin 1985 conclurait inévitablement au caractère impératif de l'art. 34. En effet, même si le débat sur la « délocalisation » de l'arbitrage commercial international était déjà bien engagé en juin 1985[317], la première théorie était – à l'époque – très largement dominante en droit positif. Seule la Belgique s'en était écartée, par son audacieuse loi du 27 mars 1985[318], puisqu'on sait que le Législateur français l'avait réintroduite après que la Cour d'appel de Paris s'en soit écartée dans son arrêt *Götaverken* du 21 février 1980[319]. On a donc peine à voir comment la seconde théorie – considérée comme très avant-gardiste en 1985 – pourrait être réconciliée avec l'intention qu'ont probablement eue les rédacteurs de la Loi type, un instrument relativement conservateur développé par et pour des États concevant de manière souvent bien différente le rôle de l'ordre public et l'étendue de la liberté des parties engagées dans un processus d'arbitrage conventionnel.

En revanche, l'interprète privilégiant l'approche interprétative plus libérale s'estimera autorisé à vérifier si cette première théorie peut résister à une analyse tenant compte de l'objectif d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI. *A priori*, il la jugera probablement menacée par cette première théorie, puisqu'elle

---

[317] Voir *supra*, n° 7.

[318] Sur cette loi, voir *supra*, note 6.

[319] Paris, 21 février 1980, *General National Maritime Transport Co.* c. *Götaverken*, J.D.I. 1980.660 (note Ph. Fouchard); Rev. arb. 1980.524 (note F.C. Jeantet).

limite la liberté des parties s'agissant de l'organisation de la procédure arbitrale – incluant les voies de recours. Il cherchera donc à vérifier si l'État a un intérêt réellement légitime à réglementer un arbitrage commercial international au seul motif qu'il se déroule sur son territoire. Or, près de vingt ans après l'adoption de la Loi type, l'interprète pourrait sérieusement en douter. La question est intimement liée au débat fondamental portant sur l'incidence de l'ordre juridique du siège sur la validité et l'effet d'une sentence arbitrale et on sait très bien que les théories territorialistes sont aujourd'hui en net recul[320]. Les réformes du droit de l'arbitrage commercial international en Suisse[321], en Suède[322], en Tunisie[323] et en Belgique[324] ont d'ailleurs montré que les législatures étatiques étaient elles-mêmes prêtes à renoncer à réglementer un arbitrage commercial international au seul motif qu'il a son siège sur leur territoire. L'adoption de l'approche interprétative plus libérale permettrait donc à l'interprète de conclure au caractère supplétif de l'art. 34, permettant du coup à la Loi type de s'adapter à l'évolution des idées en matière d'arbitrage commercial international.

3) La prise en compte de la jurisprudence émanant des autres États ayant mis en œuvre la Loi type

111. – L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI implique enfin qu'il doit tenir compte de la jurisprudence émanant des autres États ayant mis en œuvre la Loi type. L'analyse des sources transnationales se rapportant à l'adhésion du Canada à la Convention de New York a révélé l'existence d'un consensus – tout à fait justifié sur le plan théorique – sur la nécessité d'interpréter un traité-loi en tenant compte des

---

[320] Voir surtout : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 3, n° 3.

[321] L'article 192 de la L.D.I.P. permet à des parties non domiciliées en Suisse, n'y résidant pas ou n'y ayant aucune place d'affaires d'exclure par convention expresse et écrite le recours en annulation d'une sentence y ayant été rendue prévu à l'art. 190. Sur l'art. 192 de la L.D.I.P., voir notamment : P. Lalive, J.-F. Poudret et Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989 à la p. 449.

[322] Voir l'art. 51 de la Loi d'arbitrage du 1er avril 1999, qui permet aux parties – dans certaines circonstances – d'exclure conventionnellement le recours en annulation d'une sentence rendue en Suède. Sur cette disposition, voir : S. Jarvin, « La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage », Rev. arb. 2000.27 aux pp. 80-81.

[323] Article 78(6) du Code de l'arbitrage du 26 avril 1993. Sur ce Code, voir : K. Maziou et A. Mezghani, « Le Code tunisien de l'arbitrage », Rev. arb. 1993.521.

[324] Comme il fut mentionné *supra*, note 6, la loi belge du 27 mars 1985 abolit le recours en annulation en matière internationale lorsque le litige ne mettait en cause aucun intérêt belge. La législature belge fit cependant marche arrière en 1998; la loi fut amendée afin de permettre aux parties à un arbitrage commercial international de l'exclure conventionnellement dans certaines circonstances, à l'instar de l'art. 192 de la L.D.I.P. suisse.

interprétations jurisprudentielles émanant des autres États y étant parties[325]; le raisonnement vaut tout autant pour la Loi type puisqu'il n'existe aucun motif pour lequel la souplesse de la Loi type devrait conduire à une conclusion différente. La justification théorique de l'existence d'une telle obligation incombant à l'interprète ne pose donc aucun problème.

112. – D'ailleurs, la CNUDCI a elle-même toujours considéré que la prise en compte des précédents étrangers interprétant la Loi type constitue un aspect essentiel de l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international qu'elle poursuit. Dès 1983, elle a suggéré d'étudier les moyens d'assurer la collecte et la diffusion des sentences et décisions judiciaires se rapportant aux instruments issus de ses travaux[326]. En 1985, une note du secrétariat précisa que l'« uniformité dans l'interprétation des textes juridiques qui visent à assurer l'uniformité du droit est un objectif souhaitable » et que la « distribution sur une large base des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI pourrait elle-même favoriser dans une certaine mesure l'uniformité d'interprétation de ces textes »[327]. Une nouvelle note du secrétariat, publiée en 1988, réitéra l'importance de la prise en compte des précédents étrangers[328] et son point de vue sur cette question fut explicitement partagé par la CNUDCI[329]. Il ne fait donc aucun doute que la prise en compte des précédents émanant des diverses juridictions qui ont adopté la Loi type constitue un aspect crucial de l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI[330].

---

[325] Voir *supra*, n° 73 et suiv.

[326] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session*, (1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 21, n° 137. La suggestion fut reprise en 1984 : *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 23, n° 155. La résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies créant la CNUDCI fait d'ailleurs état de l'importance de recueillir et diffuser les précédents nationaux interprétant les conventions et lois type qu'elle produit (Résolution A.G.N.U. 2205 (XXI), 17 décembre 1966, notamment reproduite à (1968-70) I Annuaire de la CNUDCI 70, section II, par. 8 *d*) et *e*)).

[327] *Diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI et interprétation uniforme de ces textes : note du secrétariat*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 401 à la p. 403, n° 8.

[328] *Rassemblement et diffusion de renseignements sur l'interprétation des textes juridiques de la CNUDCI : note du secrétariat*, (1988) XIX Annuaire de la CNUDCI 142 aux pp. 143-144, n° 6 et suiv.

[329] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt et unième session*, (1988) XIX Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 16, n° 99.

[330] Cela a malheureusement échappé à l'auteur d'une monographie récente sur la Loi type, qui est d'avis que l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI ne justifiait qu'une prise en compte des travaux préparatoires : P. Binder, *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell, 2000 à la p. 7.

113. – Cependant, si les travaux de l'ICCA et de A.J. VAN DEN BERG contribuent grandement à faciliter l'accès aux précédents se rapportant à la Convention de New York[331], l'accès à ceux se rapportant à la Loi type s'avère beaucoup plus problématique, car le système de collecte et de diffusion des précédents mis sur pied par la CNUDCI, en plus d'être d'une utilité assez limitée, n'est à l'heure actuelle pas suffisamment fiable.

114. – Ce système n'a vu le jour qu'en 1993. Après avoir considéré puis rejeté l'idée de publier des recueils de jurisprudence selon la méthode anglo-saxonne[332] – incluant, pour chaque décision, une liste de mots-clés, un résumé et le texte intégral –, la CNUDCI a choisi de ne publier que des sommaires, dans les six langues officielles, de la jurisprudence émanant des États ayant adopté les divers instruments à vocation normative qu'elle a élaborés[333]. Ce système vise à « promouvoir la diffusion internationale des textes juridiques élaborés ou adoptés par la Commission, permettre aux juges, arbitres, juristes, parties à des opérations commerciales et autres personnes intéressées de tenir compte des décisions et sentences liées à ces textes lorsqu'ils traitent de questions relevant de leur domaine de responsabilités et promouvoir une application et une interprétation uniformes de ces textes »[334]. Des correspondants nationaux, désignés par chaque État intéressé, ont la responsabilité de recueillir les décisions pertinentes et d'en préparer les sommaires. Ceux-ci contiennent notamment diverses informations de nature technique, incluant les noms des parties – lorsque disponibles –, la date de la décision, la désignation du tribunal ou du tribunal arbitral, les articles pertinents de l'instrument à vocation normative visé et les sources documentaires. Les résumés des décisions, qui sont très courts puisqu'ils ne doivent en principe pas dépasser une demi-page, ont été préparés en fonction du modeste objectif que s'est fixée la CNUDCI : « [...] donner au lecteur suffisamment de renseignements pour lui permettre de décider s'il lui serait utile d'obtenir le texte intégral de la décision ou sentence arbitrale »[335]. Le système n'a pas été conçu de manière à ce que l'on puisse s'en tenir exclusivement aux sommaires

---

[331] Voir *supra*, n° 82.

[332] *Rassemblement et diffusion de renseignements sur l'interprétation des textes juridiques de la CNUDCI : note du secrétariat*, (1988) XIX Annuaire de la CNUDCI 142 à la p. 145, n° 19.

[333] Les rapports préparés par la CNUDCI sont disponibles sur internet à l'adresse suivante : http://www.uncitral.org/fr-index.htm; ils sont aussi publiés, depuis 1994, dans le *Yearbook Commercial Arbitration* de l'ICCA.

[334] *Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI – Guide de l'utilisateur*, (1993) XXIV Annuaire de la CNUDCI 319 à la p. 319, n° 2.

[335] *Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI – Guide de l'utilisateur*, (1993) XXIV Annuaire de la CNUDCI 319 à la p. 320, n° 16.

émanant de la CNUDCI. Son utilité est donc, de prime abord, assez limitée car s'il s'attaque à la première grande difficulté que présente la prise en compte de la jurisprudence étrangère – l'accès, envisagé de manière strictement matérielle, aux décisions pertinentes –, il n'aplanit aucunement la seconde, due au fait que l'interprète ne peut avoir directement accès au contenu d'une décision rédigée dans une langue qu'il ne connaît pas[336].

115. – L'interprète peut obtenir copie du texte intégral des décisions rapportées auprès du secrétariat de la CNUDCI. Il peut aussi consulter directement les sources indiquées dans les sommaires publiés par la CNUDCI. À cet égard, il faut cependant souligner que le système laisse parfois à désirer. Certaines des informations qu'on y trouve sont carrément erronées. Par exemple, le résumé de l'important arrêt rendu par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'affaire *Quintette Coal Inc.* c. *Nippon Steel Corp.*[337] renvoie par erreur le lecteur à un volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada, sans numéro de page[338]; ce n'est qu'avec un peu de chance qu'il repérera peut-être la correction qui fut subséquemment publiée[339]. De plus, les résumés de certaines décisions canadiennes[340] et de Hong Kong[341] indiquent à tort qu'elles n'ont jamais été publiées. Aussi, les résumés publiés par la CNUDCI sont parfois incomplets, les correspondants nationaux ayant négligé d'inclure des références aux publications contenant le texte intégral des décisions rapportées[342]. On se demande enfin pourquoi certaines décisions ont été rapportées

---

[336] Sur le fait qu'il s'agit des deux principaux obstacles à la prise en compte de la jurisprudence étrangère, voir notamment : F. Ferrari, « Applying the CISG in a Truly Uniform Manner : *Tribunale di Vigevano* (Italy), 12 July 2000 », [2001] R.D.U. 203 à la p. 206; F. Ferrari, « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », R.I.D.C. 1996.813 à la p. 831 et suiv.

[337] *Quintette Coal Inc.* c. *Nippon Steel Corp.*, (1990) 47 B.C.L.R. (2d) 201; CLOUT #16 (B.C. C.A.).

[338] Ce volume des rapports de la Cour suprême du Canada fait seulement état, à la p. X, de sa décision refusant que soit porté en appel l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Colombie-Britannique.

[339] *Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI*, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, 4 novembre 1996 à la p. 15 (http://www.uncitral.org/french/clout/abstract/abstract2-f.htm).

[340] Voir, par ex. : *Bab Systems Inc.* c. *McLurg*, CLOUT #118, dont le texte intégral est disponible sur la base de données Quicklaw ([1994] O.J. (Quicklaw) No. 3029); *Siderurgica Mendes Junior, S.A.* c. *Ice Pearl (The)*, CLOUT #178, dont le texte intégral fut publié à [1996] 6 W.W.R. 411 et (1996) 18 B.C.L.R. (3d) 182; *Traff* c. *Evancic*, CLOUT #180, dont le texte intégral fut publié à (1995) 15 B.C.L.R. (3d) 85.

[341] *China Ocean Shipping Co* c. *Mitrans Maritime Panama SA*, CLOUT #59, dont le texte intégral fut publié à [1994] 2 H.K.C. 614 (H.C. H.K.); *Nassetti Ettore Spa* c. *Lawton Development Limited*, CLOUT #129 (H.C. H.K.), dont le texte intégral est disponible sur la base de données LEXIS (1996 HCKU LEXIS 289).

[342] Voir par ex. les décisions canadiennes suivantes : *Rio Algom Ltd.* c. *Sammi Steel Co.* (CLOUT #18), dont le texte intégral fut publié à (1991) 47 C.P.C. (2d) 251 (C. Ont. (Div. Gén.)); *BWV Investments Ltd.* c. *Saskferco Products Inc.*, CLOUT #28, dont le texte intégral fut publié dans au moins quatre recueils jurisprudentiels canadiens : [1993] 4 W.W.R. 553; (1993) 108 Sask. R. 280; (1993) 6 C.L.R. (2d) 201; (1993) 14 C.P.C. (3d) (Sask. Q.B.); *Miramichi Pulp and Paper Inc.* c. *Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd.*,

deux fois, sans qu'aucune explication soit fournie au lecteur[343].

116. – Ce manque de rigueur n'est évidemment pas catastrophique, mais il suscite néanmoins certaines inquiétudes sur la qualité d'autres aspects des sommaires publiés par la CNUDCI. Une question vient d'ailleurs tout de suite à l'esprit : peut-on réellement se fier aux résumés des décisions rapportées ? De l'aveu même de la CNUDCI, il semble que ce ne soit pas une très bonne idée. En effet, la Commission a reconnu en 1999 – dans des termes particulièrement tranchants – que le système mis en place six ans plus tôt n'était pas totalement fiable, car « les contributions des correspondants nationaux étaient très inégales, pour ce qui est tant de l'ampleur des rapports que de la qualité des résumés établis »[344]. Il fut par ailleurs constaté que plus de la moitié des juridictions étant devenues parties à une convention de la CNUDCI ou ayant mis en œuvre l'une de ses lois type n'avaient pas encore de correspondant national[345].

117. – S'il faut donc que l'interprète soit sur ses gardes lorsqu'il consulte les résumés publiés par la CNUDCI, on peut se demander s'il constituent néanmoins une source à laquelle il peut se fier simplement afin de *repérer* les précédents étrangers portant sur l'interprétation de la Loi type. Malheureusement, le système mis sur pied par la CNUDCI s'avère, là aussi, chancelant. On constate en effet que la liste des décisions canadiennes rapportées est loin d'être exhaustive[346], les rapports publiés par la CNUDCI omettant même

---

CLOUT #34, dont le texte intégral fut publié à (1992) 58 F.T.R. 81; *Delphi Petroleum Inc.* c. *Derin Shipping and Training Ltd.*, CLOUT #68, dont le texte intégral fut publié à (1993) 73 F.T.R. 241 et (1993) 24 Admin L.R. (2d) 94; *Onex Corp.* c. *Ball Corp.*, CLOUT #69, dont le texte intégral fut publié à (1994) 12 B.L.R. (2d) 151 (note R.B. Potter).

[343] *Deco Automotive Inc.* c. *G.P.A. Gesellschaft Fur Pressenautomation MbH*, (1995) 1(1) M.A.L.Q.R. 126; [1989] O.J. (Quicklaw) No. 1805; CLOUT #13 et #383 (C. dist. Ont.); *Automatic Systems Inc.* c. *Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 257; CLOUT #73 et #183 (C.A. Ont.); *Continental Resources Inc.* c. *East Asiatic Co. (Canada)*, (1996) 2(2) M.A.L.Q.R. 64; [1994] A.C.F. (Quicklaw) No. 440; CLOUT #72 et #184 (C.F. 1ère inst.); *Kanto Yakin Kogyo Kabushiki Kaisha* c. *Can. Eng. Manufacturing Ltd.*, (1992) 7 O.R. (3d) 779; (C. Ont. (Div. Gén.)); (1995) 22 O.R. (3d) 576; CLOUT #29 et #369 (C.A. Ont.); *Murmansk Trawl Fleet* c. *Bimman Realty Inc.*, [1994] O.J. (Quicklaw) No. 3018; CLOUT #117 et #385 (C. Ont. (Div. Gén.)).

[344] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session*, (1999) XXX Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 44, n° 387.

[345] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-deuxième session*, (1999) XXX Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 44, n° 388.

[346] Par ex., les décisions suivantes – appliquant ou interprétant les lois canadiens de mise en œuvre de la Loi type – n'ont jusqu'à présent pas été rapportées : *Boart Sweden Ab* c. *Nya Stromnes Ab*, (1988) 41 B.L.R. 295; (C. sup. Ont. (H.C.J.)); *Petro-Canada* c. *Beattie*, [1992] A.J. (Quicklaw) No. 168 (Alta. C.A.); *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (Alta. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée); *Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd.* c. *P.U.M.A. s.r.*, (1998)

de faire état du seul arrêt rendu jusqu'à présent par la Cour suprême du Canada sur l'interprétation d'une loi canadienne de mise en œuvre de la Loi type[347]. De plus, les rapports publiés par la CNUDCI ne font état d'aucun précédent émanant de l'Australie, où la Loi type est en vigueur depuis 1989[348], alors qu'une recherche sommaire sur la base de données LEXIS permet de retracer plusieurs décisions l'interprétant ou l'appliquant[349]. Les précédents émanant de Hong Kong semblent avoir été rapportés de manière régulière initialement, mais les rapports préparés par la CNUDCI ne font état que de quelques décisions datant d'après avril 1996 alors que – là encore – une recherche sommaire sur LEXIS permet d'identifier plusieurs décisions qui méritent d'être rapportées[350].

118. – On peut donc exprimer certaines réserves à propos de la récente suggestion du Secrétariat de la CNUDCI d'envisager la préparation d'un recueil analytique des décisions

---

21 C.P.C. (4th) 267; (C. Ont. (Div. Gén.)); *Dalimpex* c. *Janicki*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 1737 (C.S.J. Ont.); *Ferguson Brothers of St. Thomas* c. *Manyan Inc.*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 1887 (C.S.J. Ont.); *OEMSDF Inc.* c. *Europe Israel Ltd.*, (1999) 42 C.P.C. (4th) 229 (C.S.J. Ont.); *Zeldin* c. *Goldis*, [2000] O.J. (Quicklaw) No. 3001 (C.S.J. Ont.); *Cangene Corp.* c. *Otapharma AG*, (2000) 147 Man. R. (2d) 228 (Man. Q.B.); *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (C.S.J. Ont.) (note F. Bachand); *Ocean Fisheries Ltd.* c. *Pacific Coast Fisherman's Mutual Marine Co.*, [1998] 1 C.F. 586 (C.A. Féd.); *Thyssen Canada Ltd.* c. *Mariana Maritime S.A.*, [2000] 3 C.F. 398 (C.A. Féd.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée); *Turnbridge (c.o.b. Turnbridge & Turnbridge)* c. *Cansel Survey Equipment (Canada) Ltd.*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) No. 333 (B.C. S.C.); *Cecrop Co.* c. *Kinetic Sciences Inc.*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) No. 690 (B.C. S.C.).

[347] *Burlington Northern Railroad* c. *Canadian National Railway*, [1997] 1 R.C.S. 5, accueillant séance tenante l'appel d'un arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique publié à (1995) 7 B.C.L.R. (3d) 80.

[348] Sur la mise en œuvre de la Loi type en Australie, voir notamment : C. Croft, « Australia Adopts the UNCITRAL Model Law », (1989) 5 Arb. Int. 189.

[349] Voir, par ex. : *Conagra International Fertiliser Co.* c. *Lief Investments Pty Ltd.*, 1997 LEXIS NSW 1277 (S.C. N.S.W.); *Construction Diving Services (Qld) Pty Ltd.* c. *van Oord ACZ BV*, 12 juin 1998, Supreme Court of Victoria, #4936 of 1998, BC9803045, Gillard J.; *Hi-Fert Pty Ltd.* c. *Kiukiang Maritime Carriers Inc.*, (1998) 155 A.L.R. 94 (F.C.Aust.); *Raguz* c. *Sullivan*, 2000 NSW LEXIS 265 (S.C. N.S.W.(C.A.)); *Recyclers of Australia Pty Ltd.* c. *Hettinga Equipment Inc.*, [2000] F.C.A. 547.

[350] Voir, par ex. : *Zhong You (China) Design Co. (Wholly Owned by Toppan Group Ltd.)* c. *Fuyuan Landmark (Shenzhen) Ltd.*, [1996] 2 H.K.C. 342 (H.C. H.K.); *Fustar Chemicals Ltd.* c. *Sinochem Liaoning Hong Kong Ltd.*, [1996] 2 H.K.C. 407 (H.C. H.K.); *Nanhai West Shipping Co.* c. *Hong Kong United Dockyards Ltd.*, [1996] 2 H.K.C. 639 (H.C. H.K.); *Louis Dreyfus Trading Ltd.* c. *Bonarich International (Group) Ltd.*, [1997] 3 H.K.C. 597 (H.C. H.K.); *NG Fung Hong Ltd.* c. *ABC*, [1998] 1 H.K.C. 213 (H.C. H.K.); *Dongnama Shipping Co. Ltd.* c. *The Owners and/or Demise Charterers of the Ship or Vessel « Halla Liberty »* c. *Donghwa Leasing Co. Ltd.*, 1998 HKCU LEXIS 1269 (H.C. H.K.) *Westco Airconditioning Ltd.* c. *Sui Chong Construction & Engineering Co. Ltd.*, [1998] 1 H.K.C. 254 (H.C. H.K.); *Sun Fook Kong (Civil) Limited* c. *Wellead Construction & Engineering Co. Ltd.*, 1999 HKCU LEXIS 377 (H.C. H.K.); *Hanjin Shipping Co. Ltd.* c. *Grand King Shipping Ltd.*, [1999] 2 H.K.C. 423 (H.C. H.K.). Les problèmes relevés ne semblent pas concerner uniquement la jurisprudence se rapportant à la Loi type : les rapports préparés par la CNUDCI font état, à l'heure actuelle, de moins de quatre cents décisions interprétant ou appliquant la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise*, A.G.N.U Doc. A/Conf.97.18, alors que la base de données mise sur pied par Pace University School of Law – accessible gratuitement via l'internet (http://www.cisg.law.pace.edu) – en rapporte près d'un millier tout en précisant qu'il en existe probablement plus du double.

interprétant ou appliquant la Loi type[351]. Chacune de ces dispositions serait commentée afin de fournir des renseignements sur les tendances – convergentes ou divergentes – se dégageant de la jurisprudence rapportée. La Commission s'est montrée particulièrement intéressée à ce qu'un tel recueil soit préparé s'agissant de la jurisprudence se rapportant à la Convention de Vienne[352], mais elle n'a pas encore décidé si elle en ferait de même en ce qui a trait aux précédents se rapportant à la Loi type. Avant d'envisager la préparation de commentaires analytiques de ces précédents, il serait beaucoup plus sage d'en améliorer la cueillette, car il serait malheureux que la méconnaissance de certaines décisions fausse les conclusions que tireraient éventuellement les auteurs de ces commentaires.

Conclusion du Chapitre I

119. – On se contentera, pour l'instant, de résumer les principales conclusions auxquelles l'analyse qui précède a mené, en reportant l'analyse plus approfondie au terme du Titre I. D'abord, on a pu constater l'incapacité des théories classiques de l'interprétation juridique, et de la théorie dualiste s'y rattachant, à rendre correctement compte de l'influence susceptible d'être exercée par des faits normatifs émanant de l'ordre juridique interétatique sur l'interprétation des conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. La responsabilité incombant aux juges de promouvoir le respect de la primauté du droit international public dans les relations internationales justifie pleinement l'obligation leur incombant de tenir compte très sérieusement, ce faisant, des obligations du Canada découlant de la Convention de New York. On ne saurait s'y opposer au motif qu'elle menacerait la souveraineté des législatures canadiennes et, incidemment, le principe démocratique, puisqu'elle semble au contraire en parfaite harmonie avec les vœux que celles-ci ont exprimés lors des réformes de l'arbitrage commercial international ayant eu lieu durant les années 80.

Par ailleurs, la spécificité de la norme interétatique et de l'ordre juridique auquel elle appartient nécessite qu'elle soit interprétée, comme le reconnaissent de manière tout à fait

---

[351] *Interprétation uniforme des textes de la CNUDCI : spécimen de recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente de marchandise (Vienne, 1980) – Note du secrétariat*, 26 avril 2001, A/cn.9/948 aux pp. 2-3, n° 5.

[352] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session*, , A/56/17 à la p. 80, n° 395.

opportune les juges canadiens, en tenant compte des directives interprétatives propres à l'ordre juridique interétatique. L'adhésion du Canada à la Convention de New York a donc entraîné l'intégration, dans les ordres juridiques canadiens, de plusieurs faits normatifs transnationaux visés par ces directives interprétatives – texte de la Convention de New York, but de celle-ci, lois d'arbitrage et jurisprudence émanant des autres États y étant parties –, susceptibles de limiter la marge de manœuvre de l'interprète.

120. – On a aussi pu constater que la décision des législatures canadiennes de participer à l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI a accru l'intégration dans les ordres juridiques canadiens de faits normatifs susceptibles d'influencer l'interprétation des conditions de l'intervention du juge canadien. En plus d'avoir à tenir compte du texte de la Loi type, tout en le faisant d'une perspective transnationale, l'interprète doit – parce qu'il doit tenir compte du but de la loi en l'interprétant – tenir compte des travaux préparatoires de la Loi type ainsi que de la jurisprudence émanant des autres juridictions participant à l'initiative de la CNUDCI.

121. – Autrement dit, l'interprétation des conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international a notamment comme *objectifs* d'assurer le respect des obligations incombant au Canada au terme de la Convention de New York et de favoriser le rapprochement des droits des juridictions ayant adopté ou adapté la Loi type. On va maintenant en découvrir un troisième, auquel se rattache une autre catégorie de faits normatifs transnationaux susceptible d'influencer les conditions de son intervention : les principes généraux de l'arbitrage commercial international.

Chapitre II. Les principes généraux de l'arbitrage commercial international

122. – L'interprète appelé à préciser les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international doit non seulement tenir compte de faits normatifs se rapportant à la participation du Canada à des initiatives d'harmonisation du droit, il doit également tenir compte des principes généraux qui sous-tendent ce système de justice internationale, qui revêtent – eux aussi – un caractère transnational.

123. – Cette proposition peut – du moins en partie – paraître assez banale pour un juriste œuvrant dans un pays de tradition civiliste, comme la France, où l'effet normatif des principes généraux du droit dans l'ordre juridique interne est aujourd'hui pratiquement acquis. Elle l'est beaucoup moins au Canada. Jusqu'à présent, les principes généraux n'ont pas fait l'objet de développements doctrinaux substantiels adoptant une perspective principalement canadienne et l'idée selon laquelle l'interprète *doit* tenir compte des principes généraux en précisant le sens des règles juridiques ne va pas soi, surtout pour les *common lawyers*. Néanmoins, la notion de principes généraux a évolué de manière très importante dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, à un point tel que l'on peut affirmer l'existence d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte des principes généraux de l'arbitrage commercial international (Section I). Il faudra ensuite expliquer pourquoi les principes généraux de l'arbitrage commercial international revêtent un caractère transnational et préciser les incidences concrètes de cette caractéristique sur la tâche de l'interprète (Section II).

Section I. L'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des principes généraux de l'arbitrage commercial international

124. – On utilise souvent le mot « principes » et même l'expression « principes généraux » afin de désigner des propositions normatives qui, bien qu'elles fassent partie de l'ordre juridique positif, ne présentent aucune spécificité puisqu'elles se confondent en réalité avec les règles se rapportant à un domaine donné. On trouve un exemple d'une telle utilisation de l'expression « principes généraux » à l'art. 1584, al. 3 du Code civil français, qui prévoit que « l'effet de la vente est réglé par les principes généraux des conventions »;

comme l'a relevé J. BOULANGER dans son étude classique sur les principes généraux du droit, les principes visés par cette disposition ne forment pas une catégorie juridique réellement distincte des règles applicables aux contrats, « l'appel aux principes n'[étant] que le moyen de simplifier la référence que l'on donne à des règles juridiques »[353]. Très souvent, la doctrine utilise de cette manière le mot « principes » et l'expression « principes généraux »[354]; la Cour suprême du Canada fait elle aussi, à l'occasion, un tel usage de la notion de principes ou de principes généraux[355].

125. – Or, les principes généraux sont ici entendus dans un sens tout autre. Ils forment une catégorie autonome et se distinguent des règles juridiques car ils constituent les *propositions premières ou fondamentales* d'un ordre juridique ou d'une matière particulière, propositions qui *sous-tendent les règles positives* appelées à former la majeure du syllogisme juridique et qui en constitueront des applications ou des exceptions[356]. Cette définition se rapproche davantage de l'étymologie du mot « principe », qui provient des mots latins *principium* et *princeps*, tous deux formés de *primo* – premier – et de caps – prendre : « [l]e *princeps* est celui qui *prend* la première place, la première part, le premier rang [...l]e

---

[353] J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à George Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 51 à la p. 55, n° 4. Voir aussi, en ce sens : G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, « Introduction générale à l'étude du droit », 2e éd., Paris, Sirey, 1972 à la p. 232, n° 125. On trouve un autre exemple d'une telle utilisation du mot « principes » à l'art. 2352 du C.c.Q.

[354] Voir par ex. : P. Béliveau et M. Vauclair, *Principes de preuve et de procédure pénales*, 5e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1998; B. Ziff, *Principles of Property Law*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 2000; P.W. Hogg, J.E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 1999; D.P. Jones et A.S. de Villars, *Principles of Administratve Law*, 3e éd., Scarborough, Carswell, 1999.

[355] Voir par ex. : *Keneric Tractor Sales Ltd.* c. *Langille* [1987] 2 R.C.S. 440; *Colombie-Britannique* c. *Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Le dictionnaire préparé par le Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec (*Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 à la p. 449) rend bien compte de cette réalité en précisant que le mot « principes » vise parfois tout simplement un « [e]nsemble de règles juridiques ».

[356] Voir, dans cet esprit : J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à George Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 51 aux pp. 56-57, nos 5-6; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 91, n° 75; M. Virally, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », dans *Recueil d'Études en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de Genève, 1968, p. 531 aux pp. 533-534; Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 à la p. 449, définissant les principes généraux comme les « [p]réceptes juridiques fondamentaux qui traduisent les valeurs essentielles d'un système de droit »; D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992 aux pp. 58-61, nos 64-71; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 aux pp. 123-124, n° 231; voir aussi à la p. 130 et suiv., n° 240 et suiv.

principium est le commencement »[357]. Contrairement à la règle juridique, qui est générale en ce qu'elle vise un nombre indéterminé d'actes ou de faits, le principe est général en ce qu'il comporte, pour reprendre la célèbre distinction que l'on doit à J. BOULANGER, une série indéfinie d'applications[358]. Comme l'a souligné R. DWORKIN – qui a lui aussi contribué de manière importante à la mise en évidence de la spécificité des principes généraux, si bien que plusieurs de ses plus ardentes critiques reconnaissent que sa conception des principes généraux est dominante dans la méthodologie juridique contemporaine[359] –, la principale différence entre les règles et les principes est une distinction logique.

Les deux types de normes guideront l'interprète vers un résultat donné, mais pas de la même manière. Si une règle s'avère applicable à une situation juridique donnée, elle conduira vers une solution précise, que le juge devra adopter; si elle ne l'est pas, elle ne contribuera aucunement, du moins pas directement, à sa décision : « [r]ules are applicable in an all-or-nothing fashion ». Si le juge, en s'appuyant sur l'art. 2923 du C.c.Q., constate l'existence d'une règle selon laquelle l'action pour atteinte à la réputation se prescrit par un an et constate – après avoir étudié son domaine d'application en considérant notamment des possibles exceptions – son applicabilité à l'action dont il est saisi, il doit débouter le demandeur qui n'a pas agi dans les délais. Le juge ne peut pas, après avoir constaté l'applicabilité d'une règle donnée, refuser de l'appliquer. S'il refuse de rejeter l'action au motif que le demandeur n'a pu agir en justice dans les délais parce qu'il était, par exemple, dans l'impossibilité d'agir, il n'a pas réellement refusé de donner effet à une règle applicable; il a tout simplement constaté qu'elle était inapplicable en raison d'une exception et donc

---

[357] P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999 à la p. 3, n° 2 [italiques dans l'original]. Voir aussi, en ce sens : R. Rodière, « Les principes généraux du droit privé français », R.I.D.C. (numéro spécial, 1980, vol. 2) 309 aux pp. 309-310, n° 2; D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992 à la p. 59, n^{os} 65-66; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 à la p. 123, n° 230.

[358] J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à George Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 51 à la p. 56. Le critère qu'a proposé J. BOULANGER est largement accepté en doctrine (voir par ex. : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^{e} éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 91, n° 75; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^{e} éd., Paris, L.G.D.J., 1994 à la p. 462, n° 492; L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude du droit international privé de la famille*, pr. Y. Lequette, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 52, n° 72). Pour un examen critique du critère de généralité s'agissant des principes de droit privé français, voir : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999 à la p. 276 et suiv., n° 313 et suiv.

[359] Voir par ex. : L. Alexander et K. Kress, « Against Legal Principles », (1997) 82 Iowa L. Rev. 739 à la p. 751.

refusé d'en tenir compte. En revanche, l'énoncé d'un principe général ne contient pas, contrairement à celui d'une règle, toutes les conséquences juridiques susceptibles d'en découler lorsqu'il est applicable à une situation juridique particulière; ce sont les règles qui les préciseront[360]. R. DWORKIN convient tout de même, avec raison, que la distinction entre règles et principes peut parfois être difficile à établir. Mais cette difficulté ne doit tout de même pas faire obstacle à la reconnaissance de leur spécificité[361].

126. – Ainsi conçus, on comprend facilement que, comme l'a remarqué P. WEIL, les principes généraux sont non seulement susceptibles de dominer *tout ordre juridique*, mais aussi, « à l'intérieur de chaque ordre juridique donné, *chaque discipline juridique*, voire *chaque matière ou ensemble un tant soit peu spécifique* »[362]. Il n'est pas non plus surprenant de constater que la spécificité des principes généraux est aujourd'hui largement reconnue en droit comparé. Par exemple, l'ordre juridique interétatique est incontestablement dominé par de tels principes[363], comme l'est aussi l'ordre juridique européen[364]. On trouve une

---

[360] Cette idée du rapport entre règles et principes fait est partagée par de nombreux auteurs. Voir par ex. : B. Vitanyi, « La signification de la 'généralité' des principes de droit », R.G.D.I.P. 1976.535 à la p. 537; G. Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », R.C.A.D.I. 1933.44.565 à la p. 575; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 aux pp. 231-232; *Black's Law Dictionary*, 6e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1990 à la p. 1193, définissant le *principle* notamment de la manière suivante : « a comprehensive doctrine or rule which furnishes a basis of origin for others ».

[361] R.M. Dworkin, « The Model of Rules », (1967) 35 U. Chi. L. Rev. 14 à la p. 22 et suiv.; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977 aux pp. 22 et suiv., 71 et suiv. et 90 et suiv.

[362] P. Weil, « Principes généraux du droit et contrats d'État », dans *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, p. 387 à la p. 400 [italiques ajoutés]. Voir B. Oppetit, « Les principes généraux en droit international privé », Arch. de phil. dr. 1987.179 à la p. 185.

[363] Sur le rôle que jouent les principes généraux dans l'ordre juridique interétatique, voir notamment : A. Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », R.C.A.D.I. 1935.52.195; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons, 1953; M. Virally, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », dans *Recueil d'Études en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de Genève, 1968, p. 531; A. Blondel, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de Justice », dans *Recueil d'Études en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968, p. 201 aux pp. 204-210; P. Weil, « Principes généraux du droit et contrats d'État », dans *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, p. 387 à la p. 400; H. Thirlway, « The Law and Practice of the International Court of Justice 1960-1989 – Part Two », (1990) 61 B.Y.I.L. 110; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 à la p. 44, n° 71, et à la p. 49, n° 78; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1995 à la p. 261, n° 328; M.N. Shaw, *International Law*, 4e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997 à la p. 77 et suiv.; N.Q. Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 351, n° 225 et suiv.

[364] L'auteur d'une thèse consacrée aux principes généraux sous-tendant l'ordre juridique communautaire a répertorié plus de 1200 décisions de la Cour européenne de Justice et du Tribunal de première instance faisant référence à des « principes généraux du droit communautaire », des « principes de droit généralement reconnus », des « principes généraux communs aux États membres » ou encore à des principes qualifiés de

confirmation additionnelle de l'existence de principes généraux communs à plusieurs ordres juridiques étatiques dans des sentences rendues par des arbitres du commerce international[365]. Ceux-ci tranchent le fond de litiges en appliquant des principes généraux faisant l'objet d'un large consensus à l'échelle mondiale, soit parce qu'ils ont été expressément désignés par les parties – ce qui demeure tout de même assez rare[366] –, soit parce qu'ils ont été désignés par les arbitres en l'absence de choix des parties quant aux règles applicables au fond du différend[367]. L'autonomie des principes généraux est par ailleurs reconnue ouvertement dans de très nombreux pays de tradition civiliste, y compris la France, l'Italie, la Belgique, le Portugal la Suisse et l'Espagne[368]. Ils jouent aussi un rôle important dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne, où les juges y font fréquemment appel afin d'interpréter une règle de common law ou une disposition législative, ou encore dans les matières relevant de l'*equity*[369].

« fondamentaux » ou « essentiels » : R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit en droit communautaire – Origines et concrétisation*, Athènes, Sakkoulas, 1996 à la p. 14. Voir aussi : P. Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », R.I.D.C. 1980.337; D. Simon, « Y'a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », Droits 1991.72.

[365] Voir notamment : M. Mustill, « The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-Five Years », (1988) 4 Arb. Int. 86; « Note : General Principles of Law in International Commercial Arbitration », (1988) 101 Harv. L. Rev. 1816; Ph. Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », J.D.I. 1989.305; E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », dans *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, pr. É. Loquin, Paris, L.G.D.J., 1992; E. Gaillard, « Trente ans de Lex Mercatoria – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995.7.

[366] Par ex., une récente étude précise que sur 1228 affaires récemment soumises à la CCI, les parties avaient consenti à ce que les arbitres tranchent le litige en fonction des principes généraux du droit dans seulement 2.5% des cas : E. Jolivet, « La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria* », Gaz. Pal., Rec. bim. 2001.36.

[367] Pour des ex., voir : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 821 et suiv., n° 1464 et suiv.; H.A. Grigera Naón, « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », R.C.A.D.I. 2001.289.9 aux pp. 232-239.

[368] Voir, par ex. : B. Oppetit, « Les 'principes généraux' dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Cah. dr. ent. 1989.14; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 86, n° 69; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 102, n° 90; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 à la p. 64 et suiv., n° 107 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 aux pp. 459-461, n° 491; M. van Hoecke, « The Use of Unwritten Legal Principles by Courts », (1995) 8 Ratio Juris 248; P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2000 à la p. 280, n° 253

[369] Voir, par ex. : N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 à la p. 231, exprimant son accord avec R. POUND et R. DWORKIN sur le fait que « arguments from legal principle play a profoundly important part in legal reasoning »; L.N. Brown, « General Principles of Law and the English Legal System », dans M. Cappelletti, dir., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, Sijthoff,

127. – L'utilisation occasionnelle par le Législateur du mot « principes » et de l'expression « principes généraux » afin de désigner les propositions premières ou fondamentales qui sous-tendent une matière donnée constitue un premier indicateur de leur autonomie dans les ordres juridiques canadiens. Le Législateur évoque parfois l'existence de principes généraux sans toutefois préciser leur contenu; par exemple, la disposition préliminaire du C.c.Q. prévoit que celui-ci régit les personnes, les rapports entre les personnes et les biens « en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit »[370]. Le Législateur précise cependant, à l'occasion, le contenu de certaines propositions qu'il qualifie lui-même de « principes » et qui font incontestablement partie de la catégorie juridique faisant l'objet des présents développements; par exemple, au par. 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*[371], le Parlement fédéral affirme que cette loi « a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication ».

128. – Mais c'est sans aucun doute la jurisprudence qui a le plus contribué, au cours des dernières années, à mettre en évidence la spécificité et l'autonomie des principes généraux en consacrant, dans de nombreuses matières, leur existence même en l'absence de disposition législative les visant expressément. Avant même l'adoption du C.c.Q., la Cour suprême du Canada avait reconnu à plus d'une reprise l'existence de principes généraux sous-tendant le *Code civil du Bas-Canada*, qui n'en faisait pas mention[372]. Elle a aussi reconnu l'existence de principes généraux sous-tendant l'ensemble du droit judiciaire québécois, et ce bien que nulle part dans le C.p.c. trouve-t-on de référence à cette notion[373]. L'omniprésence des

---

1978, p. 174; R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 1991 à la p. 216; R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit en droit communautaire – Origines et concrétisation*, Athènes, Sakkoulas, 1996 à la p. 13.

[370] Italiques ajoutés. Sur cette disposition, voir A.-F. Bisson, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 529. Le *Code civil du Bas-Canada*, en vigueur au Québec de 1866 jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* le 1er janvier 1994, ne contenait aucune disposition similaire. Néanmoins, les Codificateurs avaient expressément reconnu que les dispositions du C.c.B.-C. reposaient sur de tels principes; voir, en ce sens : J.E.C. Brierley, « Quebec's 'Common Laws' (*Droits Communs*) : How Many Are There ? », dans E. Capparos, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 111 à la p. 114 et suiv.

[371] L.R.C. (1985), c. A-1.

[372] Voir en particulier : *Cie Immobilière Viger Ltée* c. *Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67 à la p. 76; *Banque nationale du Canada* c. *Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal* c. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Houle* c. *Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Canadian Indemnity Co.* c. *Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549.

[373] *Lac d'amiante du Québec Ltée* c. *2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743 aux pp. 764-765. Voir aussi l'arrêt *Spar Aerospace Ltée* c. *American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78.

principes généraux dans les ordres juridiques canadiens s'est aussi manifestée dans la jurisprudence de la Cour suprême portant sur des matières aussi diverses que le droit d'auteur[374], le droit privé de common law[375], le droit pénal[376] et le droit constitutionnel[377].

129. – Il n'est donc pas surprenant que, dans l'arrêt très important qu'elle a rendu le 21 mars 2003 dans une affaire *Desputeaux*[378], la Cour suprême du Canada se soit à plus d'une reprise appuyée sur des propositions sous-tendant les règles québécoises de l'arbitrage conventionnel – comme l'interdiction pour le juge saisi d'une demande d'annulation d'une sentence d'examiner le fond du différend, la nécessité de mettre à la disposition des opérateurs commerciaux un système d'arbitrage efficace, l'autonomie de l'arbitrage et la souplesse de la procédure arbitrale – en les qualifiant, à très juste titre, de « principes fondamentaux » de l'arbitrage. On peut assurément voir dans cet arrêt une consécration expresse de l'existence de principes généraux sous-tendant les règles de l'arbitrage commercial international en vigueur au Canada.

130. – Qu'en est-il maintenant du rôle que jouent les principes généraux dans les ordres juridiques canadiens ? On constate qu'ils sont invoqués – comme ailleurs – afin de justifier le sens que les juges donnent à une règle dont ils sont appelés à préciser le sens; ils ont donc des fonctions principalement interprétatives. Les juges auront tendance à préférer l'interprétation conforme à un principe général à celle qui ne l'est pas, ou qui l'est moins[379] :

---

[374] Voir l'arrêt *Théberge* c. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc.*, 2002 CSC 34 au n° 42 et suiv., consacrant l'existence d'un « principe général selon lequel il ne saurait y avoir de violation du droit d'auteur sans reproduction ».

[375] Voir, par ex., l'arrêt *Peel (Municipalité régionale)* c. *Canada*; *Peel (Municipalité régionale)* c. *Ontario*, [1992] 3 R.C.S. 762 à la p. 784, consacrant l'existence d'un principe général condamnant l'enrichissement injustifié et sous-tendant l'ensemble de cette branche particulière de la common law – distincte des *torts* et des *contracts* – que constitue la *restitution*.

[376] Voir, par ex., l'arrêt *Vidéotron Ltée* c. *Industries Microlec Produits électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 à la p. 1078 et suiv., consacrant l'existence d'un principe général de non-contraignabilité de l'accusé dans toute procédure pénale.

[377] Voir, en particulier les arrêts suivants : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

[378] *Desputeaux* c. *Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand).

[379] Par ex., s'agissant de l'usage que font les juges canadiens des principes généraux, le P.-A. CÔTÉ note que : « [l]es principes du droit peuvent, dans certains cas, suppléer à l'absence de règles formelles concernant une question précise, mais leur fonction la plus usuelle consiste à orienter l'interprétation, notamment l'interprétation des lois » (P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 à la p. 464). Voir aussi, en ce sens : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 96 et suiv., n° 83 et suiv.; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit*

le principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi a par exemple été invoqué par la Cour suprême du Canada afin de justifier l'existence, en droit québécois, d'une obligation incombant au travailleur de faire preuve de loyauté envers son employeur[380]; le principe de la protection de la vie privée a quant à lui été invoqué afin de justifier la confidentialité des interrogatoires préalables tenus dans le cadre d'instances civiles se déroulant au Québec, question à laquelle le C.p.c. ne s'intéresse pas directement[381]. On pourrait multiplier les exemples, mais il serait inutile de le faire puisque ce point ne suscite aucune controverse. Mais les principes généraux *doivent*-ils être pris en considération par l'interprète même en l'absence d'une disposition législative l'enjoignant à le faire, ou constituent-ils des propositions non juridiques auxquelles il *peut* librement faire appel ?

131. – Bien des juristes seraient probablement réfractaires, à l'instar de H.L.A. HART, à reconnaître qu'il incombe à l'interprète de tenir compte des principes généraux; sans nier que les juges font effectivement appel aux principes dans les cas problématiques – ceux à l'égard desquels les règles préexistantes ne fournissent pas de réponse claire –, ils considèreraient qu'ils le font tout à fait librement. Pourquoi ? Parce que lorsqu'il tranche un tel litige, le juge exercerait nécessairement un pouvoir *discrétionnaire* lui permettant de créer une règle, à l'intérieur des balises posées par les règles préexistantes[382]. Il serait ainsi libre de choisir l'interprétation qui lui semble la plus opportune et sa décision s'assimilerait à un acte de nature quasi législative[383]. Il ne serait pas possible de justifier l'existence d'autres obligations incombant alors à l'interprète, puisque le domaine du juridique serait exclusivement composé des règles préalablement posées de manière conforme aux critères de validité applicables dans l'ordre juridique interrogé[384]. Les principes généraux ne pourraient donc être autre chose que des propositions non juridiques.

---

international privé français, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 à la p. 137, n° 254.

[380] *Banque de Montréal* c. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

[381] *Lac d'amiante du Québec Ltée* c. *2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743.

[382] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 à la p. 132 et suiv; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977 à la p. 31 et suiv.

[383] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 à la p. 249 : « to say that in hard cases judges have strong discretion [comme le suggère H.L.A. Hart] would be to say that 'they can only in a quasi-legislative way choose the decision which seems to them best on whatever grounds they think appropriate to such choices' ».

[384] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977 à la p. 17. Voir aussi R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986 à la p. 115 et suiv.

132. – La négation d'une obligation incombant à l'interprète de tenir compte des principes généraux n'est cependant pas acceptable sur le plan théorique, puisqu'elle méconnaît l'importance que doit revêtir, dans la théorie générale du droit, la recherche de la *cohérence* des règles juridiques. Le fait que l'appel aux principes généraux soit susceptible de guider l'interprète vers des solutions plus cohérentes est incontestable[385] : la prise en compte des propositions premières ou fondamentales d'un ordre juridique ou d'une matière facilite sans aucun doute le développement de solutions plus susceptibles de s'harmoniser avec les autres règles juridiques, qui auront été elles aussi inspirées des mêmes principes. Comme l'a souligné à très juste titre B. OPPETIT, l'appel aux principes généraux s'explique par « un souci de systématisation et de rationalisation du droit » qui découle du « *besoin, si fortement ressenti aujourd'hui par tous les usagers du droit*, d'affirmer par un corps de principes énoncés au-delà d'une légalité et d'une réglementation excessivement contingentes et instables, *la continuité et la cohérence du système juridique* »; l'invocation de plus en plus fréquente des principes généraux serait par ailleurs directement liée au phénomène de l'inflation normative puisqu'elle constituerait « une réponse à la fois à la complexification croissante des sociétés contemporaines et à une aspiration non moins forte à la clarté et la cohérence »[386].

133. – Mais pourquoi doit-on chercher à assurer la cohérence du droit et, plus particulièrement, pourquoi est-il important que les juges soient obligés de tenir compte de cet idéal de cohérence en précisant le sens des règles juridiques ? Parce que cette recherche de la cohérence est susceptible d'accroître la *prévisibilité* et la *stabilité* du droit et, ainsi, de réduire les risques d'exercice arbitraire des pouvoirs publics que cherche à combattre le principe de la primauté du droit (*rule of law*), la pierre angulaire de tout État de droit[387]. Comme l'a

---

[385] Voir notamment, sur ce point : M. Sørensen, « Principes de droit international public – Cours général », R.C.A.D.I. 1960.III.1 à la p. 16; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 à la p. 152 et suiv.; R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 1991 à la p. 215 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 à la p. 465, n° 497; H. Muir Watt, « Les principes généraux en droit international privé français », J.D.I. 1997.403 aux pp. 407-410; L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude du droit international privé de la famille*, pr. Y. Lequette, Paris, L.G.D.J., 2001 aux pp. 65-66, nos 97-98.

[386] B. Oppetit, « Les 'principes généraux' dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Cah. dr. ent. 1989.14 à la p. 16 [italiques ajoutés].

[387] Comme l'a récemment rappelé la Cour suprême du Canada, soulignant l'importance fondamentale de ce principe au Canada : « À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit un rempart aux

souligné F.A. HAYEK au milieu du dernier siècle, la conception moderne de ce principe implique entre autres que le justiciable doit être en mesure de connaître à l'avance, de manière raisonnablement certaine, comment l'État exercera son pouvoir coercitif[388]. Le risque d'arbitraire existe, s'agissant du pouvoir judiciaire, dès lors que l'on prend conscience de l'aspect créateur que comporte toute démarche interprétative; le principe de légalité implique donc que ce pouvoir doit être limité de manière à favoriser la prévisibilité et la stabilité du droit.

En conséquence, on ne peut d'une part reconnaître que la recherche de la cohérence du droit constitue une valeur fondamentale, un besoin *si fortement ressenti par les justiciables*, et de l'autre se contenter d'affirmer qu'il serait simplement *opportun* ou *utile* que les juges tiennent compte, dans l'exercice d'un soi-disant pourvoir *discrétionnaire*, des principes généraux lorsqu'ils élaborent le sens des normes juridiques. Ce n'est pas suffisant : puisque les principes généraux sont des facteurs de prévisibilité et de stabilité du droit[389] – ils apparaissent, comme l'a si justement remarqué P. HAMMJE, comme une « barrière à l'arbitraire du juge »[390] –, susceptibles d'en assurer la cohérence, il faut reconnaître que les juges *doivent* en tenir compte et récuser toute conception de l'interprétation du droit par les juges l'assimilant – même partiellement – à un acte quasi législatif. C'est d'ailleurs ce souci de mettre en lumière la responsabilité incombant aux juges de promouvoir cette valeur fondamentale de cohérence qui a conduit N. MACCORMICK à déplorer le fait que les principes généraux soient pratiquement ignorés dans la théorie positiviste de H.L.A. HART. N. MACCORMICK a rejeté l'idée selon laquelle le juge saisi d'un cas difficile disposerait d'un pouvoir discrétionnaire d'établir, à l'intérieur des balises posées par les règles juridiques préexistantes, le sens d'une règle. Le juge placé dans une telle situation ne serait jamais

---

personnes contre l'arbitraire de l'État » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 257).

[388] F.A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944 à la p. 72 : « [s]tripped of all technicalities, this means that Government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand, rules which make it possible to see with fair certainty how the authority will use its coercitive powers in given circumstances and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge ».

[389] En ce sens, voir : P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 à la p. 245, n° 441, et à la p. 231, n° 417; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 à la p. 465, n° 497.

[390] P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994 à la p. 231, n° 417, et à la p. 234, n° 424. Dans cet esprit, voir aussi : D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992 à la p. 65, n° 80.

totalement libre puisqu'il lui incomberait toujours de chercher à réconcilier le sens qu'il donne à une norme avec un principe général dégagé des règles juridiques en vigueur afin d'en assurer la cohérence[391]; voilà une idée qui mérite d'être approuvée sans réserve.

134. – En raison de l'importance fondamentale que revêt cette valeur de cohérence du droit – ne reconnaît-on pas dans tout État démocratique la nécessité d'assurer la stabilité et la prévisibilité du droit ? –, on comprend maintenant pourquoi les principes généraux occupent une place si importante dans le discours juridique contemporain. La mise en évidence de leur fonction permet également de comprendre que les développements dont ils ont fait l'objet dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ne sont guère surprenants, ni révolutionnaires, d'autant plus que les juges canadiens reconnaissent expressément, depuis longtemps, l'importance d'assurer la cohérence du droit par le biais d'autres directives interprétatives, comme celle visant à assurer la cohérence interne de la loi et celle visant à assurer la cohérence des lois entre elles[392].

135. – Un examen du rôle joué par le principe dans les ordres juridiques canadiens révèle – fort heureusement – que l'on peut affirmer l'existence d'une obligation incombant à l'interprète d'en tenir compte. Même si la question n'a pas souvent été abordée de manière approfondie par les tribunaux canadiens, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada contient de nombreuses affirmations sur le rôle qu'ils jouent, affirmations qui s'avèrent résolument incompatibles avec l'idée selon laquelle ils ne peuvent exercer quelque influence que ce soit sur l'interprète. Par exemple, l'obligation incombant à ce dernier de tenir compte des principes sous-tendant le Code civil québécois fut implicitement affirmée par le juge BEETZ dans un arrêt *Viger*[393]. Si, comme il le souligna, le *droit civil* n'est pas entièrement contenu dans le Code car *en font aussi partie les principes généraux*, ceux-ci ne sauraient – logiquement – exister en marge du droit et relever du domaine extra juridique. Le Législateur québécois semble lui-même avoir adhéré à cette conception des principes généraux en les associant à la *Charte des droits et libertés de la personne* dans la disposition

---

[391] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978 aux pp. 106 et suiv., 152 et suiv., 231 et 249.

[392] Voir par ex. : *R.* c. *Ulybel Entreprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867 à la p. 896.

[393] *Cie Immobilière Viger Ltée* c. *Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67.

préliminaire du C.c.Q.[394]. On peut aussi citer en exemple un arrêt rendu en 1990 dans une affaire d'assurance de responsabilité civile provenant du Québec, dans lequel la Cour affirma qu'en interprétant les règles québécoises s'intéressant aux contrats d'assurance, l'interprète *doit* tenir compte du principe général selon lequel ces contrats reposent sur la bonne foi la plus totale[395], récusant du coup – implicitement, mais très certainement – l'idée voulant que les principes généraux soient extrajuridiques et que les juges puissent y faire appel à leur gré[396].

136. – Il faut enfin s'interroger sur le poids que l'on doit accorder aux principes généraux dans le cadre du processus interprétatif. On a vu qu'on ne pouvait admettre, en raison de l'importance accordée au principe démocratique dans les ordres juridiques canadiens, que bien que le juge ait l'obligation de tenir compte de certains faits normatifs liés à l'adhésion du Canada à la Convention de New York et à l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI, il puisse les invoquer afin de justifier une interprétation ne pouvant raisonnablement s'appuyer sur les mots employés par la Législature; en d'autres mots, si ces faits normatifs peuvent incontestablement être invoqués afin de préciser le sens des mots employés par la Législature, en adoptant une interprétation pouvant raisonnablement s'harmoniser avec ceux-ci, elles ne peuvent l'être *contra legem*. Qu'en est-il cependant des principes généraux de l'arbitrage commercial international susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien ? L'obligation incombant au juge d'en tenir compte trouve-t-elle aussi son ultime limite dans les mots employés par le Législateur ?

137. – La question paraît d'autant plus pertinente qu'un auteur français a récemment avancé, dans une thèse assez audacieuse, que les principes généraux du droit privé occupent

---

[394] Suivant cette disposition, le Code civil régit les personnes, les rapports entre les personnes et les biens « en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit ».

[395] *Canadian Indemnity Co.* c. *Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549 aux pp. 588-589. Voir aussi, tout particulièrement : *Toronto (Ville)* c. *S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63.

[396] L'effet des principes généraux a aussi été reconnu dans sa jurisprudence en matière de droit public, plus particulièrement celle portant sur l'interprétation de la Constitution canadienne : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 845; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 249, où la Cour a affirmé que les principes généraux sous-tendant le droit constitutionnel canadien sont « investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements »); R. Elliott, « Reference, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », (2001) 80 R. du B. can 67.

un rang supérieur à la Loi dans la hiérarchie des sources, et qu'ils peuvent conséquemment être invoqués *contra legem* : l'« action première, *fondamentale* [de ces principes] consiste[rait] à opérer une *négation* des normes composant le droit objectif »[397]. Au terme des développements particulièrement complexes offerts par l'auteur[398], le lecteur reste cependant sur sa faim. Conclure au caractère créateur de l'activité juridictionnelle – une des pierres d'assise de la théorie avancée –, c'est une chose; conclure de ce seul fait que le juge pourrait légitimement écarter la loi, c'en est un autre. L'auteur avance des arguments assez techniques sans jamais réellement aborder l'obstacle à sa thèse – pourtant aussi majeur qu'évident – que constitue le principe démocratique : comment accepter, dans un État démocratique, que des juges non élus puissent détenir et exercer le pouvoir de mettre en œuvre les mécanismes faisant appel à la force publique d'une manière clairement contraire à la volonté exprimée par les élus ? La question, à laquelle P. MORVAN ne répond pas, vient tout naturellement à l'esprit d'un juriste canadien, qui – tout en refusant, puisqu'il serait présomptueux de le faire, de se prononcer sur le bien-fondé de sa thèse à la lumière de la conception qu'a la société française du principe démocratique – refusera tout aussi naturellement d'admettre que les principes généraux puissent avoir une telle force au Canada en raison de l'importance qu'y revêt le principe démocratique. On comprend aisément que la mise à l'écart de l'intention du Législateur soit tout à fait légitime lorsqu'elle est justifiée par la nécessité d'assurer la mise en œuvre d'un principe sous-tendant des règles de nature constitutionnelle, qui sont elles-mêmes destinées à donner effet à l'intention exprimée par les élus de limiter la souveraineté de leurs assemblées législatives. Mais comment soutenir sérieusement que la seule recherche de la cohérence du droit – qui justifie sur le plan théorique l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des principes généraux – puisse justifier une telle marginalisation du principe démocratique ? Cette proposition paraît indéfendable.

On voit d'ailleurs apparaître le second obstacle majeur à l'idée que les principes généraux n'ayant aucune valeur constitutionnelle puissent être invoqués *contra legem* : cette thèse est inacceptable puisqu'elle opère une transformation tout à fait radicale de leur mission

---

[397] P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999 à la p. 550, n° 589.

[398] Fondés notamment sur ce qu'il appelle la « théorie des trois plans », qui serait inspirée des écrits de P. HÉRAUD (notamment « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 239) : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999 aux pp. 552-580, n^{os} 592-616, et p. 611 et suiv., n° 646 et suiv.

fondamentale. On l'a vu, l'invocation des principes généraux a surtout pour but d'assurer que le développement du droit par les tribunaux s'effectue de manière plus cohérente, plus prévisible, plus stable; l'obligation incombant aux juges d'en tenir compte vise donc à *réduire* le risque d'arbitraire et, conséquemment, à assurer le respect du principe de la primauté du droit. Admettre qu'ils puissent être invoqués *contra legem* auraient des conséquences tout à fait contraires. La prévisibilité et la stabilité du droit – qui, avec la démocratie, constituent les valeurs essentielles justifiant l'existence d'une obligation incombant aux juges de tenir compte des textes législatifs – s'en trouveraient évidemment fortement affectées, le pouvoir du judiciaire grandement accru, tout comme le risque d'arbitraire. Le principe invoqué *contra legem* ne le serait plus réellement afin d'assurer la cohérence du droit, il le serait d'abord et avant tout afin d'opérer – par des juges non élus – un contrôle idéologique du contenu des textes émanant de la Législature. Le détournement de leur mission initiale[399] serait total et carrément inacceptable dès lors qu'on adhère aux valeurs de prévisibilité et stabilité du droit ainsi qu'au principe de la primauté du droit. Fort heureusement, la jurisprudence canadienne révèle sans l'ombre d'un doute qu'une telle conception du poids qu'ont les principes généraux n'a aucun soutien en droit positif[400].

138. – L'examen de la notion de principes généraux a donc permis d'établir qu'ils constituent bel et bien une catégorie distincte des règles juridiques. Leur prise en compte est nécessaire dans toute démarche interprétative, en raison de l'importance fondamentale que revêt la nécessité d'assurer la cohérence du droit, afin de favoriser la certitude et la prévisibilité juridiques et, de manière ultime, la primauté du droit. Même s'ils ne peuvent – du moins lorsqu'ils n'ont aucune valeur constitutionnelle – être invoqués *contra legem*, ils constituent néanmoins bel et bien des données dont l'interprète doit tenir compte. Il faut maintenant mettre à jour et étudier le caractère *transnational* des principes généraux sous-tendant cette matière particulière que constitue l'arbitrage commercial international.

---

[399] L'expression est empruntée à L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude du droit international privé de la famille*, pr. Y. Lequette, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 66, n° 99.

[400] Voir tout particulièrement : *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 249, précisant que la reconnaissance de l'autonomie et de l'effet intrinsèquement contraignant des principes généraux (en l'occurrence des principes généraux du droit constitutionnel canadien) « n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution », lequel favorise notamment « la certitude et la prévisibilité juridiques ».

Section II. Le caractère transnational des principes généraux de l'arbitrage commercial international

139. – La question en rappelle une autre qu'ont effleurée certains auteurs depuis le premier arrêt de la Cour de cassation, rendu en 1981, confirmant l'existence et l'effet dans l'ordre juridique français des « principes de l'arbitrage commercial international »[401]. La Cour s'était alors appuyée sur ces principes afin de justifier sa décision d'exclure la tierce opposition à l'encontre d'une ordonnance *d'exequatur* d'une sentence étrangère au motif qu'elle contenait une erreur manifestement déraisonnable. En commentant cet arrêt, B. OPPETIT s'est demandé, sans toutefois répondre à la question, si ces principes avaient leur source dans l'ordre juridique français ou s'ils émanaient plutôt de la *lex mercatoria*[402]. La question a refait surface au lendemain de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Dalico*[403] concluant « qu'en vertu d'une *règle matérielle du droit international de l'arbitrage*, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives de droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ». E. GAILLARD a vu dans ce principe d'indépendance, qui – dans son aspect substantiel – fut subséquemment rebaptisé « principe de validité de la clause d'arbitrage international »[404], une règle matérielle de source française, mais adaptée aux exigences du commerce international[405]. H. GAUDEMET-TALLON, après avoir souligné que « [c]ertains voudront sans

---

[401] Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1981, *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.)* c. *République socialiste fédérale de Yougoslavie*, Rev. arb. 1983.63 (note J.-L. Delvolvé); J.D.I. 1982.931 (note B. Oppetit).

[402] B. Oppetit, note sous Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1981, *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.)* c. *République socialiste fédérale de Yougoslavie*, J.D.I. 1982.931 à la p. 940.

[403] Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1993, *Comité populaire de la Municipalité de Kohms El Mergeb* c. *Sté Dalico Contractors*, J.D.I. 1994.432 (note E. Gaillard); J.D.I. 1994.690 (note E. Loquin); Rev. arb. 1994.116 (note H. Gaudemet-Tallon); R.C.D.I.P. 1994.663 (note P. Mayer); R.T.D. com. 1994.254 (obs. J.C. Dubarry et E. Loquin).

[404] Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1999, *Zanzi* c. *de Coninck*, Rev. arb. 1999.260 (note Ph. Fouchard). Cette formule exprime beaucoup mieux le principe consacré dans l'arrêt *Dalico*. La notion d'indépendance portait à confusion, d'abord parce qu'elle visait également l'autonomie juridique de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est insérée, mais aussi parce qu'elle pouvait laisser croire que la convention d'arbitrage était un contrat sans droit. Cette dernière proposition est inexacte puisque, comme l'a justement souligné J.-B. RACINE, si la convention d'arbitrage est réellement, suite à l'arrêt *Dalico*, un *contrat sans loi*, elle ne constitue néanmoins pas un *contrat sans droit* : J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, pr. Ph. Fouchard, Paris, L.G.D.J., 1999 à la p. 189, n° 332, citant H. Synvet, note sous Paris, 17 décembre 1991, *Société Gatoil* c. *National Iranian Oil Company*, Rev. arb., 1993.281 à la p. 294, n° 12.

[405] E. Gaillard, note sous Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1993, *Comité populaire de la Municipalité de Kohms El Mergeb* c. *Sté Dalico Contractors*, J.D.I. 1994.432 à la p. 439.

doute voir dans l'arrêt *Dalico* la reconnaissance d'une véritable règle supra-nationale et diront que, sans la créer (ce pour quoi elle n'a pas compétence), la Cour de cassation française l'a fait apparaître au grand jour lui donnant ainsi une force particulière », arriva elle aussi à la conclusion qu'« il paraît prudent de penser qu'il ne s'agit que d'une règle de droit français »[406]. Plus récemment, E. LOQUIN s'est lui aussi demandé d'où venaient les principes généraux de l'arbitrage commercial international[407].

140. – L'identification de l'ordre juridique dont relèvent les principes généraux de l'arbitrage commercial international dont les juges canadiens ont l'obligation de tenir compte nécessite une prise de position théorique sur la nature même de ce système de justice privée.

141. – On pourrait d'une part concevoir l'arbitrage commercial international – à l'instar d'autres domaines du droit – comme une matière strictement interne, dont les règles font partie d'un système normatif dont les frontières ne dépassent pas celles de l'ordre juridique interrogé. Ainsi, le droit québécois des successions constitue un ensemble normatif entièrement localisé à l'intérieur de l'ordre juridique québécois, la matière relevant – au Canada – de la compétence législative des États fédérés. L'invocation des principes généraux sert, dans une telle hypothèse, à assurer la cohérence d'un système proprement local et ces propositions premières ou fondamentales sur lesquelles reposent le système n'ont donc, logiquement, qu'à être envisagées d'un point de vue interne. Il peut bien sûr être *utile*, en précisant, par exemple, le sens des dispositions pertinentes du C.c.Q., de s'intéresser au droit comparé afin d'étudier comment des principes similaires sont mis en œuvre dans d'autres systèmes. Mais, sur le plan théorique, on ne saurait prétendre qu'il soit *nécessaire* de le faire afin d'assurer la cohérence du droit québécois des successions et, incidemment, afin d'assurer la prévisibilité et la stabilité des règles qu'il abrite; il en est ainsi parce que l'harmonisation – ou même le simple rapprochement – des règles relevant d'un tel système avec celles qu'abritent des ordres juridiques étrangers consacrant des principes similaires n'importe pas. Ces principes étrangers – ou des principes transnationaux, dégagés d'une comparaison de plusieurs ordres juridiques étrangers – ne sauraient donc d'aucune manière limiter le processus interprétatif.

---

[406] H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1993, *Comité populaire de la Municipalité de Kohms El Mergeb* c. *Sté Dalico Contractors*, Rev. arb. 1994.116 à la p. 120.

[407] E. Loquin, note sous Paris, 1er juin 1999, *Sté Romanian Air Transport* c. *Sté The Levant Shipping Company (Khayat travel and tourisms)*, J.D.I. 2000.370 aux pp. 382-383.

142. – D'autres matières se rattachent en revanche à un système normatif dont les frontières dépassent incontestablement celles de l'ordre juridique interrogé; elles revêtent ainsi un caractère transnational, qui se manifeste notamment par un *besoin de rapprochement* – parfois même un *besoin d'harmonisation* – des règles en vigueur dans les divers ordres juridiques faisant partie de ce système. Ce sont les matières faisant l'objet d'un traité-loi qui offrent les meilleurs exemples de tels systèmes. L'objectif d'harmonisation du droit lié à leur caractère transnational a, comme on l'a vu, d'importantes conséquences sur l'interprétation des règles s'y rapportant. Par exemple, l'interprète doit éviter de donner aux mots contenus dans un traité-loi un sens reflétant des particularités locales et il doit tenir compte des décisions rendues par les tribunaux des autres États y étant parties[408]. Mais le caractère transnational d'un tel système normatif implique aussi – forcément – que l'interprète ne peut se borner à puiser d'un seul ordre juridique interne les principes généraux qu'il pourrait vouloir invoquer afin d'en assurer la cohérence. Ainsi, on comprendra aisément que le juge québécois ne pourrait se limiter à invoquer aveuglément les principes généraux du droit québécois de la vente dans une affaire régie par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise[409]. Il devrait alors, comme l'art. 7 le lui impose d'ailleurs expressément, invoquer les principes généraux sur lesquels repose spécifiquement la Convention et qui inspirent les règles qui en découlent – bonne foi, autonomie de la volonté des parties, etc. Il devrait aussi, ce faisant, prendre soin de concevoir ces principes d'une manière transnationale, en évitant par exemple de donner nécessairement au principe de la bonne foi le même contenu et le même poids qu'on lui reconnaît en droit québécois; l'interprète devrait rechercher des indicateurs de son contenu et de son poids dans la Convention ainsi que dans son contexte d'adoption et d'application.

143. – Certains systèmes normatifs peuvent cependant revêtir un caractère transnational même en l'absence de textes législatifs uniformes visant à promouvoir l'harmonisation des règles qui en font partie. La participation de l'interprète à l'effort de rapprochement des règles locales avec celles d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers sera alors souhaitable non pas parce que la matière est régie par une loi à caractère international, mais plutôt en raison de l'existence d'un consensus sur la nécessité de la réglementer de manière

---

[408] Voir *supra*, n^os^ 65 et 73 et suiv.

[409] *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise*, A.G.N.U Doc. A/Conf.97.18.

harmonieuse, parfois même uniforme, en raison de sa nature et de ses fonctions. On pourra alors dire d'une telle matière qu'elle revêt un caractère *intrinsèquement transnational*, excluant du coup toute possibilité qu'elle repose exclusivement sur des principes généraux émanant d'un seul ordre juridique interne.

Le droit maritime canadien en constitue un exemple particulièrement éloquent. La matière relève de la compétence législative du Parlement fédéral en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les lois maritimes adoptées par ce dernier ne couvrent cependant qu'une partie de cette matière; elle est surtout régie par un ensemble de règles de common law, applicables de manière uniforme à travers le pays et qui sont largement inspirées des règles traditionnellement appliquées par la Haute Cour d'Angleterre aux affaires maritimes[410]. C'est donc aux juges canadiens que revient principalement la responsabilité de développer et de faire évoluer les règles du droit maritime. Lorsqu'il s'interroge sur le sens à donner à l'une de ces règles ou sur l'opportunité de modifier une règle déjà posée en jurisprudence, le juge doit tenir compte du fait que le droit maritime constitue, comme la juge G.V. LA FOREST l'a si bien dit, un « système international » et du consensus au sujet de l'idée selon laquelle ceux qui œuvrent dans le domaine maritime devraient, le plus possible, être assujettis à des règles uniformes[411]. De fait, la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême du Canada montre qu'elle est concrètement fortement influencée par ce besoin de rapprochement, à l'échelle internationale, des règles applicables aux affaires maritimes[412]. Dans un arrêt récent, la Cour s'est exprimée en des termes particulièrement forts : après avoir reconnu explicitement le caractère *sui generis* du droit maritime canadien, qui tient à son appartenance à un système normatif transnational, la Cour a affirmé que le juge appelé à en développer les règles *doit* tenir compte non seulement du tissu social, moral et économique de la société canadienne, mais aussi du « tissu de la collectivité internationale plus large que constituent les États maritimes » et de l'opportunité

---

[410] Sur l'étendue de la compétence fédérale en matière de droit maritime et le contenu du droit maritime canadien, voir : A. Braën, *Le droit maritime au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992 à la p. 86 et suiv. et A. Braën, « L'uniformisation du droit maritime canadien – Les cas de l'indemnisation d'une perte économique et de la négligence contributive – L'arrêt *Husky Oil Operations Ltd.* c. *Saint John Shipbuilding Ltd.* », (1998) 77 R. du B. can. 509.

[411] *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* c. *Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 à la p. 1131.

[412] Voir, par ex. : *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.* c. *Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210 aux pp. 1205-1206; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais* c. *Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278 à la p. 1299.

d'uniformiser les règles du droit maritime applicables d'un pays à l'autre[413].

On peut donner deux autres exemples de matières qui présentent elles aussi, comme le droit maritime, un caractère intrinsèquement transnational. La première est constituée des règles applicables aux lettres de crédit bancaires utilisées dans le commerce international. Dans une affaire soulevant la question de l'existence et la portée de l'exception de fraude opposable à l'autonomie de telles lettres, la Cour d'appel du Québec avait – au nom de la spécificité et de l'intégrité du droit civil québécois – refusé de reconnaître quelque pertinence que ce soit au droit comparé et, en particulier, à l'abondante jurisprudence sur cette question émanant des juridictions de common law[414]; la matière ne présentait donc, aux yeux des magistrats québécois, aucun caractère intrinsèquement transnational. La Cour suprême, dans un arrêt unanime, adopta cependant une approche complètement différente. Elle reconnut à ces précédents un effet important au motif qu'il était « souhaitable d'arriver à la *plus grande uniformité possible* du droit relativement à ces effets vitaux pour le commerce international »[415]. L'autre matière revêtant un caractère intrinsèquement transnational dont il convient de brièvement traiter est le droit des assurances en vigueur au Québec. Complètement transformée dans les années 70 à l'occasion d'une réforme visant à la moderniser et à favoriser davantage les intérêts des assurés[416], cette matière a vu son appartenance à un système normatif transnational consacrée dans un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada en 1990. Dans son arrêt, qui traitait de l'effet d'une clause hypothécaire contenue dans un contrat d'assurance-incendie, la Cour fit d'importantes remarques sur la nature des règles québécoises applicables en matière d'assurance. Après avoir exprimé son accord avec une affirmation des codificateurs suivant laquelle ces règles reposeraient sur un ensemble de règles fondamentales – des principes généraux, sans doute – presque uniformes dans tous les États commerçants[417], elle semble bien avoir été d'avis que l'interprète devait

---

[413] *Ordon (Succession)* c. *Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 aux pp. 494-495.

[414] *Angelica-Whitewear Ltd.* c. *Bank of Nova Scotia*, [1985] C.A. 718.

[415] *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 59 à la p. 83 [italiques ajoutés]. La Cour affirma ensuite, à la p. 84, qu'il était « préférable dans l'intérêt de l'uniformité du droit qui est si importante dans ce domaine du droit, que nous suivions la règle affirmée dans l'arrêt *Steinz* [un arrêt américain], après examen de l'opinion contraire, adoptée par § 5-114(2) du *Uniform Commercial Code* [américain] et apparemment acceptée par la jurisprudence anglaise ».

[416] D. Lluelles, « Présentation », dans *Le nouveau droit québécois des assurances – Dix ans de contentieux*, Montréal, Éditions Thémis, 1988 à la p. V.

[417] *Caisse populaire des Deux Rives* c. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 à la p. 1004.

tenir compte de la manière dont ces principes communs étaient mis en œuvre à l'étranger, puisqu'elle s'efforça – après avoir affirmé que le développement du droit québécois de l'assurance *devait nécessairement* s'inscrire dans le « contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances » – de montrer que la conclusion à laquelle elle arriva s'harmonisait, entre autres, avec les solutions au problème de l'effet de la clause hypothécaire auxquelles arrivèrent les tribunaux américains et ceux des juridictions canadiennes de common law[418].

144. – À l'évidence, les règles de l'arbitrage commercial international en vigueur dans les ordres juridiques canadiens ne forment pas un système normatif purement interne. La mise en œuvre de la Loi type de la CNUDCI témoigne très clairement du désir des législatures canadiennes de favoriser l'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international avec celles en vigueur dans les autres juridictions l'ayant aussi mise en œuvre. Les règles en vigueur au Canada se rattachent donc, *au minimum*, à un système normatif dont font partie la cinquantaine de juridictions participant à l'initiative de la CNUDCI. Pour cette seule raison, il ne fait aucun doute que le juge canadien ne saurait puiser dans le seul ordre juridique auquel il est rattaché les principes généraux qu'il pourrait vouloir invoquer afin d'assurer la cohérence des règles de l'arbitrage commercial international. Le caractère transnational des principes généraux les sous-tendant est donc indéniable.

145. – Pourquoi alors ne pas avoir tout simplement classé, dans la présente étude, les principes généraux de l'arbitrage commercial international parmi les faits normatifs se rapportant à la mise en œuvre de la Loi type au Canada ? Sur le plan théorique, on considérerait que le caractère transnational de la matière est *exclusivement* dû à la participation du Canada à l'initiative de la CNUDCI. Seul importerait alors le rapprochement des règles canadiennes de l'arbitrage commercial international avec celles en vigueur dans les autres juridictions participant à cette initiative. La nature, le contenu et le

---

[418] *Caisse populaire des Deux Rives* c. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 aux pp. 1004 et 1016 et suiv. Sur le caractère transnational des règles québécoises de l'assurance, voir : Cl. Belleau, « L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec », (1991) 32 C. de D. 971. Voir aussi l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Chablis Textiles Inc. (Syndic de)* c. *London Life Insurance Co.*, [1996] 1 R.C.S. 160, où la Cour, réitérant les propos qu'elle a tenus dans *Caisse populaire des Deux Rives*, justifia l'interprétation qu'elle donna à certaines règles du Code civil applicables en matière d'assurance-vie en invoquant un arrêt qu'elle a rendu en 1980 dans une affaire d'assurance ontarienne.

poids des principes généraux sous-tendant le système devraient alors être induits des règles en vigueur dans l'ensemble de ces autres ordres juridiques; d'aucune manière l'interprète ne serait-il obligé de tenir compte de celles en vigueur dans les ordres juridiques d'autres juridictions n'ayant pas participé à l'effort d'harmonisation poursuivi par la CNUDCI. La tâche de l'interprète s'apparenterait à celle du juge québécois appelé à trancher un différend régi par la Convention de Vienne sur la vente internationale[419] : celui-ci doit apprécier la nature, le contenu et le poids des principes généraux en tenant compte des règles en vigueur dans l'ensemble des États y étant parties, mais on ne saurait cependant soutenir qu'il ait aussi à tenir compte, par exemple, des règles anglaises applicables à des contrats de vente internationaux[420].

146. – Considérer que le caractère transnational de l'arbitrage commercial international est exclusivement dû à la mise en œuvre de la Loi type de la CNUDCI dans les ordres juridiques canadiens ne serait cependant pas pleinement satisfaisant sur le plan théorique. La matière revêt incontestablement un caractère intrinsèquement transnational, lequel tient au fait qu'elle repose aujourd'hui sur des *principes généraux* qui font consensus non seulement au sein des États ayant adopté ou adapté la Loi type, mais aussi *à l'échelle internationale*[421]. Cette consécration quasi universelle des *principes généraux* sur lesquels reposent les règles de l'arbitrage commercial international dans les États – celles-ci entretiennent de véritables « liens de filiation »[422] avec ceux-là – n'est pas le fruit du hasard. Elle résulte d'un effort concerté d'une communauté internationale d'États accordant son concours à la justice arbitrale internationale[423] – dont font aujourd'hui partie presque tous les pays – visant à satisfaire les intérêts des opérateurs du commerce international en aplanissant les divergences

---

[419] *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise*, A.G.N.U Doc. A/Conf.97.18.

[420] Les juristes britanniques ont, pendant plusieurs années, soulevé de nombreuses objections à l'adhésion par le Royaume-Uni à la Convention de Vienne (voir, par ex. : B. Nicholas, « The United Kingdom and the Vienna Sales Convention : Another Case of Splendid Isolation ? », Centro si studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993, disponible sur l'internet à l'adresse suivante : www.cnr.it/CRDCS/nicholas.htm). Cependant, le Gouvernement britannique a récemment décidé d'y adhérer.

[421] Voir, en ce sens : B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 à la p. 110 et suiv. Voir aussi, dans cet esprit : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1993 à la p. 19.

[422] L'idée fut exprimée par E. GAILLARD afin de décrire les rapports qu'entretiennent les principes généraux du commerce international et les ordres juridiques étatiques ouverts aux échanges commerciaux internationaux : E. Gaillard, « Trente ans de Lex Mercatoria – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995.7 à la p. 8, n° 4.

[423] L'expression est empruntée à Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 53 et suiv., n° 106 et suiv.

dans la réglementation de la matière d'un État à l'autre[424]. Il existe donc très clairement, au-delà du besoin de rapprochement des *règles* de l'arbitrage commercial international en vigueur dans les États ayant adopté ou adapté la Loi type, un besoin fortement ressenti par l'ensemble de la communauté internationale d'assurer l'harmonisation des *principes généraux* sur lesquels reposent ces règles à l'échelle internationale.

147. – À la lumière de ce constat, il semble préférable de conclure que la nature, le contenu et le poids des principes généraux de l'arbitrage commercial international dont doit tenir compte l'interprète appelé à préciser les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international doivent être appréciés en tenant compte des règles en vigueur dans l'*ensemble de la communauté des États accordant son concours à la justice arbitrale internationale*, et non des seules règles en vigueur dans les États ayant mis en œuvre la Loi type.

148. – Il convient de tenter de préciser où mène, concrètement, le constat assez abstrait du caractère transnational des principes généraux de l'arbitrage commercial international dont doit tenir compte l'interprète appelé à préciser les conditions de l'intervention du juge canadien lors du déclenchement et du déroulement de l'instance arbitrale. Quelles en sont les répercussions sur la tâche de l'interprète ?

149. – L'opération d'*identification* des principes pertinents ne devrait pas poser de difficulté particulière et ne devrait pas être affectée de manière importante par leur caractère transnational. Puisque, comme on vient de le voir, le caractère transnational de l'arbitrage commercial international découle justement de l'émergence, au cours des dernières décennies, d'un consensus quasi universel sur les principes généraux sur lesquels reposent les règles en vigueur dans les ordres juridiques étatiques, interroger un ordre juridique particulier pour en identifier les principes généraux devrait – logiquement – mener au même résultat que si l'interrogation visait plutôt l'ensemble des droits nationaux participant à l'effort actuel de libéralisation et de déréglementation de l'arbitrage commercial international.

L'identification des principes généraux de l'arbitrage commercial international ne devrait donc pas se heurter aux difficultés auxquelles est susceptible de se heurter l'opération

[424] Voir, entre autres : B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 à la p. 109.

d'identification de principes généraux destinés à régir le fond des transactions commerciales internationales. On sait que les détracteurs de la *lex mercatoria* ont souvent souligné que tout effort visant à dégager des droits nationaux des principes généraux aptes à régir le fond de telles transactions ne pouvait conduire – au mieux – qu'à dégager un nombre insignifiant de principes trop vagues pour être d'une quelconque utilité sur le plan pratique[425]. Certes, l'identification de tels principes présente des difficultés qu'on a parfois, dans un élan d'enthousiasme pour la méthode, tendance à peut-être trop minimiser[426]. Il reste que d'importants travaux de droit comparé effectués au cours des dernières années ont bien montré que ces difficultés ne sont pas insurmontables[427] et les arbitres internationaux arrivent parfaitement, quand on leur en donne la mission ou – en l'absence de choix des parties – lorsqu'ils le jugent approprié, à trancher de litiges du commerce international en appliquant la *lex mercatoria*[428].

150. – Les répercussions concrètes du constat du caractère transnational des principes généraux de l'arbitrage commercial international se situent donc surtout au niveau de l'analyse de leur *contenu* et de leur *poids*. L'adoption d'une perspective transnationale implique d'abord et avant tout – comme on l'a vu – que l'interprète doit résister à la tentation de donner nécessairement à un principe un contenu et un poids reflétant des particularités strictement locales. L'interprète doit, en second lieu, interroger – à l'aide de la méthode comparative – l'ensemble des ordres juridiques des États accordant leur concours à la justice arbitrale internationale afin d'y rechercher des indicateurs du contenu et du poids du principe en cause.

---

[425] Voir, entre autres : M. Mustill, « The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-Five Years », (1988) 4 Arb. Int. 86. Voir aussi, exposant ce courant critique sans toutefois y adhérer : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 811-813, n° 1454.

[426] On peut donner en exemple les propos suivants d'E. GAILLARD, que certains praticiens estimeraient peut-être nécessaire de nuancer : « [À]défaut de précision de méthode apportée par les parties elles-mêmes, les conseils et les arbitres devront procéder à une analyse de droit comparé de façon à dégager la ou les règles pertinentes. [...] Lorsque ces études de droit comparé n'existent pas, il appartient aux conseils d'y procéder. *Cela ne constitue pas pour eux une charge tellement plus lourde que celle qui consiste par exemple à rechercher, dans le silence des parties sur la loi applicable, quelle serait la solution du litige selon les divers droits étatiques qui présentent des rattachements avec la clause, de façon à mesurer les enjeux d'une démarche conflictuelle classique* » [italiques ajoutés] (E. Gaillard, « Trente ans de Lex Mercatoria – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995.7 à la p. 24).

[427] Voir, par ex., les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.*

[428] Comme il fut déjà mentionné, *supra*, n° 126.

À cet égard, on doit bien se garder d'adopter une attitude trop dogmatique revenant à exiger de l'interprète qu'il ne tienne compte que d'indicateurs pertinents faisant l'*unanimité* au sein des droits nationaux. L'idée même d'un groupe d'États souverains ayant des intérêts et des objectifs communs implique que lorsque l'appui dont jouit un principe au sein d'une telle communauté atteint un certain seuil, il devient légitime de lui reconnaître des effets sur *tous* les membres de cette communauté; l'existence même d'une communauté commande qu'une solution ne bénéficiant que d'un appui marginal cède éventuellement le pas à une solution jouissant, au contraire, d'un appui généralisé[429]. Voilà pourquoi un principe général n'a pas besoin d'être consacré dans *tous* les ordres juridiques étatiques afin d'accéder au statut de principe général du droit au sens de l'art. 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*[430]. Voilà aussi pourquoi la Cour européenne de Justice n'exige pas qu'un principe général soit nécessairement consacré dans les droits nationaux de tous les États membres avant qu'elle ne l'introduise dans l'ordre juridique européen[431]. Il semble donc tout à fait légitime et justifié d'attendre de l'interprète appelé à préciser le contenu et le poids d'un principe général de l'arbitrage commercial international qu'il tienne compte des indicateurs relatifs au contenu et au poids du principe en cause faisant l'objet d'un consensus suffisant en droit comparé.

151. – L'intérêt pratique de l'approche transnationale devant guider l'interprète appelé à préciser le contenu et le poids des principes généraux de l'arbitrage commercial international peut être illustré par deux exemples. Le premier concerne le contenu du principe général de la compétence-compétence, qui reconnaît à toute juridiction le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. Le principe est largement accepté en droit comparé et dans l'ordre juridique interétatique[432]; il constitue aussi, incontestablement, un principe général de l'arbitrage commercial international[433]. S'il ne fait aucun doute que ce principe n'implique

---

[429] Voir, dans cet esprit, les propos de E. GAILLARD prônant une approche souple dans l'identification des principes généraux du droit, faisant partie de la *lex mercatoria*, qu'ont parfois à appliquer au fond du litige les arbitres du commerce international : E. Gaillard, « Trente ans de Lex Mercatoria – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995.7 à la p. 27.

[430] Voir, en ce sens : M. Sørensen, « Principes de droit international public – Cours général », R.C.A.D.I. 1960.III.1 aux pp. 23-24; C.A. Ford, « Judicial Discretion in International Jurisprudence : Article 38(1)(c) and General Principles », (1994) 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 35 à la p. 76.

[431] Voir, en ce sens : D. Simon, « Y'a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », Droits 1991.72 à la p. 79 et suiv.

[432] Voir par ex. l'art. 36(6) du *Statut de la Cour internationale de Justice*.

[433] Voir, entre autres : A. Dimolitsa, « Autonomie et *Kompetenz-Kompetenz* », Rev. arb. 1998.305; E.

pas que le tribunal arbitral puisse statuer *de manière définitive* sur sa compétence, on se demande parfois s'il implique aussi qu'il revient à l'arbitre de statuer *en premier* sur sa compétence. Saisi de cette question, le juge québécois pourrait être tenté d'y répondre par la négative au motif qu'on reconnaît, en droit judiciaire québécois, que toute question de compétence doit en principe être réglée d'entrée de jeu afin d'éviter des procédures inutiles[434]. Or, l'adoption d'une perspective transnationale le conduirait probablement à conclure que le principe général de la compétence-compétence n'a pas nécessairement la même portée en matière d'arbitrage commercial international. Les indicateurs du contenu de ce principe qui émanent des droits nationaux sont très divergents; aussi, un courant doctrinal et jurisprudentiel de plus en plus important soutient que la recherche de l'efficacité de l'arbitrage commercial international commande que l'on reconnaisse plutôt au principe de la compétence-compétence un effet dit négatif, interdisant le contrôle judiciaire de la compétence d'un tribunal arbitral avant que les arbitres l'aient eux-mêmes examinée[435].

Le second exemple vise à montrer comment l'adoption d'une perspective transnationale peut concrètement influer sur l'évaluation non pas du contenu d'un principe général, mais plutôt du poids qui devrait lui être accordé. L'article 11 de la Loi type, qui prévoit l'assistance judiciaire visant à assurer la constitution du tribunal arbitral, ne mentionne pas que l'intervention du juge est conditionnelle à l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée. Cependant, la question se pose parfois en pratique de savoir si une demande d'assistance fondée sur cet art. 11 peut néanmoins être rejetée pour cause d'inefficacité manifeste de la convention d'arbitrage invoquée. Comme on le verra plus loin, les règles de l'arbitrage commercial international reposent notamment sur un principe général qui tend à reporter *a posteriori* tout contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage, afin – surtout – de limiter les possibilités pour une partie de retarder le déroulement de l'arbitrage en sollicitant l'intervention du juge à des fins dilatoires[436]. L'interprète serait donc, *a priori*, tenté de

---

Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 395-401, n^{os} 650-660. P. LALIVE a déjà évoqué la possibilité que le principe général de la compétence-compétence soit devenu un principe fondamental d'ordre public transnational : P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986.329 à la p. 350.

[434] Voir l'arrêt de la Cour d'appel dans *Lagassé* c. *McElligott*, [1993] R.D.J. 323 à la p. 326 : « [t]he economy of our law requires that a question of competence be settled before any other issue, to avoid useless proceedings before a court without jurisdiction ».

[435] Voir *infra*, au n° 276 et suiv.

[436] Voir *infra*, au n° 223 et suiv.

conclure que l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée ne constitue *pas* une condition de l'intervention judiciaire envisagée à l'art. 11 de la Loi type, de sorte que le juge ne pourrait refuser d'intervenir même en présence d'une convention d'arbitrage manifestement inefficace; c'est l'interprétation qui lui paraîtrait, au premier coup d'œil, la plus compatible avec les principes généraux de l'arbitrage commercial international. Cependant, une analyse du poids accordé à ce principe général dans les ordres juridiques des États qui offrent leur concours à la justice arbitrale internationale lui permettrait de constater que même dans les pays les plus favorables à l'autonomie de l'arbitrage commercial international, on ne donne pas à ce principe général du contrôle *a posteriori* un poids tel que le juge appelé à prêter assistance à la constitution du tribunal arbitral ne disposerait d'aucun pouvoir de vérifier l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée. D'aucune manière ne devrait-il donc considérer que la thèse niant au juge le pouvoir de vérifier que la convention d'arbitrage invoquée n'est pas manifestement inefficace doit absolument être privilégiée au motif qu'elle est plus conforme aux principes généraux de l'arbitrage[437].

Conclusion du Chapitre II

152. – Ce second chapitre a permis de mettre en évidence une autre catégorie de faits normatifs, qu'ignorent les théories classiques de l'interprétation juridique, susceptibles d'influencer les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. Les principes généraux de l'arbitrage commercial international, qui forment donc une catégorie juridique distincte des règles juridiques régissant la matière, et auxquels les ordres juridiques canadiens reconnaissent aujourd'hui très clairement des effets importants dans le processus interprétatif, doivent être pris en compte par l'interprète puisqu'ils permettent d'assurer un développement plus cohérent du droit et, de manière ultime, une mise en œuvre plus efficace du principe de la primauté du droit.

En raison du caractère résolument transnational de l'arbitrage commercial international, les propositions premières ou fondamentales sous-tendant les règles positives en vigueur d'un État à l'autre doivent elles-mêmes être envisagées d'une perspective transnationale. En les étudiant, l'interprète doit absolument éviter de leur donner un contenu et un poids

[437] Sur ce point, voir *infra*, au n° 278 et suiv.

reflétant des particularités strictement locales. Il doit, à l'aide de la méthode comparative, interroger l'ensemble des droits nationaux des États accordant leur concours à l'arbitrage commercial international afin d'y rechercher des indicateurs du contenu et du poids du principe étudié.

CONCLUSION DU TITRE I

153. – Au terme des développements qui précèdent, on commence à comprendre que les normes régissant l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international présentent une très grande spécificité. Habituellement, la tâche de celui qui est appelé à interpréter des règles juridiques consiste à leur donner le sens qui lui paraît le plus juste, le plus approprié, le plus raisonnable compte tenu de deux grandes valeurs sous lesquelles on peut regrouper l'ensemble des directives interprétatives appliquées par les juges canadiens : démocratie et primauté du droit. Démocratie, puisque la tâche de l'interprète est évidemment limitée – fortement – par les décisions prises par les représentants du peuple, dûment élus par lui, conformément aux règles visant à préciser le fonctionnement des institutions démocratiques. Primauté du droit, qui implique – premièrement – que l'interprète doit tenir compte des précédents et, deuxièmement, qu'il doit s'efforcer d'assurer la cohérence de l'ordre juridique au nom duquel il rend justice.

154. – La spécificité des normes régissant l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international tient au fait que leur interprétation doit tenir compte d'autres objectifs avec lesquels les juristes canadiens sont encore peu familiers. Le premier est la promotion de la primauté du droit international public dans les relations interétatiques. Le second est la prise en compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI. Le troisième est la promotion de la cohérence d'un système normatif de nature réellement transnationale formé par les règles de l'arbitrage commercial international en vigueur d'un État à l'autre. Et les développements qui suivent révèleront que l'intérêt de ces conclusions est loin de n'être que théorique, car la prise en compte par l'interprète des faits normatifs transnationaux étudiés au présent titre est susceptible de le conduire, plus souvent qu'on pourrait le croire au premier coup d'œil, à donner beaucoup plus de poids à – et donc, en fin de compte, de privilégier – une solution à

une difficulté interprétative qu'il considérerait autrement n'être qu'une solution raisonnable parmi d'autres, à laquelle il ne devrait accorder aucune importance particulière. Autrement dit, la prise en compte de ces faits normatifs transnationaux est réellement susceptible d'avoir des incidences concrètes sur la solution que retiendra l'interprète aux prises avec certaines difficultés interprétatives.

155. – L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international présente donc un caractère d'exception en ce qu'elle ne sert pas uniquement des intérêts propres à l'ordre juridique local. Elle sert aussi des intérêts transnationaux. Sa mission se transnationalise; il délaisse son rôle traditionnel d'organe juridictionnel de l'ordre juridique local et devient progressivement un juge servant des intérêts propres à la Société des opérateurs du commerce international. Pourrait-on aller jusqu'à affirmer que sa mission s'est complètement et totalement transnationalisée ? Il est trop tôt pour le dire, puisque l'étude de l'influence de faits normatifs transnationaux sur les conditions de son intervention doit être suivie d'un examen de la place qu'occupent des faits normatifs proprement internes.

TITRE II
LA NEUTRALISATION DE RÈGLES INTERNES SUSCEPTIBLES D'INFLUER SUR LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE CANADIEN

156. – En plus d'entraîner l'intégration, dans les ordres juridiques canadiens, de plusieurs faits normatifs transnationaux s'intéressant aux conditions de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international, les réformes législatives des années 80 ont entraîné la neutralisation de plusieurs règles internes qui auraient pu – autrement – les influencer, rendant du coup non pertinents, dans le processus interprétatif, un grand nombre de faits normatifs proprement internes.

157. – Ce phénomène de neutralisation résulte d'abord d'une règle fondamentale de la Loi type interdisant au juge d'intervenir relativement à un arbitrage commercial international autrement que dans les cas y étant prévus. Cette règle, qui n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for, a donc pour effet de rendre non pertinentes plusieurs règles internes sur lesquelles aurait autrement pu s'appuyer le juge afin d'intervenir dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type. Ce phénomène de neutralisation résulte aussi de deux principes généraux de l'arbitrage commercial international, l'un réservant aux tribunaux judiciaires du lieu du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage, l'autre reportant tout contrôle judiciaire *a posteriori* – c'est-à-dire après le prononcé d'une sentence. Ces principes ont pour effet de rendre non pertinentes certaines règles internes sur lesquelles aurait autrement pu s'appuyer le juge appelé à contrôler, avant la fin de l'instance, la légalité d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for. Ce sont à ces causes de la neutralisation de règles internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien qu'il faudra s'arrêter en premier (Chapitre I).

On constatera cependant, dans un second temps, la neutralisation des règles internes n'est pas totale, puisqu'il en existe tout de même certaines qui sont susceptibles d'influer sur les

conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international (Chapitre II).

Chapitre I. Les causes de la neutralisation de règles internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien

158. – On étudiera successivement la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type (Section I), puis les principes généraux s'opposant à tout contrôle judiciaire, en cours d'instance arbitrale, de la légalité d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for (Section II).

Section I. La règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type

159. – Il convient d'étudier le fondement (§ I) et la portée (§ II) de la règle, avant de mettre en évidence le phénomène de neutralisation qu'elle entraîne en analysant certaines de ses incidences concrètes (§ III).

§ I. Fondement de la règle

160. – L'étude des règles de l'arbitrage commercial international en vigueur dans les États qui ont choisi d'y accorder leur concours révèle l'existence de deux principales approches s'agissant de la détermination des cas dans lesquels le juge peut intervenir.

161. – La première consiste à préciser dans la loi régissant l'arbitrage commercial international, mais de manière non exhaustive, les cas dans lesquels le juge peut prêter assistance à l'arbitrage ou en contrôler la légalité. La plupart des cas d'intervention sont énoncés dans la loi, mais les juges ne sont cependant pas empêchés, lorsqu'ils l'estiment opportun et dans des situations demeurant – somme toute – assez exceptionnelles, d'intervenir dans d'autres cas. La détermination des cas d'intervention judiciaire possibles résulte alors d'une collaboration entre la législature et le pouvoir judiciaire; le juge dispose ainsi d'une certaine marge de manœuvre afin de compléter la loi. Cette approche a l'avantage de permettre, du moins potentiellement, aux règles pertinentes d'évoluer afin d'assurer leur efficacité – afin d'assurer le meilleur équilibre entre, d'une part l'autonomie

qui doit en principe être reconnue à l'instance arbitrale et, d'autre part, l'intervention judiciaire nécessaire pour en assurer l'efficacité et la légalité. Elle n'est cependant pas sans désavantage, car la flexibilité des règles ne peut être obtenue sans que leur prévisibilité et leur certitude, que l'on sait être d'une importance capitale aux yeux des opérateurs du commerce international, soient compromises.

162. – Cette première approche prévaut à l'heure actuelle dans plusieurs États. C'est par exemple le cas en France. Bien que le Titre V du Livre IV du N.C.P.C. ne permette pas expressément au juge d'intervenir afin de proroger, au besoin, un délai conventionnellement imparti au tribunal arbitral pour rendre sa sentence – un délai d'arbitrage –, la jurisprudence a reconnu, avec l'approbation de la doctrine, qu'il pouvait néanmoins le faire, sauf convention contraire des parties, lorsque le siège de l'arbitrage est situé en France[438]. La jurisprudence a donc étendu les cas d'intervention judiciaire après avoir jugé que l'absence d'une disposition législative prévoyant ce type d'intervention était susceptible d'affecter l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Ces développements jurisprudentiels sont d'autant plus remarquables que l'on trouve au Chapitre III du Titre I du Livre IV du N.C.P.C., qui régit d'abord et avant tout les arbitrages internes, une disposition – l'art. 1456 – octroyant expressément au juge le pouvoir d'intervenir dans une telle hypothèse, ce qui pourrait laisser croire que le Législateur a voulu l'exclure en matière d'arbitrage commercial international. Le courant doctrinal favorable à la reconnaissance, par les tribunaux français, de l'action en inopposabilité d'une sentence étrangère – qui n'est pas expressément prévue au Titre V du Livre IV du N.C.P.C. – témoigne aussi de l'adhésion des juristes français à cette approche[439]. Il est vrai que la reconnaissance de cette action ne fait pas l'unanimité[440], mais on ne s'y

---

[438] Voir, par ex. : Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 19 juin 1984, *Sté Font Laugière Chimie (Manufactures Jacques Dugniolles)* c. *Société Moaco*, Rev. arb. 1985.161; Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 12 janvier 1988, *Sociétés Omnium de Travaux et Carfa Trade Group* c. *République de Guinée*, Rev. arb. 1994.538 (note Ph. Fouchard); Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 10 mai 1990 et 30 octobre 1990, *Société European Country Hotels Ltd.* c. *Consorts Legrand*, Rev. arb. 1994.538 (note Ph. Fouchard); Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 6 juillet 1990, *Irridelco International Corp.* c. *Société Ets Marcel Sebin*, Rev. arb. 1994.538 (note Ph. Fouchard). Voir aussi, sur cette question : Ph. Fouchard, « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb. 1985.5 à la p. 45 et suiv.

[439] Voir, par ex. : P. Bellet et E. Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », R.C.D.I.P. 1981.611 aux pp. 651-653; P. Bellet, « Intervention », Rev. arb. 1981.524; E. Loquin, « Perspectives pour une réforme des voies de recours », Rev. arb. 1992.321 à la p. 328 et suiv., n° 14 et suiv.

[440] Voir, par ex. : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 921-922, n° 1600. La jurisprudence française ne semble pas très favorable à un tel recours; voir, par ex. : Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 22 novembre 1989, *Société Acteurs Auteurs Associés (A.A.A.)* c. *Société Hemdale Film Corp.*, Rev. arb. 1990.693 (note B. Moreau).

oppose pas tant parce que les juges ne devraient pas ajouter aux cas d'intervention expressément prévus dans la loi, mais plutôt parce que l'on doute de son utilité et de son opportunité. Un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris – sur lequel il faudra revenir – permettant au juge français d'intervenir afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral avant même que le lieu du siège ait été déterminé, autre cas d'intervention non expressément prévu au Titre V du Livre IV du N.C.P.C., témoigne aussi de l'adoption de cette approche en France[441].

163. – C'est également celle qui prévaut en Suisse. La matière y est régie par le Chapitre 12 de la L.D.I.P., qui contient, à l'art. 185, une disposition assez originale conférant au juge le pouvoir d'intervenir dans tout cas non expressément prévu dans la loi afin de prêter assistance à un arbitrage international dont le siège est situé en Suisse. Cette disposition codifie, comme l'ont relevé des commentateurs particulièrement autorisés, un « *véritable principe général d'assistance du juge d'appui* »[442]. Mais les interrogations de la doctrine en ce qui a trait aux situations dans lesquelles il serait approprié qu'il intervienne dans des cas non expressément prévus montrent bien à quel point cette approche peut causer d'importantes incertitudes s'agissant du rôle que le juge est susceptible de jouer relativement à un arbitrage commercial international; par exemple, on ne s'entend pas sur la possibilité qu'il intervienne afin de proroger le délai d'arbitrage[443], ni sur la possibilité qu'il intervienne

---

[441] Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 (note Ph. Fouchard); J.D.I. 2002.498 (note D. Cohen). Sur cet arrêt, voir *infra*, n^os^ 247 et 344.

[442] P. Lalive, J.-F. Poudret et Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989 à la p. 376, n° 1 [italiques dans l'original]. Voir aussi, sur cette disposition : M. Blessing, « The New International Arbitration Law in Switzerland », (1989) 5(2) J. Int. Arb. 9; S.V. Berti, « Article 185 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 455; S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires – Étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 à la p. 54, n° 56.

[443] En faveur d'une telle intervention, voir, par ex. : P. Lalive, J.-F. Poudret et Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989 à la p. 378, n° 5; M. Blessing, « The New International Arbitration Law in Switzerland », (1989) 5(2) J. Int. Arb. 9 à la p. 52; P.-Y.Tschanz, « Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international », R.D.A.I. 1988.437 à la p. 446; R. Briner, « Switzerland », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j. à la p. 20. Rejetant l'idée que le juge puisse intervenir pour ce motif en vertu de l'art. 185 L.D.I.P., voir, par ex. : P.-A. Karrer, « Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale », R.D.A.I. 1989.761 à la p. 770; S.V. Berti, « Article 185 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 455 à la p. 456, n° 8.

en cas de retard injustifié du tribunal arbitral[444].

164. – Il ne faut cependant pas trop s'inquiéter des incertitudes inhérentes à cette première approche lorsqu'il s'agit d'États, comme la France et la Suisse, dont les juges ont une bonne connaissance de l'arbitrage commercial international et des principes généraux qui en sous-tendent les règles. Les risques qu'ils fassent un usage inopportun de leur discrétion en élargissant les cas d'intervention expressément prévus dans la loi d'une manière susceptible d'entraver l'arbitrage commercial international ne paraissent pas très élevés. Ces risques ne semblent d'ailleurs pas avoir découragé les opérateurs du commerce international et les institutions d'arbitrage, qui choisissent encore aujourd'hui relativement souvent la France et la Suisse comme sièges d'arbitrages.

165. – Ces risques semblent en revanche beaucoup plus importants dans des États dont les juges ne bénéficient pas d'une expérience et d'une expertise comparables à celles de leurs collègues français et suisses. Puisque c'était clairement le cas dans une grande majorité d'États à l'époque où la Loi type fut adoptée, il n'est pas surprenant que la CNUDCI ait privilégié la seconde approche, qui consiste à prévoir dans la loi tous les cas dans lesquels le juge peut intervenir relativement à un arbitrage commercial international; le juge n'est alors pas libre de compléter la loi afin d'ajouter aux cas d'intervention judiciaire y étant prévus.

L'article 5 de la Loi type énonce en effet que « [p]our toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit »[445]. Le désir de faire prévaloir la certitude et la prévisibilité s'agissant de la détermination des cas d'intervention judiciaire possibles a été souligné à plusieurs reprises lors de l'élaboration de la Loi type. Les propos tenus par le Secrétaire général de la CNUDCI dans son commentaire analytique d'un projet de la Loi type résument bien l'état des discussions sur ce point. Contrairement à ce que l'on pourrait croire après une première lecture de l'art. 5 – et à ce que

---

[444] En faveur d'une telle intervention, voir, par ex. : P. Lalive, J.-F. Poudret et Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989 à la p. 378, n° 5; M. Blessing, « The New International Arbitration Law in Switzerland », (1989) 5(2) J. Int. Arb. 9 à la p. 52. Contre une telle intervention, voir, par ex. : P.-A. Karrer, « Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale », R.D.A.I. 1989.761 à la p. 770.

[445] Cette disposition – reprise mot pour mot dans les juridictions canadiennes de common law – est reprise dans la loi québécoise à l'art. 940.3 du C.p.c. : « [p]our toutes les questions régies par le présent titre [le Titre 1 du Livre VII du C.p.c.], un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit ».

certains délégués ont effectivement cru[446] –, cette disposition ne prend aucunement position sur les cas où l'intervention judiciaire s'avère justifiée; elle « demande simplement que tout cas d'intervention des tribunaux soit mentionné dans la loi type », puisqu'« il semble bénéfique pour l'arbitrage commercial international que les parties et les arbitres *puissent savoir avec davantage de certitude dans quels cas on peut escompter un contrôle ou une assistance des tribunaux* »[447].

166. – Cette seconde approche, qui prévaut à l'heure actuelle dans la plupart des juridictions ayant adopté ou adapté la Loi type[448], a reçu un appui important lorsque le Législateur britannique l'a adoptée lors de la réforme de l'arbitrage conventionnel ayant eu lieu au milieu des années 90[449]. L'article 1(*c*) de l'*Arbitration Act, 1996*[450] reprend presque mot pour mot l'art. 5 de la Loi type[451]. Bien que cette disposition semble moins catégorique que l'art. 5, la doctrine souligne que l'emploi du mot « *should* » au lieu du mot « *shall* » – qu'a préféré la CNUDCI – vise à perpétuer une théorie anglaise voulant que le juge bénéficie d'une compétence inhérente (*inherent jurisdiction*) à l'égard de toute instance arbitrale conventionnelle[452]; concrètement, l'effet de l'art. 1(*c*) serait le même que celui de l'art. 5 de

---

[446] Voir sur ce point : A. Broches, « Commentary on the UNCITRAL Model Law », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j. à la p. 32. Voir aussi : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 216 et suiv. Voir aussi les propos de D.A. Redfern, « Arbitration and the Courts : Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn ? », (1995) 20 Tex. Int'l L.J. 71 aux pp. 76-77.

[447] *Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 5, n° 2 [italiques ajoutés]. Voir aussi, en ce sens, les propos de H.M. HOLTZMANN et J.E. NEUHAUSS, soulignant que « [a]rticle 5 should not be taken to express hostility to court intervention or assistance in appropriate circumstances, *but only to satisfy the need for certainty as to when court action is permissible* » (H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 216 [italiques ajoutés]). Les propos suivants de la CNUDCI sont particulièrement pertinents : « L'article 5 [a] pour objet de définir nettement l'étendue maximale de l'intervention judiciaire, y compris l'assistance à ce titre, dans les arbitrages commerciaux internationaux en contraignant les rédacteurs de la loi (type) sur l'arbitrage commercial international de dresser une liste de tous les cas pouvant faire l'objet d'une intervention des tribunaux. Ainsi si l'on éprouvait le besoin d'ajouter une autre situation de ce genre, il fallait qu'elle soit énoncée dans la Loi type. » (*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 12, n° 63).

[448] Quelques pays, comme l'Égypte et l'Iran, ont toutefois adopté la Loi type sans reprendre l'art. 5.

[449] Elle prévaut aussi, à l'heure actuelle, en droit néerlandais : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1993 à la p. 460.

[450] 1996 c. 23.

[451] L'article 1(*c*) de lit comme suit : « [i]n matters governed by the Part [de l'*Arbitration Act, 1996*] the court should not intervene except as provided by this Part ».

[452] Pourtant, cette théorie semble bel et bien avoir été définitivement écartée par la Chambre des Lords au

la Loi type[453]. La décision du Législateur britannique est néanmoins remarquable puisque les juristes anglais ont pendant plusieurs années vertement critiqué l'art. 5 – tant lors de l'élaboration de la Loi type[454] qu'après son adoption[455] – au motif que sa portée était trop incertaine; elle témoigne d'un consensus croissant sur l'importance à donner au besoin de certitude et de prévisibilité ressenti par les opérateurs du commerce international s'agissant des cas d'intervention judiciaire possibles.

§ II. Portée de la règle

167. – On peut préciser la portée de la règle en développant quatre propositions : elle vise toute forme d'assistance et de contrôle judiciaires (A); elle n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for (B); les « pouvoirs inhérents » dont disposent les juges canadiens n'en limitent pas la portée (C); enfin, elle ne peut être écartée conventionnellement par les parties (D).

A) La règle vise toute forme d'assistance et de contrôle judiciaires

168. – L'article 5 ne vise que l'intervention judiciaire relative aux *questions* qui sont *régies* par la Loi type. La Loi type ne précise donc de manière exhaustive que les cas d'intervention judiciaire se rapportant à de telles questions. Elle ne s'intéresse pas aux cas

---

début des années 80 : voir *infra*, n° 190.

[453] Voir, en ce sens : V.V. Veeder, « England », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j. à la p. 3; O. Chukwumerije, « Judicial Supervision of Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1996 », (1999) 15 Arb. Int. 171 à la p. 176; A. Tweeddale et K. Tweeddale, *A Practical Approach to Arbitration Law*, London, Blackstone Press, 1999 à la p. 145. Deux décisions récentes de la Queen's Bench révèlent cependant que certains juges anglais sont d'avis qu'il ne découle pas de l'art. 1(*c*) une règle aussi catégorique que celle découlant de l'art. 5. La première fut rendue dans l'affaire *Vale Do Rio Doce Navegacao SA* c. *Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co. Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 1. La seconde fut rendue dans l'affaire *JT Mackley & Co. Ltd.* c. *Gosport Marina Ltd.*, [2002] E.W.H.C. 1315 (T.C.C.). Après avoir cité l'affaire *Vale Do Rio Doce Navegacao SA*, la Cour a affirmé que l'art. 1(*c*) n'établit pas une règle absolue et ne l'empêche donc pas d'intervenir, sur le fondement de son pouvoir général de rendre des jugements déclaratoires, afin de statuer à titre principal sur l'efficacité d'une convention d'arbitrage. Voir néanmoins : *BNP Paribas* c. *Deloitte & Touche*, [2004] 1 Loyd's Rep. 233 (Q.B.)

[454] Voir, par ex., les observations écrites formulées par la délégation britannique lors des discussions entourant l'élaboration de la Loi type : *Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage international : rapport du Secrétaire général*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 55 à la p. 97 et suiv., n° 1 et suiv.

[455] Voir, par ex., le rapport sur l'opportunité d'adopter la Loi type en Grande-Bretagne préparé, à la demande du gouvernement britannique, par un comité présidé par Lord Justice MUSTILL : « A New Arbitration Act for the United Kingdom ? The Response of the Departmental Advisory Committee to the UNCITRAL Model Law », (1990) 6 Arb. Int. 2 à la p. 51 et suiv.

d'intervention judiciaire se rapportant à toute autre question, qui sont assujettis à des règles proprement internes. Pour bien comprendre la portée de la règle découlant de l'art. 5 de la Loi type, il est donc nécessaire de cerner la notion de *questions régies par la Loi type*.

169. – Sa signification est loin d'être évidente et c'est précisément l'ambiguïté qui l'entoure qui a incité la délégation britannique à exprimer d'importantes réserves à l'égard de la formule employée par la CNUDCI[456]. Il existe évidemment des questions – comme le contrôle de la légalité de la sentence arbitrale – qui, étant expressément mentionnées dans la Loi type, ne soulèvent aucune difficulté; la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type leur est incontestablement applicable. Ce sont les questions non expressément mentionnées dans la Loi type qui, on l'aura deviné, étaient susceptibles de soulever des difficultés aux yeux des délégués britanniques, car ceux-ci relevèrent – à juste titre – que l'absence de mention expresse d'une question ne signifie pas nécessairement qu'elle n'est pas régie par la Loi type[457]. Comment savoir si une telle question doit être considérée comme étant régie par la Loi type ? Pour les délégués britanniques, les usagers de la justice arbitrale internationale n'étaient pas en mesure de connaître de manière suffisamment certaine la portée de la règle découlant de l'art. 5. Il aurait donc fallu que la notion de questions régies par la Loi type soit précisée davantage.

170. – Les objections soulevées par le gouvernement britannique n'ont cependant pas convaincu suffisamment de délégués. Après avoir souligné que les problèmes évoqués étaient communs à tout texte recherchant l'harmonisation des règles applicables à une matière donnée, la CNUDCI exprima l'avis que « dans la plupart des cas où la question de l'intervention des tribunaux se posait, le réponse pouvait être trouvée en appliquant les règles

---

[456] *Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage international : rapport du Secrétaire général*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 55 à la p. 99 et suiv., n° 19 et suiv. Voir aussi le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 11, n° 60.

[457] Il est cependant certain qu'il existe des questions qui se rapportent à l'arbitrage commercial international sans toutefois qu'on puisse les considérées régies par la Loi type. La CNUDCI l'a elle-même reconnu, et elle a dressé une liste de questions non expressément mentionnées dans la Loi type qu'elle considérait hors du champ d'application de cette dernière : capacité des parties à conclure des conventions d'arbitrage, effets de l'immunité d'État, jonction d'instances arbitrales parallèles, compétence du tribunal arbitral en matière d'adaptation des contrats, relations contractuelles entre les arbitres et les parties ou les institutions d'arbitrage, fixation d'honoraires, cautions, garanties pour le paiement d'honoraires ou de frais et délai d'exécution de la sentence arbitrale (*Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 1, n° 8).

normales d'interprétation établies par la loi, compte tenu des principes généraux qui sont à la base de la loi type »[458]. Le Secrétariat de la CNUDCI entreprit de clarifier, à l'aide de deux exemples, la distinction entre l'intervention se rapportant à une question implicitement régie par la Loi type et celle se rapportant à une question non régie par la Loi type[459].

Le premier exemple concerne la confirmation de la nomination des arbitres. Certains droits nationaux prévoient que la nomination d'un arbitre doit être confirmée judiciairement. Cependant, nulle part la question n'est abordée dans la Loi type. Le Secrétariat souligna néanmoins qu'en donnant aux parties la liberté de convenir de la procédure de nomination des arbitres (art. 11(2)), la Loi type régit l'ensemble de la question de la nomination des arbitres par les parties, si bien que la confirmation serait écartée – et donc implicitement régie – par la Loi type[460]. Ainsi, l'art. 5 écarterait toute procédure de confirmation judiciaire de la nomination des arbitres que pourraient par ailleurs prévoir des règles proprement internes. À titre d'exemple d'une question non régie par la Loi type, le Secrétariat mentionna l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral. La Loi type n'en fait pas mention, mais l'article 5 ne s'opposerait pas à ce que le juge intervienne – dans la mesure, bien sûr, où des règles proprement internes l'y autorisent par ailleurs – afin d'ordonner l'exécution de telles mesures.

171. – À la réflexion, les deux exemples donnés par le Secrétariat semblent reposer sur la théorie suivante : l'intervention judiciaire se rapporte à une question régie par la Loi type au sens de l'art. 5 si l'*acte* qu'est appelé à accomplir le juge[461] est expressément régi par la Loi type ou encore s'il l'est implicitement, ce qui sera le cas si permettre que l'acte en question soit accompli par le juge serait incompatible avec une disposition de la Loi type. En d'autres mots, la question sur laquelle doit porter l'analyse serait, selon le Secrétariat, non pas l'*objet* de l'acte – dans les deux exemples qu'il a donnés, l'objet de l'acte envisagé constitue sans

---

[458] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 18, n° 61.

[459] *Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 5, n° 6.

[460] H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 217-218 : « [t]he power to agree to appoint implies a power to appoint, and therefore the matter is fully regulated by the Model Law ».

[461] En l'occurrence *confirmer* la nomination d'un arbitre ou *exécuter* des mesures provisoires ou conservatoires.

aucun doute une question régie par la Loi type[462] – mais bien l'*acte lui-même*. Suivant cette théorie, la règle découlant de l'art. 5 pourrait être exprimée de la manière suivante : *le juge ne peut accomplir un acte expressément ou implicitement régi par la Loi type que dans les cas où celle-ci le lui permet, mais il peut accomplir tout autre acte que son droit national l'autorise à accomplir*. La règle lui interdirait d'intervenir afin d'accomplir un acte que régit la Loi type mais qu'elle ne lui permet pas d'accomplir, soit parce qu'elle prévoit qu'il doit être accompli par quelqu'un d'autre[463], soit parce qu'elle prévoit qu'il n'a pas à être accompli du tout[464]. En fin de compte, la règle découlant de l'art. 5 ne viserait en réalité qu'à interdire au juge d'agir de manière incompatible avec d'autres dispositions de la Loi type; il s'agirait d'une règle établissant tout simplement la supériorité hiérarchique des dispositions de la Loi type par rapport à toute règle proprement interne.

172. – Les exemples donnés par le Secrétariat furent mal choisis, puisqu'ils reposent sur une théorie qui est inconciliable avec le fondement réel de la règle, qui n'est pas seulement d'établir la supériorité hiérarchique des dispositions de la Loi type par rapport aux règles internes susceptibles d'affecter l'intervention judiciaire, mais bien – comme la CNUDCI l'a pourtant très clairement souligné[465] – de satisfaire le besoin de certitude et de prévisibilité que ressentent les opérateurs du commerce international en neutralisant des règles issues du droit national en vertu desquelles le juge aurait pu intervenir dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type[466]. Afin que cet objectif puisse être atteint, la règle doit aller au-delà d'une simple interdiction de ne pas intervenir d'une manière incompatible avec la Loi type; la notion de questions régies par la Loi type doit donc nécessairement viser autre chose que

---

[462] Dans le premier exemple, l'objet de la confirmation est la nomination d'un arbitre, une question expressément régie par l'art. 11 de la Loi type; dans le second exemple, l'exécution a pour objet les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral, une question expressément régie par l'art. 17 de la Loi type.

[463] Comme, par ex., la détermination des règles de procédure applicables (acte confié par l'art. 19 de la Loi type aux parties ou, à défaut, au tribunal arbitral) ou encore la nomination d'un expert (acte confié par l'art. 26 de la Loi type au tribunal arbitral).

[464] Comme, par ex., la confirmation de la nomination des arbitres.

[465] Voir *supra*, n° 165.

[466] La CNUDCI a songé à ajouter, à l'art. 1 de la Loi type, un paragraphe prévoyant que « [l]a présente Loi prime sur toute autre disposition de la loi du présent État en ce qui concerne les questions régies par la présente Loi », ce qui tend à confirmer qu'elle ne considérait pas que l'art. 5 visait uniquement à établir la supériorité hiérarchique de la Loi type.

l'*acte* que serait appelé à accomplir le juge dans le cadre de l'intervention envisagée[467].

En définitive, deux idées fondamentales doivent guider la détermination du contenu de cette notion de questions régies par la Loi type. D'abord, en raison du fondement de la règle de l'art. 5, il faut – à l'évidence – privilégier une interprétation large de cette notion, tendant à minimiser le rôle susceptible d'être joué par des règles proprement internes susceptibles d'affecter l'intervention judiciaire. Cependant, il ne faut pas lui donner une portée telle qu'elle viserait en réalité toutes les questions se rapportant à l'arbitrage commercial international, puisque, comme on vient de le voir, la Loi type n'a pas vocation à occuper tout ce champ.

173. – Une première solution serait de faire porter l'analyse sur l'*objet* de l'acte envisagé. Ainsi, la confirmation judiciaire de la nomination d'arbitres serait exclue par l'art. 5 non pas parce que l'*acte de confirmation* est implicitement régi par l'art. 11(2) de la Loi type, mais plutôt parce que la *nomination d'arbitres* est expressément régie par l'art. 11 de la Loi type. De même, l'exécution judiciaire de mesures conservatoires et provisoires octroyées par le tribunal arbitral serait exclue puisque ces mesures sont expressément régies par l'art. 17 de la Loi type. La portée de la règle de l'art. 5 s'en trouverait opportunément élargie, d'une manière plus compatible avec l'objectif poursuivi par la CNUDCI.

Cette solution n'est cependant pas idéale, car trop d'incertitudes subsisteraient s'agissant de la place occupée par des règles proprement internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention judiciaire visant à prêter assistance à l'instance arbitrale ou à en contrôler la légalité. Par exemple, il n'est pas certain qu'il faille considérer – si l'on adhère à cette théorie – que l'intervention judiciaire visant à proroger le délai d'arbitrage est visée par l'art. 5; ce délai n'est pas régi de manière expresse par la Loi type, mais ne pourrait-on pas soutenir qu'il l'est implicitement par l'art. 19(1), qui prévoit que les parties sont libres de convenir des règles de procédure applicables[468] ? De même, qu'en est-il de la jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles ? Elle n'est pas expressément régie par la Loi type

[467] Voilà un bon exemple d'un cas où il s'avère opportun de ne pas accorder un poids déterminant aux travaux préparatoires. Sur le poids à donner aux travaux préparatoires de la Loi type dans le processus interprétatif, voir *supra*, n° 108 et suiv.

[468] On pourrait en effet soutenir que l'art. 19(1) confère aux parties la liberté de convenir du délai dans lequel la sentence doit être rendue ainsi que de tout mécanisme de prorogation d'un tel délai.

et la CNUDCI l'a incluse dans sa liste de matières non visées par la Loi type[469], mais ne pourrait-on pas la considérer, elle aussi, implicitement régie par l'art. 19(1) ? On peut aussi citer en exemple la question – très importante en pratique – de l'intervention judiciaire survenant en cours d'instance arbitrale et visant à examiner à titre principal – dans le cadre, par exemple, de procédures en injonction ou recherchant un jugement déclaratoire – l'efficacité de la convention d'arbitrage. S'agit-il d'une intervention judiciaire dont l'objet est la compétence du tribunal arbitral, auquel cas elle viserait clairement une question régie par la Loi type au sens de l'art. 5[470] ? Doit-on plutôt qualifier une telle intervention de manière plus stricte, en considérant par exemple qu'elle a pour objet la convention d'arbitrage ? Si c'était le cas, il n'est pas certain qu'elle serait visée par l'art. 5 : on pourrait considérer qu'elle ne l'est pas au motif que la Loi type ne régit pas l'ensemble de la convention d'arbitrage, mais seulement son effet négatif (art. 8(1)); on pourrait en revanche considérer que les références à la convention d'arbitrage que l'on trouve aux art. 34(2)*a*)i), 34(2)*a*)iii), 36(1)*a*)i) et 36(2)*b*)ii) suffisent pour conclure qu'elle constitue bel et bien une *question régie par la Loi type* au sens de l'art. 5[471].

Ces incertitudes importent, puisque c'est probablement à l'égard des règles s'intéressant à l'intervention judiciaire visant à prêter assistance à l'instance arbitrale ou à en contrôler la légalité que le besoin de certitude et de prévisibilité est ressenti le plus fortement par les opérateurs du commerce international. L'extrait précité du Commentaire analytique a bien mis en évidence le fait que l'art. 5 avait été adopté afin d'y répondre : « il semble bénéfique pour l'arbitrage commercial international que les parties et les arbitres puissent savoir avec davantage de certitude dans quels cas on peut escompter un *contrôle* ou une *assistance* des tribunaux »[472]. Ne serait-il pas possible de réduire davantage ces incertitudes en interprétant la notion de questions régies par la Loi type de manière encore plus large ?

---

[469] Voir *supra*, note 457.

[470] Voir, par ex., l'art. 16 de la Loi type.

[471] Il semble que la CNUDCI ait elle-même rejeté implicitement cette possibilité, puisqu'elle a identifié, parmi les matières se situant hors du champ d'application de la Loi type, la question de la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage (*Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 1, n° 8), même si on en trouve une mention aux art. 34(2)*a*)i) et 36(1)*a*)i) de la Loi type.

[472] *Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 1, n° 8 [italiques ajoutés].

174. – Il semble bien que ce soit possible. Une seconde solution, plus opportune, consiste à considérer tout simplement que l'*assistance à l'instance arbitrale* et le *contrôle de la légalité de l'arbitrage* font partie des questions régies par la Loi type au sens de l'art. 5. Il est en effet possible de considérer que les dispositions de la Loi type relatives à l'assistance visant à assurer la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage (art. 8(1)), l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires (art. 9), la constitution du tribunal arbitral (art. 11, 14 et 15), l'administration des preuves (art. 27) et la reconnaissance et l'exécution de la sentence (art. 36) témoignent du fait que la Loi type régit – de manière générale – l'assistance à l'arbitrage, alors que celles touchant au contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage (art. 8(1)), des qualités nécessaires des arbitres (art. 13), de la compétence du tribunal arbitral (art. 16(3)) et de la légalité de la sentence (art. 34 et 36) témoignent du fait qu'elle régit – de manière générale – le contrôle de la légalité de l'arbitrage. Toute forme d'intervention judiciaire visant à assister l'arbitrage ou à en contrôler la légalité tombe ainsi dans le champ d'application de la règle découlant de l'art. 5.

175. – Cette solution est celle qu'il convient de privilégier. Elle a le grand mérite de permettre à la portée de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type d'être en parfaite harmonie avec son fondement, tout en étant respectueuse du fait que la notion de questions régie par la Loi type ne peut pas viser toutes les questions se rapportant à l'arbitrage commercial international. En effet, plusieurs questions s'y rapportant se trouveraient incontestablement hors du domaine de la règle de l'art. 5, comme la responsabilité civile des arbitres et des institutions d'arbitrage à l'égard des parties ou encore les honoraires dus aux arbitres.

B) La règle n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for

176. – De manière générale, l'applicabilité des dispositions de la Loi type dépend du lieu du siège de l'arbitrage. La possibilité de retenir aussi la volonté des parties comme critère d'applicabilité de la Loi type fut étudiée par la CNUDCI, mais elle fut en fin de compte rejetée[473]. L'article 1(2) prévoit que « [l]es dispositions de la présente loi, à l'exception des

[473] Voir, en ce sens : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp.

articles 8 [dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral], 9 [octroi par le juge de mesures provisoires ou conservatoires], 35 et 36 [reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale] ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État ». Sans aucun doute, la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type – comme d'ailleurs toutes les autres dispositions de la Loi type qui s'intéressent à l'intervention du juge avant et durant l'instance arbitrale – est donc applicable lorsque le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for.

177. – En revanche, il semble bien qu'il faille conclure du fait que l'art. 5 ne soit pas mentionné à l'art. 1(2) que la règle est inapplicable lorsque l'arbitrage ne se déroule pas sur le territoire du for, soit parce que le lieu du siège n'est pas encore déterminé, soit parce qu'il est situé à l'étranger. Les travaux préparatoires de la CNUDCI semblent d'ailleurs le confirmer. En effet, après avoir considéré puis abandonné l'idée d'élargir la compétence internationale du juge appelé à intervenir afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral, la CNUDCI souligna que la Loi type ne l'empêcherait pas d'intervenir à cette fin – sur le fondement de règles proprement internes – relativement à un arbitrage dont le lieu du siège est indéterminé[474].

178. – Cette conclusion est-elle également valable au Québec ? La question doit être posée, puisque l'art. 1(2) de la Loi type n'est pas repris dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. Ce titre ne contient d'ailleurs aucune disposition destinée à préciser son domaine d'application dans l'espace. On pourrait d'emblée croire que cette omission est sans incidence concrète, étant donné qu'en matière d'arbitrage commercial international, l'art. 940.6 du C.p.c. impose à l'interprète l'obligation de tenir compte de la Loi type et des travaux préparatoires en interprétant le Titre 1 du Livre VII. Mais l'art. 3133 du C.c.Q. complique l'analyse. Cette disposition prévoit que « [l]a procédure de l'arbitrage est régie par la loi de l'État où il se déroule lorsque les parties n'ont pas désigné soit la loi d'un autre

35-36.

[474] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 14, n° 80 : « selon l'avis qui a prévalu, la loi type ne devrait pas traiter de l'assistance pouvant être fournie par les tribunaux avant que le lieu de l'arbitrage ne soit déterminé. [...] On a également fait remarquer que même si l'applicabilité de la loi type n'était pas ainsi étendue, une partie pourrait obtenir une assistance des tribunaux en application des règles autres que celle de la loi type ». Voir aussi, en ce sens : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 218.

État, soit un règlement particulier d'arbitrage ». Cet article peut être interprété de deux manières. On peut d'abord considérer que l'expression « procédure de l'arbitrage » inclut *toutes* les règles de nature procédurale s'intéressant spécialement à l'arbitrage conventionnel, y compris celles régissant l'intervention judiciaire. C'est vers cette interprétation que semblent pencher J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL – deux commentateurs particulièrement autorisés – pour qui « [p]ar procédure d'arbitrage, il faut entendre tout le déroulement de l'arbitrage depuis la nomination des arbitres jusqu'à la notification de la sentence, *y compris les recours*, à l'exclusion de ce qui tombe dans le domaine de l'art. 3121 et de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales »[475]. Cette solution serait peut-être acceptable si l'art. 3133 faisait seulement mention de la possibilité que les parties désignent une loi sur l'arbitrage d'une juridiction autre que celle du siège[476] – ce qui survient très rarement en pratique –, mais elle est inacceptable en raison de la mention y étant faite de la possibilité que les parties désignent un règlement d'arbitrage – ce qui est très fréquent en pratique. En effet, si la notion de procédure de l'arbitrage avait une telle étendue, toute intervention du juge relative à un arbitrage se déroulant au Québec serait nécessairement exclue dès lors que les parties ont adopté un règlement d'arbitrage, qui ne peut jamais – à lui seul – *ouvrir* des voies d'intervention judiciaire. Les parties ne pourraient pas demander l'assistance du juge afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Elles ne pourraient pas non plus obtenir son assistance afin de constituer ou reconstituer le tribunal arbitral. Il leur serait impossible d'obtenir son assistance, dont elles pourraient pourtant avoir besoin, dans l'administration de certaines preuves. Au surplus, la partie perdante ne pourrait attaquer directement la légalité de la sentence par le biais d'un recours en annulation. Cela n'aurait aucun sens.

179. – Il est donc préférable d'interpréter autrement l'expression « procédure de

---

[475] J.A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, droit transitoire »), Québec, P.U.L., 1993, p. 801 à la p. 899, n° 407 [italiques ajoutés]. L'article 3121 du C.c.Q. traite du droit applicable à la convention d'arbitrage.

[476] Cette solution ne serait cependant pas idéale puisque le juge québécois n'aurait pas le pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires (art. 940.4 C.p.c.) au soutien d'un arbitrage qui n'est pas régi par le droit québécois. Or, on reconnaît aujourd'hui de manière quasi universelle qu'une telle limite au pouvoir des tribunaux judiciaires d'octroyer des mesures de cette nature au soutien d'un arbitrage est susceptible d'affecter sérieusement l'efficacité de l'arbitrage commercial international; c'est d'ailleurs pour cette raison que l'art. 9 est spécifiquement visé à l'art. 1(2) de la Loi type. Sur ce point, voir *infra*, n° 397.

l'arbitrage » qui se trouve à l'art. 3133 du C.c.Q. La solution la plus convaincante est sans doute de considérer tout simplement qu'elle ne vise que les règles de procédure applicables devant le tribunal arbitral, donc dans le cadre même de l'instance arbitrale. En conséquence, il convient de reconnaître, premièrement, que l'art. 3133 du C.c.Q. n'a aucune incidence sur les règles s'intéressant à l'intervention du juge québécois avant et durant un arbitrage commercial international – et, partant, sur l'art. 940.3, qui reprend l'art. 5 de la Loi type – et, deuxièmement, que l'art. 940.6 du C.p.c permet d'affirmer que leur domaine d'application dans l'espace doit, en principe, être déterminé conformément aux dispositions de l'art. 1(2) de la Loi type.

180. – La jurisprudence canadienne semble confirmer, du moins implicitement, que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type ne s'applique que lorsque le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for. On peut d'abord citer en exemple une décision rendue par une cour de première instance ontarienne en 1989. Elle était saisie d'une demande de renvoi à l'arbitrage présentée par une société allemande poursuivie en Ontario. La partie demanderesse s'y opposait notamment au motif qu'aucune convention d'arbitrage ne visait l'action qu'elle avait intentée. La société allemande rétorquait que la Cour devait, au minimum, suspendre l'action ontarienne afin de laisser, conformément à l'art. 16 de la Loi type, à un tribunal arbitral déjà saisi de l'affaire en Europe le soin de statuer en premier sur l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée. L'argument fut rejeté par la Cour, au motif que l'art. 16 était inapplicable, ne faisant pas partie des exceptions mentionnées à l'art. 1(2) de la Loi type. Le jugement laisse aussi entendre que la société allemande tenta d'invoquer l'art. 5 de la Loi type, sans toutefois préciser la teneur de l'argument présenté[477]. La Cour rejeta ce second argument de manière laconique, au motif qu'à la lumière de l'art. 1(2) de la Loi type, il fallait conclure que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type n'est pas applicable lorsque le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger[478].

---

[477] Après avoir rejeté l'argument de la société allemande fondé sur l'art. 16 de la Loi type, la Cour s'est contentée d'affirmer simplement que : « GPA [la société allemande] further refers to Article 5 of the Model Law » : *Deco Automotive Inc.* c. *G.P.A. Gesellschaft Fur Pressenautomation MbH*, (1995) 1(1) M.A.L.Q.R. 126; [1989] O.J. (Quicklaw) No. 1805; CLOUT #13 et #383 (C. dist. Ont.).

[478] « The seat of the arbitration not being in Canada, such provision [l'art. 5] for the reasons hereinbefore set forth does not apply » : *Deco Automotive Inc.* c. *G.P.A. Gesellschaft Fur Pressenautomation MbH*, (1995) 1(1) M.A.L.Q.R. 126; [1989] O.J. (Quicklaw) No. 1805; CLOUT #13 et #383 (C. dist. Ont.).

On peut ensuite citer deux jugements qui paraissent nier l'applicabilité de cette règle lorsque le siège de l'arbitrage est soit indéterminé, soit situé à l'étranger, puisqu'ils tiennent pour acquis qu'un juge canadien peut émettre une injonction à l'encontre d'un arbitrage commercial international – un cas d'intervention non prévu dans la Loi type – dont le siège est situé à l'étranger. Dans la première affaire, la Cour d'appel du Québec a rendu une telle ordonnance à l'encontre d'un arbitrage CCI dont le siège était situé à New York[479]. Dans la seconde, un tribunal de première instance ontarien a refusé d'émettre une telle injonction à l'encontre d'un arbitrage AAA se déroulant au Connecticut, mais tout en tenant cependant pour acquis qu'il pouvait de le faire[480]. Si l'art. 5 de la Loi type n'est mentionné dans aucune de ces décisions, elles peuvent néanmoins être invoquées afin d'appuyer l'argument selon lequel le juge peut intervenir dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type si le lieu du siège de l'arbitrage est soit indéterminé, soit situé à l'étranger.

181. – Cette limite au domaine d'application dans l'espace de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type étonne beaucoup. Sa raison d'être n'apparaît pas clairement à la lecture des travaux préparatoires de la CNUDCI[481]. À bien y penser, traiter différemment l'intervention judiciaire relative à un arbitrage dont le siège est situé sur le territoire du for de celle relative à un arbitrage dont le siège est soit indéterminé, soit situé à l'étranger, n'aurait de sens que si l'on pouvait affirmer que les opérateurs du commerce international ne ressentent pas, dans la seconde hypothèse, le besoin de certitude et de prévisibilité qu'ils ressentent dans la première. Mais ce n'est pas le cas. On a du mal à voir pourquoi le besoin de certitude et de prévisibilité qu'ils ressentent serait limité aux cas d'intervention du juge du lieu du siège de l'arbitrage. N'ont-ils pas tout autant intérêt à connaître avec un maximum de certitude dans quels cas un juge canadien pourra prêter assistance à l'instance arbitrale ou en contrôler la légalité lorsque le siège est indéterminé ou encore lorsqu'il est situé à l'étranger ? La décision de la CNUDCI de refuser d'inclure l'art.

---

[479] *Lac d'Amiante du Canada Ltée* c. *Lac d'Amiante du Québec Ltée*, REJB 1999-15419; [1999] Q.J. (Quicklaw) No. 5438. La décision de la Cour supérieure est rapportée à : REJB 1999-13747; [1999] Q.J. (Quicklaw) No. 2727. Pour un commentaire de cette affaire, voir : S.R. Shackleton, Case comment on *Lac d'Amiante du Canada LTEE v Lac d'Amiante du Quebec LTEE*, (2000) 3(1) Int. A.L.R. N6.

[480] *Ellis* c. *Subway Franchise System of Canada Ltd.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 55; [2000] O.J. (Quicklaw) No. 1690 (C.S.J. Ont.).

[481] Voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 97-133 et 219-239.

5 dans la liste d'exceptions au critère territorial de l'art. 1(2) de la Loi type est donc malheureuse.

C) Les « pouvoirs inhérents » dont disposent les juges des cours supérieures canadiennes ne limitent pas la portée de la règle

182. – La common law reconnaît depuis longtemps aux juges des cours supérieures des pouvoirs généraux – dits « inhérents » – leur permettant de rendre toute ordonnance non spécifiquement prévue dans la loi et qu'ils estiment nécessaire de rendre afin d'exercer correctement leur compétence[482]. La Cour suprême du Canada a expliqué que l'on qualifie ces pouvoirs d'inhérents parce qu'ils ne découlent pas – à proprement parler – de la loi, mais plutôt de la nature même des cours supérieures de justice et du rôle particulier qu'elles jouent dans les systèmes juridiques de tradition anglo-saxonne[483]. Ces pouvoirs sont nécessaires afin de permettre aux cours supérieures de prévenir des abus de procédure et afin d'assurer la saine administration de la justice[484]. Leur contenu a toujours été assez difficile à cerner avec précision, mais la Cour suprême a récemment adopté la classification proposée par K. MASON, pour qui ces pouvoirs permettent aux cours qui les détiennent de prononcer des ordonnances visant : *i*) soit à assurer la commodité et l'équité des procédures judiciaires, *ii*) soit à empêcher la prise de mesures qui rendraient inefficaces les procédures judiciaires, *iii*) soit à empêcher l'abus des procédures judiciaires, *iv*) soit à assister les cours supérieures ou encore à assister ou contrôler les tribunaux administratifs et inférieurs[485].

183. – Au Canada, les pouvoirs inhérents des cours supérieures leur sont constitutionnellement garantis par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[486]; ces

---

[482] Sur ces pouvoirs, voir, en particulier, l'étude de I.H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 C.L.P. 23. Voir aussi : K. Mason, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1983) 57 A.L.J. 449; P. Normandin, « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine du 'forum non conveniens' », (1987) 47 R. du B. 469; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile*, 3e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 68 et suiv., n° 67 et suiv.; S.M. Sugunasiri, « The Inherent Jurisdiction of Inferior Courts », (1991) 12 Advocates' Q. 215.

[483] *MacMillan Bloedel Ltd.* c. *Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 aux pp. 749-750, citant avec approbation I.H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 C.L.P. 23 à la p. 24 et à la p. 27 et suiv.

[484] Voir, par ex., les propos de Lord DIPLOCK dans *Hunter* c. *Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 à la p. 536.

[485] *MacMillan Bloedel Ltd.* c. *Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 à la p. 751, citant K. Mason, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1983) 57 A.L.J. 449 aux pp. 449-456.

[486] Voir, en ce sens : *MacMillan Bloedel Ltd.* c. *Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 à la p. 751 et suiv.; *Noël* c. *Société d'Énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207 à la p. 223; P.W. Hogg, *Constitutional Law of*

pouvoirs ne peuvent donc pas être écartés par la loi. Se pose ainsi la question suivante : ces pouvoirs permettent-ils aux cours supérieures canadiennes d'intervenir relativement à un arbitrage conventionnel afin d'en contrôler la légalité ou d'y prêter assistance dans d'autres cas que ceux prévus dans les lois régissant l'arbitrage commercial international ? Le cas échéant, il faudrait reconnaître l'existence de limites de nature constitutionnelle à la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type.

184. – Des juges canadiens ont répondu affirmativement à cette question. On a parfois affirmé, comme l'ont fait certains juges anglais, que les cours supérieures disposent d'un pouvoir général de supervision leur permettant d'intervenir au-delà des cas prévus dans les lois régissant spécialement l'arbitrage commercial international (1). On a aussi parfois affirmé qu'un tribunal arbitral conventionnel est visé par le pouvoir de surveillance et de contrôle que peuvent exercer les cours supérieures canadiennes à l'endroit des tribunaux administratifs et inférieurs, rendant du coup possible l'intervention au-delà des cas prévus dans les lois canadiennes régissant spécialement l'arbitrage commercial international (2). À la réflexion, ces deux thèses ne s'avèrent cependant pas convaincantes.

1) L'hypothèse de l'existence d'un pouvoir général de supervision des arbitrages conventionnels

185. – La théorie de l'existence d'un pouvoir général de supervision[487] découlant des pouvoirs inhérents des cours supérieures a reçu l'approbation de la Cour d'appel d'Angleterre, en 1979, dans deux arrêts rendus en matière d'arbitrage commercial international. Dans la première affaire[488], la partie demanderesse demandait à un juge de déclarer que les arbitres avaient fait preuve d'inconduite (*misconduct*) en assujettissant l'efficacité d'une sentence partielle au paiement d'un cautionnement. La loi qui régissait

---

Canada, 2001 Student Edition, Toronto, Carswell, 2001 à la p. 207.

[487] Cette théorie peut être rapprochée d'une théorie similaire qu'ont adoptée certaines cours américaines fédérales, leur permettant d'intervenir fréquemment dans un arbitrage conventionnel afin, par ex., de préciser le droit applicable au fond du différend, d'assurer que la procédure se déroule promptement ou encore de fixer le siège de l'arbitrage. Cette théorie, qui semble assez marginale, est critiquée par la doctrine américaine : G.B. Born, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, 2e éd., Ardsley, Transnational Publishers, 2001 à la p. 468.

[488] *Japan Line Ltd.* c. *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. (« The Angelic Grace »)*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 288 (C.A. Engl.). Quelques années auparavant, la Haute Cour d'Angleterre avait jugé que les juges anglais ne disposaient d'aucun pouvoir inhérent et général d'intervention dans un arbitrage conventionnel : *Exormisis Shipping S.A.* c. *Oonsoo, the Democratic People's Republic of Korea and the Korean Foreign Transportation Corporation*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 432.

l'arbitrage à l'époque permettait au juge d'intervenir en cas d'inconduite d'un arbitre, mais elle prévoyait que si le juge constatait qu'il y avait eu inconduite, l'arbitre devait être destitué; la loi ne lui permettait pas expressément de simplement déclarer que l'arbitre avait, en accomplissant tel ou tel geste, fait preuve d'inconduite[489]. La rigidité de ce mécanisme choqua quelque peu le juge de première instance, qui fut d'avis qu'ordonner la destitution des arbitres, dans l'hypothèse où il avait été établi qu'ils avaient fait preuve d'inconduite, aurait été – à la lumière des circonstances particulières de l'affaire – très inopportun[490]. Il affirma donc l'existence d'un pouvoir général – « inhérent » – permettant aux juges anglais d'intervenir relativement à un arbitrage conventionnel et de rendre les ordonnances qu'ils jugent appropriées. Sa conclusion sur ce point fut approuvée par la Cour d'appel; Lord DENNING affirma que la Haute Cour d'Angleterre dispose d'un pouvoir inhérent de supervision de tout arbitrage conventionnel lui permettant d'intervenir au-delà des cas expressément prévus dans la loi régissant l'arbitrage conventionnel[491].

Dans la seconde affaire, la partie demanderesse s'adressa à la Haute Cour afin d'obtenir une ordonnance empêchant la partie défenderesse de continuer de faire valoir les réclamations faites dans deux arbitrages distincts, au motif qu'elle avait agi jusque-là de manière dilatoire. Une telle intervention n'était pas expressément prévue dans la loi anglaise, mais la Cour d'appel – encore sous la plume de Lord DENNING – jugea qu'elle pouvait néanmoins survenir au motif que les tribunaux anglais disposaient d'un pouvoir inhérent d'intervenir relativement à un arbitrage afin d'en ordonner la cessation à leur gré[492].

186. – La théorie du pouvoir général de supervision a franchi l'Atlantique et a incité certains plaideurs à tenter de convaincre les juges canadiens qu'ils pouvaient, eux aussi, intervenir au-delà des cas expressément prévus dans les lois canadiennes régissant l'arbitrage

---

[489] *Arbitration Act 1950*, 1950 c. 27, art. 23(1).

[490] *Japan Line Ltd.* c. *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. (« The Angelic Grace »)*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 288 (C.A. Engl.) à la p. 290.

[491] *Japan Line Ltd.* c. *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. (« The Angelic Grace »)*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 288 (C.A. Engl.) à la p. 292 : « In my opinion, the High Court has an *inherent jurisdiction to supervise the conduct of arbitrators. It is not confined to the statutory powers.* The High Court need not go to the extreme step of removing arbitrators. It can supervise their proceedings so as to ensure that they are not guilty of misconduct – by which I mean not technical but real misconduct which should not be allowed » [italiques ajoutés].

[492] *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation*, [1980] 1 All E.R. 420 à la p. 430 : « [f]ollowing these persuasive authorities, *I am of opinion that this court has an inherent jurisdiction to restrain arbitration proceedings where it would be right and just to do so* » [italiques ajoutés].

commercial international. L'argument en a convaincu quelques-uns. La décision qu'a rendue la Cour supérieure du Québec dans une affaire *Lincora Metal*[493] en constitue sans doute un des meilleurs exemples. Les parties avaient signé un contrat en vertu duquel la défenderesse s'est vu confier le mandat de vendre les actifs ou les actions de la demanderesse. Le contrat comportait une clause compromissoire prévoyant un arbitrage *ad hoc* devant se dérouler conformément au C.p.c. québécois. Après la naissance d'un différend au sujet de commissions dues à la partie défenderesse, cette dernière engagea une procédure d'arbitrage contre la demanderesse. Une fois le tribunal arbitral constitué, la partie demanderesse réalisa cependant que la partie défenderesse ne détenait ni un permis de courtier en immeubles, ni un permis de courtier en valeurs mobilières, ce qui entraînait – selon elle – la nullité de l'ensemble de la convention de courtage. La partie demanderesse entreprit alors, en Cour supérieure du Québec, une action en nullité de cette convention de courtage et demanda parallèlement à la Cour d'ordonner le sursis de la procédure arbitrale au motif que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour instruire la réclamation de la partie défenderesse.

L'intervention visant à ordonner le sursis d'une instance arbitrale n'est pas expressément prévue au Titre 1 du Livre VII du C.p.c., de sorte que la partie demanderesse ne pouvait s'appuyer sur une règle propre au droit de l'arbitrage. Elle invoqua plutôt la théorie des pouvoirs inhérents des tribunaux judiciaires, qui leur permettent très clairement – depuis longtemps – d'ordonner le sursis d'une instance *judiciaire*[494], en soutenant que la Cour pouvait également ordonner le sursis d'une instance arbitrale. L'argument fut accepté par la Cour supérieure, qui jugea que ses pouvoirs inhérents lui permettaient d'ordonner le sursis d'une instance arbitrale lorsque l'intérêt de la justice et des parties le requérait. Si la Cour refusa en fin de compte d'ordonner le sursis requis pour des motifs d'opportunité, il reste que sa décision dans cette affaire *Lincora* atteste très clairement de l'existence d'un pouvoir général de supervision judiciaire permettant aux juges canadiens d'intervenir au-delà des cas prévus dans les lois régissant l'arbitrage commercial international.

---

[493] *Lincora Metal Inc.* c. *H. D'amours et Associés Inc.*, [1990] R.J.Q. 402 (C.S. Qué.); sur cette décision, voir le commentaire critique de L. Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », (1990) 21 R.D.U.S. 303.

[494] Voir par ex., en ce sens : K. Mason, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1983) 57 A.L.J. 449 à la p. 453 et suiv.; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile*, 3e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 69, n° 67.

187. – D'autres décisions canadiennes, sans affirmer expressément l'existence d'un tel pouvoir général de supervision, semblent néanmoins compatibles avec la théorie en consacrant l'existence. Par exemple, dans une affaire *Silverberg*[495], la Cour d'appel du Québec – qui dispose, elle aussi, de « tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence »[496] – fut saisie d'une requête interlocutoire visant à suspendre un délai d'arbitrage pendant l'appel d'une décision de la Cour supérieure ayant rejeté une action déclaratoire visant à établir l'inefficacité d'une clause compromissoire. La Cour, sans aborder la question de la recevabilité de cette requête, la rejeta au motif qu'il n'était pas dans l'intérêt de la justice de l'accorder. Mais elle semble avoir tenu pour acquis que dans des circonstances appropriées, elle aurait pu intervenir sur le fondement de ses pouvoirs inhérents afin de s'immiscer dans la procédure arbitrale comme le lui demandait la partie requérante. Cette décision peut certainement être invoquée afin de soutenir la thèse voulant que les cours supérieures disposent d'un pouvoir général de supervision garanti par la Constitution.

Un autre arrêt de la Cour d'appel du Québec, disposant d'une demande de renvoi à l'arbitrage présentée dans le cadre d'un recours hypothécaire, pourrait également être invoqué à cette fin[495.1]. La Cour accueillit en partie la demande afin qu'un tribunal arbitral liquide la créance alléguée par la partie demanderesse, mais réserva à la Cour supérieure – tout en les suspendant pendant l'arbitrage – les procédures visant la réalisation de l'hypothèque alléguée. La Cour ordonna également aux parties, afin – sans doute – d'assurer que l'arbitrage se déroule rapidement, de faire le nécessaire pour que le tribunal arbitral soit constitué dans les trente jours. Cette ordonnance – peu usitée – ne peut s'appuyer sur aucune disposition du Titre 1 du Livre VII du C.p.c.; il semble tout à fait possible d'y voir une manifestation d'un pouvoir général de surveillance dont bénéficieraient les juges canadiens à l'endroit des instances arbitrales de source conventionnelle.

Dans une autre affaire, la Cour supérieure d'Ontario fut saisie – dans le cadre de demandes parallèles d'annulation et d'exécution d'une sentence arbitrale – d'une requête visant à retirer du dossier de la cour l'affidavit déposé par un des arbitres au soutien de la

---

[495] *Silverberg* c. *Clarke Hooper plc*, J.E. 90-488; [1990] J.Q. (Quicklaw) No. 293 (C.A. Qué.).

[496] Article 523, al. 2 du C.p.c.; voir : D. Ferland, « Livre III – Moyens de se pourvoir contre les jugements », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3e éd., Conwansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 1 à la p. 28 et suiv.

[495.1] *Construction Ceriko Asselin C.A.* c. *Sikh Temple Assoc. Inc.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 272 (C.A.).

demande d'annulation, au motif qu'il contrevenait au principe de la confidentialité du délibéré arbitral. L'affidavit faisait notamment état de l'existence d'une opinion dissidente que les deux autres membres du tribunal arbitral avaient choisi de ne pas divulguer aux parties. Après avoir jugé cette requête bien fondée, la Cour – sans préciser le fondement de son intervention – ordonna au tribunal arbitral de divulguer aux parties la dissidence qu'avait préparée le troisième arbitre. On se permettra de préciser que sur le fond, une telle immixtion dans la procédure arbitrale est tout à fait contestable, étant donné qu'elle contrevenait à la règle fondamentale, codifiée à l'art. 19 de la Loi type – qui était applicable à cet arbitrage, puisqu'il s'était déroulé en Ontario –, conférant au tribunal arbitral le pouvoir de déterminer, en l'absence d'accord des parties, les règles de la procédure arbitrable applicables à des questions non spécifiquement régies par la Loi type[497]. Du reste, cette décision semble bel et bien compatible avec l'existence d'un pouvoir général de supervision judiciaire des arbitrages conventionnels, conférant aux cours supérieures canadiennes le pouvoir d'octroyer toutes sortes de mesures procédurales qu'elles jugent appropriées.

188. – D'autres juges semblent, en revanche, concevoir l'étendue de leurs pouvoirs inhérents d'une manière beaucoup plus limitée, comme le révèlent deux décisions québécoises, que l'on peut citer en exemple. Dans la première affaire – une affaire *Berthout* –, la Cour supérieure était saisie d'une requête en provision pour frais incidente à un litige porté à l'arbitrage conformément à une clause compromissoire contenue dans une convention entre actionnaires[498]. La requête était notamment fondée sur le pouvoir inhérent dont disposeraient les juges canadiens d'intervenir relativement à un arbitrage conventionnel – en l'occurrence pour y prêter assistance. Mais l'argument fut rejeté par la Cour, qui précisa que la théorie des pouvoirs inhérents ne pouvait pas être invoquée afin de permettre à ces derniers d'intervenir au-delà des cas prévus au Titre 1 du Livre VII du C.p.c.

---

[497] Les extraits pertinents de la décision de la Cour méritent d'être reproduits, puisqu'ils montrent bien que la Cour fut tout simplement en désaccord – en opportunité – avec la décision rendue par les arbitres, ce qui rend son intervention d'autant plus déplorable (*Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand) aux pp. 85-86 (O.R.)) : « It appears that the basis for the majority's opinion and conclusion is that there is nothing in the rules of procedure of the parties, the Model Law or the ICAA mandating the release of the opinion. The majority is correct. But, neither is there anything preventing the release of a dissent. It is simply not addressed. It is my opinion that, absent an agreement to the contrary by the parties (and there is none), and absent any provision in the Model Law or the ICAA to prevent a dissent by an arbitrator (and there are none), the tribunal does not require a specific mandating provision to release a dissent. It is my view that Mr. Gao's dissent should be released ».

[498] *Berthout* c. *IC2C Communications Inc.*, [1998] R.J.Q. 1263.

La seconde affaire concernait un arbitrage commercial international opposant Air France à la Libyan Arab Airlines[499]. La partie demanderesse avait demandé à la Cour supérieure d'intervenir afin de stopper un arbitrage *ad hoc* se déroulant à Montréal, au motif que le tribunal arbitral avait été irrégulièrement constitué et qu'une sentence partielle rendue en cours d'instance était irrégulière, premièrement parce qu'elle ne tranchait pas les questions que lui avait soumises la partie demanderesse, deuxièmement parce qu'elle avait été rendue en dehors des délais convenus par les parties. L'intervention judiciaire qui était envisagée n'est expressément prévue ni dans la Loi type, ni dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. La demanderesse fit valoir que la Cour supérieure pouvait néanmoins intervenir et invoqua, entre autres, la théorie du pouvoir inhérent d'intervention des cours supérieures en matière d'arbitrage conventionnel. L'idée qu'un juge dispose d'un tel pouvoir lui permettant d'intervenir dans d'autres cas que ceux prévus au Titre 1 du Livre VII du C.p.c. a cependant été rejetée tant par la Cour supérieure que par la Cour d'appel. Tous les juges saisis de l'affaire ont été d'avis que la règle – inspirée de l'art. 5 de la Loi type – prévoyant l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans ce titre du C.p.c. n'était aucunement limitée par les pouvoirs inhérents des cours supérieures canadiennes.

189. – Si ces pouvoirs ne bénéficiaient d'aucune protection constitutionnelle, il faudrait conclure que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type s'oppose catégoriquement à la thèse voulant que ces cours disposent d'un pouvoir général de supervision de toute instance arbitrale. L'existence d'un tel pouvoir – permettant aux juges d'intervenir comme bon leur semble – est radicalement incompatible avec une règle forçant le Législateur à préciser tous les cas d'intervention judiciaire et visant ainsi à permettre aux opérateurs du commerce international de connaître avec un maximum de certitude les circonstances dans lesquelles les tribunaux judiciaires pourront prêter assistance à l'arbitrage ou encore en contrôler la légalité. Ce pouvoir et cette règle ne peuvent tout simplement pas coexister au sein d'un même ordre juridique[500]. En raison de la protection constitutionnelle dont bénéficient ces pouvoirs, il est cependant nécessaire de pousser

---

[499] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.).

[500] Voir, en ce sens, une récente décision de la Cour supérieure du Québec, dans laquelle ne fut cependant pas abordée la dimension constitutionnelle des pouvoirs inhérents des cours supérieures canadiennes : *Le Groupe Charles Lacroix* c. *Le Syndicat des travailleurs horaires de l'amiante C.S.N., Inc.*, REJB 2002-35285.

l'analyse plus loin et de vérifier s'il est exact d'affirmer que les pouvoirs inhérents des cours supérieures canadiennes comprennent un pouvoir général d'intervention relative à toute instance arbitrale. À la réflexion, il semble que ça ne soit pas le cas.

190. – D'abord, l'argument ne tient pas d'un point de vue strictement historique. C'est du moins ce qu'a jugé la Chambre des Lords en 1981, après avoir réexaminé les autorités sur lesquelles s'était appuyée la Cour d'appel dans les deux arrêts qu'elle avait rendus en 1979[501]. L'affirmation de Lord DENNING voulant que la common law ait évolué d'une manière telle que les précédents avaient consacré l'idée voulant que les pouvoirs inhérents des cours supérieures comprennent un pouvoir général de supervision des instances arbitrales, fut jugée tout simplement erronée[502]. Les Lords soulignèrent aussi – à très juste titre – le caractère hautement inopportun de la thèse à laquelle avait adhéré la Cour d'appel, puisqu'elle était susceptible de décourager les opérateurs du commerce international d'arbitrer à Londres en raison de l'importante incertitude qu'elle entraînait s'agissant des cas dans lesquels les juges anglais pouvaient intervenir[503]. Mais le point le plus important est sans aucun doute la conclusion à laquelle est arrivée la Chambre des Lords sur l'aspect historique : si les cours supérieures n'ont jamais exercé un tel pouvoir général de surveillance à l'égard d'instances arbitrales, on voit mal comment le refus de leur reconnaître aujourd'hui ce pouvoir « mutilerait l'institution qui est au cœur de notre système judiciaire », pour reprendre la formule colorée qu'a employée le juge en chef A. LAMER dans l'affaire *MacMillan Bloedel*[504].

191. – Cet argument n'est cependant pas nécessairement déterminant, puisque l'on

---

[501] *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 à la p. 977 et suiv. Voir aussi, en ce sens, la décision rendue dans *Biakh* c. *Hyundai Corporation*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 187 (Q.B.).

[502] Il faut cependant savoir que l'on reconnaissait que les pouvoirs inhérents des cours supérieures leur permettaient notamment d'annuler une sentence arbitrale au motif qu'elle contenait une erreur manifeste de droit ou de fait (voir, en ce sens : I.H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 C.L.P. 23 à la p. 49; M.J. Mustill et S.C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2e ed, Butterworths, London, 1989 aux pp. 553-554). Ce pouvoir fut aboli par le Parlement anglais en 1979. Cependant, comme au Canada les pouvoirs inhérents des cours supérieurs ne peuvent être écartés législativement, il est possible que les juges canadiens disposent d'un pouvoir inhérent – constitutionnellement garanti et que n'auraient donc pu écarter les lois y régissant l'arbitrage commercial international – leur permettant d'annuler tout sentence arbitrale comportant une erreur manifeste de droit ou de fait. Voir cependant la discussion au par. suivant.

[503] *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 à la p. 979.

[504] *MacMillan Bloedel Ltd.* c. *Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725 à la p. 754.

pourrait très bien répondre que le contenu des pouvoirs inhérents dont disposent les cours supérieures canadiennes peut assurément évoluer, qu'il n'est pas fixé dans le temps. Néanmoins, en sus de l'inopportunité évidente de la thèse défendue par Lord DENNING, qu'a bien soulignée la Chambre des Lords, l'existence d'un pouvoir général de supervision de toute instance arbitrale de source conventionnelle paraît indéfendable sur le plan théorique. En effet, la théorie des pouvoirs inhérents ne vise – et ne peut viser – que la justice administrée par le biais du système judiciaire étatique, puisqu'elle a d'abord et avant tout pour but de justifier l'existence de pouvoirs *accessoires* qui permettent aux cours supérieures d'exercer correctement *leur propre compétence.* Comme la souligné I.H. JACOB, « [t]he jurisdiction which is inherent in a superior court of law *is that which enables it to fulfill itself as a court of law* »[505]. Pour conclure que les pouvoirs inhérents des cours supérieurs peuvent viser une instance arbitrale, il faudrait donc admettre que l'arbitrage conventionnel est rattaché à l'appareil judiciaire étatique. Or, une telle conception de l'arbitrage a longtemps prévalu en Angleterre – elle fut même expressément consacrée par le Parlement en 1889[506] –, mais elle est aujourd'hui totalement dépassée[507], de sorte qu'on ne saurait admettre que ces pouvoirs inhérents puissent intéresser de quelque manière que ce soit l'intervention des tribunaux judiciaires en matière d'arbitrage conventionnel.

C'est ce raisonnement que semble avoir eu à l'esprit la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Berthout*, dont on vient de discuter. En rejetant l'argument de la requérante voulant que ses pouvoirs inhérents lui permettent d'octroyer la provision pour frais demandée, la Cour souligna que ceux-ci ne lui étaient d'aucun secours puisqu'un litige porté à l'arbitrage relève de la compétence exclusive du tribunal arbitral. Comme la Cour n'est donc pas compétente à l'égard d'un tel litige, d'aucune manière ne saurait-on considérer que son

---

[505] I.H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 C.L.P. 23 à la p. 27.

[506] *Arbitration Act 1889*, 52 & 53 Vict., c. 49; voir, sur ce point : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2e ed, Butterworths, London, 1989 à la p. 447.

[507] Le Parlement britannique l'a d'ailleurs abandonnée en 1950 : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2e ed, Butterworths, London, 1989 aux pp. 447-448. Comme l'ont souligné ces auteurs particulièrement autorisés, toute possibilité que les cours supérieures bénéficient de pouvoirs inhérents d'intervention dans un arbitrage conventionnel fut écartée par cette réforme. Voir aussi, rejetant l'idée que l'arbitrage conventionnel soit de quelque manière que ce soit rattaché à l'appareil judiciaire étatique : B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 à la p. 29 et suiv. La Cour d'appel du Québec a clairement signalé son adhésion à la thèse autonomiste lorsqu'elle a qualifié l'arbitrage conventionnel de « juridiction privée » dans l'affaire *Condominiums Mont St-Sauveur Inc.* c. *Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 à la p. 2785; voir aussi son arrêt dans *Anjar Investments Ltd.* c. *Colombani*, [1989] A.Q. (Quicklaw) No. 302, où elle affirme que « [l]'arbitrage conventionnel n'est, cela procède de sa nature même, pas une instance judiciaire ».

immixtion dans la procédure arbitrale puisse être nécessaire à l'exercice de *sa propre compétence*[508]. Voilà une décision qui mérite d'être approuvée sans réserve.

2) L'hypothèse de l'application à un tribunal arbitral conventionnel du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures

192. – En plus de soutenir que les pouvoirs inhérents des cours supérieures canadiennes leur confèrent un pouvoir général de supervision de toute instance arbitrale, on a tenté de les convaincre qu'un tribunal arbitral fait partie des tribunaux assujettis au pouvoir général dit de surveillance et de contrôle dont ils diposent. La question est d'un intérêt pratique certain, puisque ce pouvoir de surveillance et de contrôle s'exerce par le biais de divers recours – qui, étant liés aux pouvoirs inhérents des cours supérieures, voient leur disponibilité garantie par la Constitution canadienne[509] – susceptibles de conduire le juge à intervenir au-delà des cas prévus dans les lois régissant l'arbitrage commercial international[510]. Par exemple, la disponibilité du recours en évocation permettrait, *à tout moment pendant l'instance arbitrale*, à une cour supérieure d'intervenir afin de statuer sur la compétence du tribunal arbitral, ce que les lois régissant l'arbitrage commercial international ne permettent pas.

193. – Au premier coup d'œil, on a l'impression que la jurisprudence canadienne a, depuis longtemps, exclu toute possibilité qu'un tribunal arbitral soit assujetti au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures canadiennes. La question s'est surtout posée dans le cadre de recours en évocation, plusieurs plaideurs ayant tenté de convaincre les juges de ces cours d'exercer le pouvoir inhérent dont ils disposent de « contraindre les tribunaux inférieurs à agir dans le cadre de leur compétence »[511]. Or, à l'exception de quelques décisions critiquées par la doctrine[512], les juges canadiens refusent depuis

---

[508] *Berthout* c. *IC2C Communications Inc.*, [1998] R.J.Q. 1263 à la p. 1267.

[509] Voir, en ce sens, l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Noël* c. *Société d'Énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207 à la p. 223.

[510] Il ne paraît pas nécessaire, pour les fins des présentes, de présenter et d'analyser ces divers recours. On se contentera de renvoyer le lecteur aux ouvrages suivants : R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. III, 2e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989 à la p. 511 et suiv.; D.J. Mullan, *Administrative Law*, Toronto, Irwin, 2001 à la p. 401 et suiv.

[511] R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. III, 2e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989 à la p. 540.

[512] Voir, par ex. : *Guifer Ltée* c. *Sofio*, J.E. 85-1051 (C.S. Qué.); *Lincora Metal Inc.* c. *H. D'amours et Associés Inc.*, [1990] R.J.Q. 402 (C.S. Qué.). En doctrine, voir : L. Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », (1990) 21 R.D.U.S. 303; S. Thuilleaux, *L'arbitrage*

longtemps d'admettre qu'un recours en évocation puisse être exercé à l'endroit d'un tribunal arbitral[513]. Ce doit donc être – pourrait-on croire – parce que ceux-ci ne sont pas assujettis au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures.

194. – Si certains juges l'ont expressément affirmé[514], d'autres – avec certains auteurs – ont en revanche conclu qu'un tribunal arbitral est bel et bien soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures canadiennes, et ce, même s'il ne pouvait être visé par un recours en évocation[515]. Ce raisonnement fut également adopté par la Cour suprême du Canada en 1983 dans l'affaire *Roberval Express* : après avoir réitéré l'indisponibilité du recours en évocation à l'endroit d'un tribunal arbitral, la Cour a affirmé son assujettissement au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures canadiennes, en s'appuyant sur deux de ses arrêts antérieurs dans lesquels la question ne fut pourtant pas réellement abordée[516].

Ces deux conclusions sont pourtant résolument incompatibles. Le recours en évocation, par nature, vise tous les tribunaux soumis aux pouvoirs de surveillance et de contrôle des cours supérieures, comme le précise d'ailleurs l'art. 846 du C.p.c. On ne peut donc à la fois affirmer, d'une part, que ce recours ne peut être exercé à l'endroit d'un tribunal arbitral et

---

commercial au Québec – Droit interne – droit international privé, pr. A.L.C. de Mestral, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 aux pp. 119-121.

[513] Voir, par ex. : *Howe Sound Co.* c. *International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), local 663*, [1962] R.C.S. 318; *Port Arthur Shipbuilding Co.* c. *Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Roberval Express Ltée* c. *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvrier, local 106*, [1983] 2 R.C.S. 888.

[514] Voir, par ex. : *Saine* c. *Crépeau*, [1977] R.P. 111 (C.A. Qué.); *Société Radio-Canada* c. *Union des artistes*, dans H. Reid et D. Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1981, p. 616 (1978, C.A. Qué.); *Régie de l'assurance-maladie du Québec* c. *Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (C.A. Qué.); *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.).

[515] Voir, par ex. : *Kruger Pulp & Paper Ltd.* c. *Maheu*, [1977] C.S. 218; G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2e ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982 aux pp. 346 -347; M. Lalonde, J.N. Buchanan et J.C. Ross, « Domestic and International Commercial Arbitration in Quebec : Current Status and Perspectives for the Future », (1985) 45 R. du B. 705. 733; D. Ferland, « Le recours en évocation est-il recevable pour contrôle la légalité d'une sentence d'un arbitre consensuel ? », (1986) 46 R. du B. 278 à la p. 281; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. III, 2e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989 à la p. 616; *Régie des installations olympiques* c. *Québec (Tribunal arbitral)*, [1990] A.Q. (Quicklaw) No. 1870 (C.A. Qué.); *Québec (Procureur général)* c. *Du Mesnil*, REJB 97-03059 (C.S. Qué.).

[516] *Roberval Express Ltée* c. *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvrier, local 106*, [1983] 2 R.C.S. 888 aux pp. 895-899. La Cour suprême s'est appuyée sur les arrêts *Port Arthur Shipbuilding Co.* c. *Arthurs*, [1969] R.C.S. 85 et *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC)* c. *Canadian Broadcasting Corp.*, [1975] 1 R.C.S. 118, dans lesquels, écrit-elle, l'assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieurs avait été affirmé.

soutenir, d'autre part, que ceux-ci demeurent assujettis au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures, laissant ainsi entendre que d'autres recours mettant en œuvre ce pouvoir pourraient être exercés à son endroit. Mais jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada se prononce sur la question le 21 mars 2003 dans l'affaire *Desputeaux*[517], la question de l'assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures canadiennes demeurait néanmoins assez incertaine en droit positif.

195. – À la réflexion, il semble bien qu'une réponse négative s'imposait. En effet, le pouvoir de surveillance et de contrôle reconnu aux cours supérieures est issu du droit *public* anglais[518]. Comme l'a souligné à très juste titre la Cour suprême du Canada en 1991, ce pouvoir a pour principal fondement le principe de la primauté du droit (*rule of law*), qui implique notamment que « l'exercice du pouvoir *public* doit être contrôlé et en corollaire, que l'*administré* doit posséder les recours appropriés pour se protéger contre l'arbitraire »[519]. Puisqu'il vise donc à assurer la légalité de l'action *administrative*, le pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures ne peut avoir pour objet un acte de nature purement privée, caractère que revêt incontestablement les actes accomplis par un tribunal arbitral. Voilà sans doute pourquoi les tribunaux anglais ont – de manière tout à fait opportune – refusé de reconnaître qu'un tribunal arbitral puisse, de quelque manière que ce soit, être assujetti au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures[520].

Il est donc tout à fait heureux que la Cour suprême du Canada ait affirmé, dans son arrêt *Desputeaux*[521], qu'un tribunal arbitral conventionnel n'est pas assujetti au pouvoir de

---

[517] *Desputeaux* c. *Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand).

[518] Voir notamment, en ce sens : G.E. Le Dain, « The Supervisory Jurisdiction in Quebec », (1957) 35 R. du B. can. 788 aux pp. 791 et 796. Voir aussi les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Three Rivers Boatman Ltd.* c. *Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607 à la p. 615 et suiv. et *Immeubles Port Louis Ltée* c. *Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326 à la p. 358 et suiv. Sur la question, voir aussi, de manière générale : L.L. Jaffe et E.G. Henderson, « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins », (1956) 72 L.Q.R. 345.

[519] *Immeubles Port Louis Ltée* c. *Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326 aux pp. 358 et 360 [italiques ajoutés]; voir aussi, en ce sens, les propos de H.W.R. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 à la p. 494 et suiv.

[520] *R.* c. *National Joint Council for the Craft of Dental Technicians (Disputes Committee), Ex parte Neate*, [1953] 1 Q.B. 704; *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 aux pp. 978-979; *Biakh* c. *Hyundai Corporation*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 187 (Q.B.) à la p. 190

[521] *Desputeaux* c. *Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand) aux n^{os} 68-69.

surveillance et de contrôle des cours supérieures et qu'elle ait aussi cité avec approbation certaines autorités[522] adhérant clairement à la thèse voulant que cette conclusion soit justifiée par le fait que ce pouvoir ne peut avoir pour objet un acte de nature purement privée. Cette même thèse fut aussi adoptée par la Cour d'appel du Québec dix jours après l'arrêt *Desputeaux*[523], de sorte que l'on peut aujourd'hui affirmer que l'idée voulant que les cours supérieures canadiennes puissent intervenir – en vertu du pouvoir de surveillance et de contrôle dont elles disposent – dans d'autres cas que ceux prévus dans les lois régissant l'arbitrage commercial international a été définitivement écartée par la jurisprudence.

D) La règle ne peut être écartée conventionnellement par les parties

196. – Après avoir établi que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type vise toute forme d'assistance ou de contrôle judiciaires relatifs à un arbitrage commercial international, qu'elle n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for et que les pouvoirs inhérents dont disposent les cours supérieures n'en limitent aucunement la portée, on peut de se demander si elle peut être exclue conventionnellement par les parties – autrement dit si elle est impérative ou non. La question n'est pas sans intérêt d'un point de vue pratique, pour au moins deux raisons.

D'abord, il est tout à fait possible que les parties à un arbitrage commercial international veuillent pouvoir solliciter l'intervention d'un juge dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type. Par exemple, il n'est pas impensable que toutes les parties à un litige conviennent – en raison des circonstances particulières d'une affaire – qu'il serait opportun de faire trancher par un juge, et avant même que la procédure arbitrale n'ait été entreprise, une incertitude au sujet de l'efficacité de la convention d'arbitrage, comme un problème ayant trait à sa portée *rationae materiae*. La Loi type permet au juge d'intervenir avant le prononcé de la sentence afin de contrôler la compétence du tribunal arbitral, mais seulement après une décision du tribunal arbitral sur cette question[524]. Or, le droit judiciaire privé en vigueur au Canada met à

---

[522] Il s'agit surtout des jugements rendus par la Cour supérieure du Québec dans *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, Saint-Joseph, Saint-Roch* c. *Constructions Méridien Inc.*, [1996] R.J.Q. 1236 et *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392.

[523] Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner).

[524] Voir *infra*, n° 442 et suiv.

la disposition des justiciables des recours de droit commun – tel le recours en jugement déclaratoire et le recours en injonction – qui pourraient être utilisés par les parties[525], d'où l'intérêt de savoir si elles devraient pouvoir convenir de passer outre à la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type afin d'obtenir un jugement sur l'efficacité de la convention d'arbitrage avant même que la procédure arbitrale n'ait débuté.

La question est également importante pour une autre raison. Il arrive parfois que les juges canadiens interviennent – en vertu de pouvoirs mis à leur disposition par le droit judiciaire commun – au-delà des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type, mais sans que la règle découlant de l'art. 5 n'ait été invoquée par la partie qui pouvait le faire. On peut citer en exemple l'affaire *T.S. Manufacturing*, où la Cour supérieure du Québec fut saisie d'un recours en jugement déclaratoire visant à vérifier l'efficacité d'une convention d'arbitrage en vertu de laquelle une procédure d'arbitrage avait été entreprise[526]; la Cour accepta de statuer sur la compétence du tribunal arbitral et le fait que nulle part dans sa décision n'a-t-elle fait mention de l'art. 940.3 du C.p.c. laisse croire que la partie défenderesse ne s'est jamais opposée à la recevabilité du recours. Or, si la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type n'est pas impérative, il faudrait considérer que le défaut de la partie défenderesse de l'avoir invoquée témoigne de l'intention des parties de l'écarter; d'aucune manière ne pourrait-on alors reprocher à la Cour supérieure d'avoir accepté de statuer sur la compétence du tribunal arbitral. En revanche, si la règle est impérative, la décision rendue par la Cour supérieure doit être critiquée, au motif que le recours entrepris par la partie demanderesse était irrecevable. La question de savoir si les parties peuvent écarter conventionnellement la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type peut donc avoir d'importantes incidences sur l'appréciation que l'on peut donner à des précédents où des juges ont accepté d'intervenir dans d'autres cas que ceux prévus dans les lois régissant l'arbitrage commercial international.

197. – La Loi type est silencieuse en ce qui a trait à la faculté des parties d'exclure conventionnellement la règle découlant de l'art. 5. La question fut cependant abordée lors de

---

[525] Voir *infra*, n° 200 et suiv.

[526] *T.S. Manufacturing Company* c. *Les Entreprises Ribeyron Ltd.*, C.S. Qué., 7 janvier 1999, décision inédite.

l'élaboration de la Loi type. On a suggéré de modifier le texte de l'art. 5 afin de consacrer la faculté des parties d'élargir les cas d'intervention judiciaire possibles en matière d'arbitrage commercial international. Cette suggestion n'a cependant pas rallié la majorité des membres, et les travaux préparatoires révèlent qu'elle fut rejetée parce que la CNUDCI ne considérait pas souhaitable de permettre aux parties d'accroître l'étendue du contrôle et de l'assistance possibles en matière d'arbitrage commercial international[527]. La décision qu'a prise la CNUDCI paraîtra peut-être contestable aux yeux de certains, étant donné que les règles de l'arbitrage commercial international reposent aujourd'hui – on le sait fort bien – sur un principe général consacrant la faculté des parties de convenir des modalités de la procédure arbitrale afin qu'elles puissent les adapter à leurs besoins[528]; on pourrait donc souhaiter qu'elles soient libres, du moins en principe, de convenir du degré d'intervention judiciaire possible et, du coup, d'élargir les cas d'intervention si elles le jugent souhaitable.

Mais à bien y penser, la CNUDCI a pris une décision qui est parfaitement justifiable. En effet, les intérêts des parties à un arbitrage commercial international ne sont pas les seuls qui importent lorsqu'il s'agit de fixer l'étendue de l'intervention judiciaire possible. L'État a un intérêt dont il faut tenir compte, puisque ce sont ses propres ressources qui sont sollicitées lorsqu'une partie demande à un juge une mesure d'assistance ou de contrôle relative à un arbitrage commercial international; aucun État n'accepterait de laisser aux parties une liberté totale s'agissant de la détermination des cas et des circonstances dans lesquelles l'intervention de ses tribunaux pourra être sollicitée. Ce point a été souligné très justement par H. HOLTZMANN et J.E. NEUHAUSS lorsqu'ils ont expliqué la décision de la CNUDCI de rejeter la suggestion qui avait été faite de consacrer le caractère supplétif de l'art. 5 : « It may be added that allowing the parties in this fashion to regulate the competence of courts is a question that deeply involves public issues such as docket control and the desirability of providing relief in a single action. These matters are normally reserved for decision by

---

[527] Voir : *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 19, n° 64.

[528] Voir notamment, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 102, n° 188 et à la p. 648 et suiv. (n° 1199 et suiv.). Voir également, d'un point de vue canadien : *A Bianchi S.R.L.* c. *Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681; CLOUT #186 (C.S. Qué.); *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand); *Desputeaux* c. *Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand) au n° 70.

legislatures or the courts themselves »[529]. Ainsi, on peut voir le modèle législatif préparé par la CNUDCI comme un système complet, recherchant un juste équilibre entre l'intervention judiciaire dont pourront avoir besoin les opérateurs du commerce international et les ressources que les États seront prêts à consacrer à des procédures arbitrales qui – il ne faut jamais l'oublier – n'auront parfois qu'un lien très ténu avec le for. Il était donc parfaitement acceptable que la CNUDCI refuse, afin de ne pas rompre cet équilibre, de donner aux parties la liberté d'élargir les cas d'intervention judiciaire possibles.

198. – Une difficulté particulière apparaît cependant lorsque l'on envisage la question du point de vue du droit québécois. En effet, l'art. 940.3 du C.p.c., qui reprend l'art. 5 de la Loi type, ne fait pas partie de la liste des dispositions impératives du Titre 1 du Livre VII qui se trouve à l'art. 940 du C.p.c. : doit-on en déduire que l'Assemblée nationale a voulu s'écarter de la décision prise par la CNUDCI et qu'elle a donc voulu permettre aux parties d'exclure conventionnellement la règle découlant de l'art. 940.3 du C.p.c. ?

À la réflexion, il semble qu'il faille répondre à cette question par la négative, pour trois raisons. Premièrement, si telle avait réellement été l'intention du Législateur, on s'attendrait à trouver dans les travaux préparatoires pertinents des éléments en attestant. Or il n'y en a pas; au contraire, ceux-ci indiquent plutôt que l'Assemblée nationale n'a pas eu l'intention de modifier de quelque manière que ce soit la règle découlant de l'art. 5 de la Loi type[530] . L'argument n'est pas déterminant, mais il s'agit néanmoins d'un premier élément d'analyse pertinent. Deuxièmement, il est difficile de croire que l'Assemblée nationale ait voulu permettre aux parties d'écarter conventionnellement la règle de l'art. 940.3 du C.p.c. étant donné qu'elle a pris la peine de préciser, à l'art. 940 du C.p.c., le caractère impératif des dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. qui excluent toute possibilité que certains jugements rendus avant le prononcé d'une sentence arbitrale soient portés en appel[531]. Il ne semblerait pas très logique qu'elle ait voulu permettre aux parties d'élargir les cas

[529] H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 219.

[530] Québec, *Journal des débats – Commission permanente des institutions* (16 septembre 1986) à la p. 555.

[531] Il s'agit plus précisément des art. 941.3 (pas d'appel d'un jugement disposant d'une demande d'assistance visant à assurer la constitution du tribunal arbitral), 942.7 (pas d'appel d'un jugement portant sur la récusation d'un arbitre), 943.2 (pas d'appel d'un jugement disposant, en cours d'instance arbitrale, d'une objection à la compétence du tribunal arbitral), 945.8 (pas d'appel d'un jugement disposant d'une demande visant l'octroi de mesures procédurales en marge d'une procédure recherchant la rectification ou l'interprétation d'une sentence arbitrale, ou demandant que celle-ci soit complétée).

d'intervention judiciaire possibles tout en leur interdisant par ailleurs d'écarter conventionnellement des dispositions excluant des droits d'appel. Si l'Assemblée nationale a pris la peine de préciser le caractère impératif de ces dispositions, c'est sans doute parce qu'elle considérait qu'il était dans l'intérêt public de ne pas permettre aux parties d'élargir l'intervention judiciaire possible en vertu du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. Troisièmement, si l'Assemblée nationale avait réellement voulu que les tribunaux québécois puissent intervenir dans d'autres cas que ceux prévus actuellement au Titre 1 du Livre VII du C.p.c., n'aurait-elle pas tout simplement apporté les modifications nécessaires à même ce titre du C.p.c., afin d'éviter toute incertitude à cet égard ? À la lumière de ces données, il semble préférable de conclure que l'art. 940.3 du C.p.c. ne peut être écarté conventionnellement par les parties.

Mais cette thèse n'est-elle pas résolument incompatible avec l'absence de toute mention de l'art. 940.3 dans la liste dressée à l'art. 940 ? Non, puisqu'elle peut s'expliquer autrement. En effet, il est possible que l'Assemblée nationale ait choisi de ne pas l'inclure non pas parce qu'elle voulait permettre aux parties d'*élargir* les cas d'intervention judiciaire possibles, mais simplement parce qu'elle voulait consacrer le plus clairement possible la liberté des parties d'apporter des modifications conventionnelles aux cas d'intervention mentionnés au Titre 1 du Livre VII du C.p.c. *n'ayant pas pour effet d'élargir l'intervention judiciaire possible*. On peut illustrer cette nuance par l'exemple suivant, qui concerne le contrôle judiciaire des qualités nécessaires d'un arbitre. L'article 942.4 du C.p.c. prévoit que si la récusation d'un arbitre ne peut être obtenue en vertu de la procédure prévue à l'art. 942.3 du C.p.c.[532], une partie peut – dans les trente jours – demander à un juge de se prononcer sur la question. Il est possible que les parties veuillent se doter d'une procédure permettant l'intervention du juge en cours d'instance sur une question de récusation, mais s'écartant, pour des motifs d'opportunité, de la procédure énoncée à l'art. 942.3[533]. Si l'art. 940.3 du C.p.c. avait été inclus dans la liste contenue à l'art. 940, une telle modification de la procédure de récusation aurait pu poser problème : bien que celle-ci n'ait aucunement vocation à accroître le pouvoir

[532] Qui prévoit que : « La partie qui propose une récusation expose par écrit ses motifs aux arbitres dans les 15 jours de la date où elle a eu connaissance de la nomination de tous les arbitres ou d'une cause de récusation. Si l'arbitre dont la récusation est proposée ne se retire pas ou si l'autre partie n'accepte pas la récusation, les autres arbitres se prononcent sur la récusation ».

[533] Afin, par ex., qu'un demande de récusation soit présentée d'abord non pas aux autres arbitres, mais plutôt à un tiers – comme une institution d'arbitrage.

d'intervention des tribunaux québécois, un juge appelé à intervenir lorsque la récusation n'a pu être obtenue en vertu de la procédure convenue par les parties aurait pu refuser de le faire au motif que – quoi qu'en disent les parties – le seul cas d'intervention envisagé au Titre 1 du Livre VII du C.p.c. est l'intervention survenant après le déroulement de la procédure *prévue à l'art. 942.3 du C.p.c.* Une telle interprétation aurait été beaucoup trop rigide, puisque l'État n'a aucun intérêt légitime à limiter la faculté des parties d'apporter des modifications conventionnelles aux cas d'intervention prévus au Titre 1 du Livre VII qui ne sont pas susceptibles d'alourdir la tâche de ses juges; elle n'aurait pas non plus été en harmonie avec le fondement de la règle découlant de l'art. 5 de la Loi type, qui ne vise qu'à préciser l'*étendue maximale* de l'intervention judiciaire possible. Mais une telle interprétation aurait pu être retenue. C'est donc possiblement afin d'éviter toute confusion sur ce point que l'Assemblée nationale a préféré ne pas inclure l'art. 940.3 du C.p.c. dans la liste dressée à l'art. 940 C.p.c.

§ III. Mise en évidence du phénomène de neutralisation qu'entraîne la règle

199. – La règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type a donc pour effet d'entraîner la neutralisation de toutes les règles internes susceptibles de permettre à un juge d'intervenir afin de prêter assistance à un arbitrage dont le siège est situé sur le territoire du for ou d'en contrôler la légalité dans d'autres cas que ceux prévus dans la loi du for régissant l'arbitrage commercial international. Afin de montrer que ce phénomène de neutralisation est bien réel – qu'il existe, en d'autres termes, des règles proprement internes que neutralise effectivement la règle –, il convient de mettre en évidence certains exemples d'incidences de la règle, choisis en raison de l'importance qu'ils revêtent d'un point de vue pratique. D'abord, il en découle que les juges canadiens ne peuvent intervenir, comme ils pouvaient le faire avant les réformes législatives des années 80, afin de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international sur le fondement du pouvoir général dont ils disposent d'émettre des injonctions à l'encontre de poursuites (A). Ensuite, ils ne peuvent plus intervenir afin de contrôler la légalité d'un tel arbitrage sur le fondement de leur pouvoir général de prononcer des jugements déclaratoires ou en nullité (B). Enfin, les juges canadiens ne peuvent plus faire usage de leur pouvoir d'injonction afin d'ordonner la cessation d'une action intentée devant un tribunal judiciaire étranger en violation d'une convention d'arbitrage (C).

A) L'indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'un arbitrage

200. – Les juges des cours supérieures des juridictions canadiennes de common law disposent, en raison de la compétence d'*equity* héritée du système judiciaire anglais, de pouvoirs d'injonction qu'exerçait autrefois le Chancelier anglais et qui leur permettent d'ordonner à une personne, dans certaines circonstances et sous certaines conditions, d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte donné. L'injonction existe aussi au Québec; la jurisprudence a d'abord refusé d'en reconnaître la disponibilité au motif que les juges n'avaient pas hérité de la compétence d'*equity* reconnue aux tribunaux anglais[534], mais des réformes législatives en ont subséquemment confirmé l'existence[535] et la jurisprudence reconnaît aujourd'hui très clairement les liens étroits qu'entretiennent l'injonction du C.p.c. québécois et le recours d'*equity* du même nom[536].

201. – Les tribunaux anglais reconnaissent depuis longtemps la possibilité que l'injonction soit utilisée à l'encontre d'un arbitrage conventionnel. Avant la réforme du droit de l'arbitrage de 1996, identifier avec précision les circonstances dans lesquelles les juges anglais étaient susceptibles d'émettre une injonction à l'encontre d'un arbitrage n'était cependant pas une tâche facile[537]. Clairement, la jurisprudence admettait la disponibilité de l'injonction afin d'empêcher un arbitre d'agir en raison de l'existence de doutes quant à son

---

[534] *Carter* c. *Breakey*, (1877) 3 R.J.Q. 113 (C.S. Qué.).

[535] Sur les circonstances entourant l'introduction de l'injonction en droit québécois, voir tout particulièrement : A. Prujiner, *Contribution à une théorie du droit judiciaire d'urgence : étude comparative de l'injonction interlocutoire et du référé*, Thèse, Université Laval, 1979; A. Prujiner, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 C. de D. 249; voir aussi : G. Massé, « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 R. du B. 659 à la p. 666 et suiv.

[536] Voir, par ex., les arrêts de la Cour suprême du Canada dans *Côté* c. *Morgan*, (1877-83) 7 R.C.S. 1 et *Trudel* c. *Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236. Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Lambert* c. *P.R.D. Rim-Spec Inc.*, [1991] R.J.Q. 2174 aux pp. 2180-2181 (C.A. Qué.).

[537] L'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23 a circonscrit les pouvoirs du juge anglais d'émettre une injonction à l'encontre d'un arbitrage; celle-ci n'est mentionnée qu'à l'art. 72(1), qui prévoit que : « [a] person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question - (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, or (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement, *by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief* » [italiques ajoutés]. Certains auteurs semblent cependant d'avis que l'injonction à l'encontre de l'arbitrage est disponible dans d'autres circonstances, non expressément prévues dans la loi (voir par ex. : D.St.J. Sutton, J. Kendall et J. Gill, dir., *Russell on Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1997 aux pp. 335-337, n° 7-024), bien que la règle découlant de l'art. 1(*c*) (au sujet de laquelle voir *supra*, n° 166) semble s'y opposer. Sur le recours à l'injoncion à l'encontre de poursuites en matière d'arbitrage, voir : E. Gaillard : « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 2004.47

impartialité[538]. Certains juges admettaient également la disponibilité de l'injonction pour cause d'invalidité de la convention d'arbitrage[539]. La Chambre des Lords avait jugé que l'injonction était aussi disponible afin d'empêcher une partie de poursuivre l'arbitrage lorsque son défaut d'exécuter les obligations lui incombant en vertu de la convention d'arbitrage avait entraîné la répudiation de celle-ci[540]. D'autres décisions admettaient qu'une injonction puisse être octroyée lorsque les parties avaient, au cours de l'instance arbitrale, renoncé à la convention d'arbitrage[541].

202. – Puisque les pouvoirs d'injonction dont disposent les juges canadiens proviennent du droit anglais, il ne fait aucun doute qu'ils leur permettent d'intervenir relativement à un arbitrage dans des circonstances similaires; la doctrine la plus autorisée l'admet d'ailleurs sans réserve[542]. Certaines lois canadiennes régissant spécialement l'arbitrage interne font même expressément mention de la possibilité qu'une injonction soit émise par un juge canadien à l'encontre d'un arbitrage conventionnel[543]. Un auteur, sans toutefois approfondir la question, a douté que les pouvoirs d'injonction dont disposent les juges québécois leur permettent d'intervenir relativement à un arbitrage conventionnel[544], mais à bien y penser, il

---

[538] Voir, par ex. : *Malmesbury Railway Co.* c. *Budd*, (1876) 2 Ch. D. 113; *Beddow* c. *Beddow*, (1879) 9 Ch. D. 89; *Pescod* c. *Pescod*, (1887) 58 L.T. 76; *Farrar* c. *Cooper*, (1890) 44 Ch. D. 323; *Jackson* c. *Barry Railway Co.*, [1893] 1 Ch. 238. Voir aussi, sur ce point, les propos de Lord DIPLOCK et Lord FRASER OF TULLYBELTON dans *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 aux pp. 980-981 et 991.

[539] Voir, par ex. : *Mylne* c. *Dickinson*, (1815) Coop. G. 195; *Maunsell* c. *Midland Great Western (Ireland) Rly Co.*, (1863) 1 Hem. & M. 130; *Kitts* c. *Moore*, [1895] 1 Q.B. 253 (C.A. Engl.); *Ben & Co. Ltd.* c. *Pakistan Edible Oils Corpn Ltd.*, (1978) Times, 13 juillet (C.A. Engl.); *André et Compagnie S.A.* c. *Marine Transocean Ltd. (The Splendid Sun)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 29 (C.A. Eng.). Voir aussi, sur ce point, les propos de Lord DIPLOCK et Lord FRASER OF TULLYBELTON dans *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 aux pp. 981 et 991.

[540] *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 à la p. 982.

[541] Voir, par ex. : *André et Compagnie S.A.* c. *Marine Transocean Ltd., The Splendid Sun*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 29 (C.A. Engl.); *Paal Wilson & Co. A/S* c. *Partenreederei Hannah Blumenthal, The Hannah Blumenthal*, [1983] 1 A.C. 854 (H.L.); *Excomm Ltd.* c. *Guan Guan Shipping (Pte) Ltd., The Golden Bear*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 330 (Q.B.); *Tankrederei Ahrenkeil GmbH* c. *Frahuil S.A., The Multitank Holsatia*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 486 (Q.B.).

[542] R.J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 3e éd., Aurora, Canada Law Books, 1992 aux pp. 5-26 à 5-28, nos 5.450-5.500. Certaines décisions peuvent être invoquées au soutien de la proposition voulant que les juges canadiens peuvent émettre des injonctions à l'encontre d'un arbitrage pour cause d'incompétence des arbitres : *Deluce Holdings Inc.* c. *Air Canada*, (1992) 12 O.R. (3d) 131 (C. Ont. (Div. gén.)); *Canuc Resources Inc.* c. *Seine River Resource Inc.*, [1996] O.J. (Quicklaw) No. 3759 (C. Ont. (Div. gén.)); *Ellis* c. *Subway Franchise System of Canada Ltd.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 55 (C.S.J. Ont.).

[543] Par ex., l'art. 48(2) de l'*Abitration Act, 1991* ontarien, S.O. 1991, c. 17, prévoit la possibilité qu'une injonction soit émise par un juge pour cause d'incompétence du tribunal arbitral.

[544] A. Dorais, « L'arbitrage commercial – Développements législatifs », (1987) 47 R. du B. 273 à la p. 303.

semble n'y avoir aucune raison justifiant cette conclusion. On ne saurait surtout pas la justifier en invoquant l'art. 758 du C.p.c., qui interdit l'émission d'une injonction visant à empêcher le déroulement de procédures *judiciaires*, puisque l'arbitrage conventionnel – on l'a déjà souligné – ne saurait d'aucune manière être assimilé à une mode de règlement de différend rattaché au système judiciaire étatique. Il faut plutôt admettre, comme l'ont implicitement fait la Cour d'appel[545] et A. PRUJINER[546], que les pouvoirs d'injonction dont disposent les juges québécois leur permettent – si on fait évidemment fi, pour l'instant, de l'incidence potentielle de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi – d'intervenir relativement à un arbitrage conventionnel dans des circonstances similaires à celles relevées dans la jurisprudence anglaise.

203. – Il n'est donc pas surprenant que certains plaideurs aient tenté d'inciter les juges canadiens à émettre des injonctions à l'encontre d'arbitrages commerciaux internationaux se déroulant sur le territoire du for, soulevant du coup la question de la disponibilité de ce recours prévu ni dans la Loi type, ni dans les lois canadiennes régissant spécialement l'arbitrage commercial international. On peut encore citer en exemple l'affaire *Air France*[547], où la partie demanderesse, en plus d'invoquer les pouvoirs inhérents des cours supérieures canadiennes, invoqua aussi les pouvoirs dont celles-ci disposent d'émettre des injonctions afin de faire cesser un arbitrage commercial international se déroulant à Montréal. On peut également citer en exemple l'injonction visant à stopper un arbitrage commercial international qui fut demandée à la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Silverberg*[548]. C'est l'incompétence du tribunal arbitral qui était invoquée par la partie demanderesse; la clause compromissoire, prétendait-elle, ne visait pas le litige de nature délictuelle qui avait été porté à l'arbitrage.

204. – La disponibilité de l'injonction à l'encontre d'un arbitrage commercial

---

[545] *Lac d'Amiante du Canada Ltée* c. *Lac d'Amiante du Québec Ltée*, REJB 1999-15419; [1999] Q.J. (Quicklaw) No. 5438.

[546] A. Prujiner, « Compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec », (1999) 12(2) R.Q.D.I. 79 à la p. 87 et suiv. et à la p. 97 et suiv, approuvant l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Lac d'amiante*, où une injonction fut émise à l'endroit d'un tribunal arbitral CCI siégeant à New York.

[547] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.).

[548] *Silverberg* c. *Clarke Hooper P.L.C.*, J.E. 91-1401 (C.S. Qué.).

international soulève surtout la question de savoir si elle constitue un moyen de contrôle de la légalité de l'arbitrage. Le cas échéant, il faudrait conclure que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type l'a rendue indisponible au Canada.

205. – Il semble ne faire aucun doute que cela soit le cas lorsque l'injonction vise directement l'arbitre, par exemple lorsque la partie requérante soutient qu'il existe des doutes quant à l'impartialité d'un membre du tribunal arbitral; on voit mal comment on pourrait raisonnablement conclure autrement. La question est cependant plus complexe lorsque l'injonction n'est adressée qu'à une des parties, comme c'est souvent le cas lorsque l'inefficacité de la convention d'arbitrage est invoquée. En effet, la théorie classique développée par les cours d'*equity* insiste sur le fait qu'une injonction à l'encontre d'une poursuite qui n'est adressée qu'à une partie ne vise qu'à sanctionner un comportement répréhensible de sa part; elle ne provoquerait aucune immixtion dans l'instance dans laquelle ce comportement s'est matérialisé. Cette théorie permettait aux juges *d'equity* de justifier le pouvoir qu'ils se reconnaissaient – et qui fut controversé au point de causer une crise politique majeure en Angleterre au début du XVII[e] siècle – d'émettre des injonctions à l'encontre de poursuites engagées devant les cours de common law[549]. Elle fut également invoquée afin de réfuter l'argument voulant que l'émission d'injonctions à l'encontre de procédures judiciaires se déroulant à l'étranger constitue une atteinte injustifiée au principe général de la souveraineté étatique[550]. On pourrait donc l'invoquer afin de soutenir que l'injonction à l'encontre de l'arbitrage ne constitue pas réellement un moyen de contrôle de la légalité de l'arbitrage lorsqu'elle ne vise qu'une partie au litige – proposition à laquelle la Cour d'appel du Québec semble avoir adhéré dans l'affaire *Lac d'amiante*[551] – et donc que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type n'y fait aucunement obstacle.

---

[549] Voir, entre autres : J.L. High, *A Treatise on the Law of Injunctions as Administered in the Courts of the United States and England*, Chicago, Callaghan and Company, 1874 à la p. 29; D.W. Raack, « A History of Injunctions in England Before 1700 », (1985-1986) 61 Ind. L.J. 539 aux pp. 576-579; R.J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 3[e] éd., Aurora, Canada Law Books, 1992 aux pp. 5-24 et 5-25, n° 5.390.

[550] Voir par ex. : R.J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 3[e] éd., Aurora, Canada Law Books, 1992 à la p. 5-29, n° 5.510.

[551] *Lac d'Amiante du Canada Ltée* c. *Lac d'Amiante du Québec Ltée*, REJB 1999-15419; [1999] Q.J. (Quicklaw) No. 5438. La Cour précisa que l'injonction demandée ne constituait pas une forme de contrôle de la compétence des arbitres, mais qu'elle ne visait qu'à sanctionner un comportement d'une des parties qu'elle jugea abusif.

L'argument ne résiste cependant pas à l'analyse. Bien qu'elle soit peut-être indirecte, l'interférence dans l'instance arbitrale provoquée par l'émission d'une injonction ordonnant à une partie de cesser de faire valoir sa réclamation est néanmoins bien réelle[552]. Que l'ordonnance soit formellement adressée à une partie et non au tribunal arbitral n'est d'aucune pertinence; c'est l'objet de la décision du juge qui importe. Aucune distinction valable ne peut être faite entre, d'une part, empêcher une partie de faire valoir une réclamation devant les arbitres au motif qu'ils sont incompétents et, d'autre part, les empêcher d'instruire une réclamation au motif qu'ils sont incompétents; dans les deux cas, c'est bien un aspect de la légalité de l'arbitrage – la compétence du tribunal arbitral – que contrôle le juge. Lord MUSTILL et ses collègues de la Chambre des Lords avaient donc tout à fait raison de reconnaître, dans l'affaire *Channel Tunnel*, qu'une injonction à l'encontre d'un arbitrage conventionnel, même lorsqu'elle ne vise que l'une des parties à l'instance arbitrale, provoque néanmoins une interférence bien réelle dans l'instance arbitrale[553].

206. – La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont donc eu raison de conclure, dans l'affaire *Air France*, que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi empêche un juge de contrôler, sur le fondement de ses pouvoirs généraux d'émettre des injonctions, la régularité de l'arbitrage[554].

---

[552] On peut tracer un parallèle entre cette proposition et le fait que la doctrine et la jurisprudence anglo-saxonnes reconnaissent aujourd'hui sans ambages l'interférence que provoque dans l'instance judiciaire étrangère l'injonction émise à l'encontre d'actions judiciaires étrangères. L'irréalisme de la théorie classique a ainsi conduit la jurisprudence à resserer les conditions d'émission de telles injonctions en raison de la courtoisie dont doit faire preuve le juge à l'égard du tribunal judiciaire étranger saisi de la procédure visée par l'injonction. Voir, par ex. : *Amchem Products Inc.* c. *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *CSR Ltd.* c. *Cigna Insurance Australia Ltd.*, (1997) 146 C.L.R. 402 (H.C. Aust.); *Airbus Industries G.I.E.* c. *Patel*, [1999] 1 A.C. 118 (H.L.); *Norwest Airlines, Inc.* c. *R & S Comapny S.A.*, 176 F. Supp. 2d 935 (D. Minn. 2001), 943; *General Electric Company* c. *Deutz*, 270 F.3d 144 (3rd Cir. 2001). En doctrine, voir, entre autres : T.C. Hartley, « Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », (1987) 35 A.J.I.L. 487 à la p. 506 et suiv.; G.A. Berman, « The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », (1990) 28 Colum. J. Transnat'l L. 589 aux pp. 630-631; J. Talpis, *« If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas ? » – Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Éditions Thémis, 2001 à la p. 63.

[553] *Channel Tunnel Group Ltd.* c. *Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334 aux pp. 364-364. Voir aussi les propos de Lord SCARMAN dans *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik* c. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909 aux pp. 996-997, reconnaissant très clairement que l'injonction à l'encontre d'un arbitrage constitue une forme de contrôle de la légalité de l'arbitrage.

[554] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.). Voir aussi : *Automobiles Duclos Inc.* c. *Ford du Canada Ltée*, REJB 2000-22669 (C.S. Qué.); *Silverberg* c. *Clarke Hooper P.L.C.*, J.E. 91-1401 (C.S. Qué.).

207. – Il convient enfin de souligner que l'indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'un arbitrage commercial international se déroulant sur le territoire du for est tout à fait opportune. Il est vrai que ce type d'injonction est, en théorie, susceptible d'être le meilleur moyen d'assurer la légalité de l'arbitrage et, partant, de prévenir que temps et argent soient inutilement dépensés par les parties, en permettant qu'une irrégularité présumée soit portée à la connaissance d'un juge dès qu'elle surgit. C'est sans doute ce qui incite certains juges américains à continuer d'en reconnaître la disponibilité, du moins lorsque l'incompétence du tribunal arbitral est établie, et ce même lorsque l'arbitrage est régi par le *Federal Arbitration Act*[555]. Mais la disponibilité de l'injonction serait en revanche susceptible de conduire à des abus de la part de parties désireuses de se livrer à des manœuvres dilatoires afin de tenter, pour toutes sortes de raisons, de faire dérailler l'instance arbitrale. La possibilité que l'illégalité de l'arbitrage soit mise en cause devant un tribunal judiciaire *à tout moment avant ou durant le déroulement de l'instance arbitrale* serait susceptible d'affecter très sérieusement l'efficacité de l'ensemble du processus arbitral, au point où il est assurément préférable – malgré les risques de dépenses inutiles en temps et argent – de limiter strictement les possibilités de contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage avant le prononcé de la sentence. On verra d'ailleurs que cette idée fait, à l'heure actuelle, l'objet d'un tel consensus que l'on peut maintenant affirmer l'existence d'un principe général de l'arbitrage commercial international favorisant le report du contrôle de la légalité de l'arbitrage après le prononcé de la sentence arbitrale[556].

B) L'indisponibilité du recours déclaratoire ou en nullité ayant pour objet la légalité de l'arbitrage

208. – Ces mêmes considérations militent en faveur de l'indisponibilité des recours

---

[555] 9. U.S.C. § 1. Voir : *Société Générale de Surveillance, S.A.* c. *Raytheon European Management & Sys. Co.*, 643 F.2d 863 (1st Cir. 1981); *Tai Ping Ins. Co.* c. *M/V Warschau*, 731 F.2d 1141 (5th Cir. 1984); *Hull* c. *Norcom, Inc.*, 750 F.2d 1547 (11th Cir. 1987); *L.F. Rothschild & Co.* c. *Katz*, 702 F.Supp. 464 (S.D.N.Y 1988); *Westmoreland Capital Corp.* c. *Findlay*, 916 F.Supp. 242 (W.D.N.Y. 1996); *Prudential Secs.* c. *American Capital Corp.*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 7196 (N.D.N.Y.); *McLaughlin Gormley King Co.* c. *Terminix Int'l Co., L.P.*, 105 F.3d 1192 (8th Cir. 1997); *Kipany Prods* c. *RMH Teleservices*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 17886 (S.D.N.Y.); *SATCOM Int'l Group PLC* c. *ORBCOMM Int'l Partners, L.P.*, 49 F.Supp. 2d 331 (S.D.N.Y. 1999); J.J. Coe, Jr., *International Commercial Arbitration : American Principles and Practice in a Global Context*, New York, Transnational Publishers, 1997 à la p. 187. Voir aussi : A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 aux pp. 187-188.

[556] Voir *infra*, n° 223 et suiv.

déclaratoires ou en nullité – d'autres recours de droit commun[557] – comme moyens de contrôle de la légalité de l'arbitrage. En pratique, l'hypothèse la plus fréquemment rencontrée est celle où une partie cherche à utiliser ces voies procédurales afin de contester la compétence du tribunal arbitral. Si ces recours étaient disponibles, une partie pourrait, *à tout moment avant ou durant le déroulement de l'instance arbitrale*, saisir un juge et lui demander, par exemple, de prononcer la nullité de la convention d'arbitrage, d'en constater l'inexistence ou encore d'en déclarer l'inapplicabilité aux réclamations portées à l'arbitrage. Ces recours pourraient aussi être utilisés afin de faire contrôler la légalité d'autres aspects de l'arbitrage, en demandant par exemple à un juge de constater l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ou pour faire annuler une ordonnance de procédure rendue par le tribunal arbitral. C'est donc avec satisfaction que l'on constate que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type s'oppose catégoriquement à ce qu'une partie fasse un tel usage de ces recours, du moins lorsque l'arbitrage se déroule sur le territoire du for[558]. Plusieurs décisions révèlent cependant que certains juges canadiens estiment que les réformes de l'arbitrage commercial international des années 80 n'ont pas affecté la disponibilité de ces recours.

209. – On peut d'abord citer en exemple une décision rendue en 1990 par un tribunal de première instance ontarien dans une affaire d'arbitrage commercial international[559]. Le contrat de vente signé par les parties contenait une clause compromissoire prévoyant que certains différends relatifs à la valeur des biens vendus devaient être tranchés de manière finale et obligatoire par des comptables[560]. Après la demande d'une partie visant la mise en œuvre de cette clause, l'autre partie entreprit un recours en jugement déclaratoire contestant

---

[557] Sur l'utilisation de ces recours au Canada, voir, de manière générale : L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1988; D. Grenier et M. Paré, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999; M. Paré, *La requête en jugement déclaratoire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

[558] Un auteur canadien semble être favorable à la disponibilité du recours déclaratoire visant à contrôler la légalité de l'arbitrage, mais il n'a pas approfondi la question : J.B. Casey, *International and Domestic Commercial Arbitration*, Scarborough, Carswell, m.-à-j. aux pp. 4.21-4.22.

[559] *Rio Algom Ltd.* c. *Sammi Steel Co.*, C. Ont. (Div. gén.), 22 novembre 1990, décision inédite.

[560] Tant les parties que la Cour semblent avoir tenu pour acquis qu'il s'agissait bel et bien d'une clause compromissoire. La question de savoir si de telles clause d'évaluation d'actifs constituent bel et bien des clauses compromissoires ne se résout cependant pas toujours facilement; sur cette question – et d'un point de vue canadien –, voir notamment : *Sport Maska Inc.* c. *Zittrer*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Prodevco Immobilière Inc* c. *Neremberg*, [1990] R.J.Q. 1417 (C.S. Qué.); *4575 Poirier Investments* c. *Gubbay*, [1998] J.Q. (Quicklaw) No. 3171 (C.S. Qué.). Sur la notion d'arbitrage, voir, de manière générale : Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, pr. B. Oppetit, Paris, L.G.D.J., 1987; Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », Rev. arb. 2001.5

la compétence du tribunal arbitral. Au lieu de déclarer ce recours irrecevable au motif que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type l'a rendu indisponible, la Cour ordonna la tenue d'un procès sur certaines questions afin que l'étendue de la compétence du tribunal arbitral puisse être déterminée d'entrée de jeu[561].

On peut ensuite citer une décision plus récente, également rendue par un tribunal de première instance ontarien[562]. Un contrat international de distribution, conclu entre les parties en 1995, contenait une clause compromissoire prévoyant que les différends s'y rapportant devaient être tranchés « by an arbitration board acting in accordance with the rules of the Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce (I.C.C.), whose decision shall be final and binding upon the parties ». Une des parties décida de porter certaines réclamations à l'arbitrage; elle ne le fit cependant pas de manière conforme au Règlement d'arbitrage de la CCI alors applicable, car elle était d'avis que les parties n'avaient pas voulu d'un arbitrage *administré* par la Cour d'arbitrage de la CCI, mais simplement d'un arbitrage *ad hoc* auquel s'appliquait, avec les adaptations nécessaires, le Règlement CCI. La partie défenderesse souleva l'irrégularité de la démarche entreprise par la demanderesse; selon elle, il ne faisait aucun doute que les parties avaient bel et bien voulu d'un véritable arbitrage CCI, et ce, même si elles s'étaient écartées de la clause type proposée par cette institution. La partie demanderesse saisit alors la Cour ontarienne d'un recours visant principalement à confirmer que la procédure avait été introduite de manière conforme à l'intention exprimée par les parties dans la clause compromissoire. Sans discuter de la recevabilité de ce recours, la Cour le rejeta au motif que l'argument présenté par la partie demanderesse était mal fondé : les parties avaient bel et bien convenu, décida-t-elle, d'un arbitrage auquel s'appliquait *toutes* les dispositions du Règlement CCI. Voilà donc un autre précédent attestant de la disponibilité du recours déclaratoire comme moyen de contrôle de la régularité d'un aspect de l'arbitrage.

210. – La jurisprudence québécoise fournit plusieurs exemples similaires. Dans une

---

[561] Il convient de souligner que la partie défenderesse a subséquemment reçu l'autorisation de la Cour ontarienne de porter en appel la décision du juge HENRY. Ce second jugement, sans réellement trancher la question, exprime des réserves quant au bien-fondé de la décision du juge HENRY en raison de son incompatibilité apparente avec la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type *Rio Algom Ltd.* c. *Sammi Steel Co.*, (1991) 47 C.P.C. (2d) 251; CLOUT #18. L'appel ne semble cependant pas avoir abouti.

[562] *Spectra Innovation Inc.* c. *Mitel Corp.*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 1870 (C.S.J. Ont.).

affaire ayant donné lieu à un jugement rendu par la Cour supérieure en 1990[563], un contrat international de vente d'actions, conclu en 1989, contenait une clause compromissoire prévoyant le renvoi de tout différend s'y rapportant à un arbitrage *ad hoc* excluant l'administration de toute preuve testimoniale. Après que l'une des parties eût porté certaines réclamations à l'arbitrage, la Cour supérieure fut saisie d'un recours recherchant notamment une déclaration d'incompétence du tribunal arbitral pour deux motifs, l'un fondé sur l'inapplicabilité *rationae materiae* de la convention d'arbitrage, l'autre invoquant sa contrariété à l'ordre public due au fait qu'elle excluait l'administration de toute preuve testimoniale. La Cour supérieure trancha chaque moyen et rejeta l'action, sans toutefois se soucier des problèmes de recevabilité soulevés par ce recours. À l'occasion de cette même affaire, l'intervention de la Cour supérieure fut à nouveau sollicitée, quelques mois plus tard, cette fois dans le cadre d'un recours recherchant l'homologation d'une décision du tribunal arbitral permettant, même si la convention d'arbitrage s'y opposait, la présentation d'une preuve testimoniale. À titre subsidiaire, la partie requérante demandait à la Cour de déclarer l'arbitre *functus officio* pour cause d'expiration du délai d'arbitrage de soixante jours prévu dans la convention. L'homologation fut refusée au motif que la décision rendue par l'arbitre ne constituait pas une sentence arbitrale. La Cour accepta cependant de déclarer l'arbitre *functus officio*, le délai d'arbitrage ayant, à son avis, bel et bien expiré[564].

Dans une autre affaire se rapportant à un arbitrage mettant en cause une opération commerciale interprovinciale, la Cour supérieure fut saisie d'un recours recherchant une déclaration d'invalidité d'une clause compromissoire et une déclaration d'illégalité d'une instance arbitrale en cours[565]. La partie requérante faisait notamment valoir que la clause était contraire à l'ordre public, puisqu'elle prévoyait que le tiers nommé par les parties devait d'abord agir à titre de médiateur puis – dans l'éventualité où la médiation échouait – ensuite à titre d'arbitre; les dangers qu'une personne ayant d'abord agi à titre de médiateur ne puisse subséquemment trancher le litige avec indépendance et impartialité étaient, selon elle, trop

---

[563] *Silverberg* c. *Clarke Hooper plc*, J.E. 90-437 (C.S. Qué.).

[564] Il convient de préciser qu'en théorie, l'expiration d'un tel délai d'arbitrage a pour effet de mettre fin à l'instance arbitrale, sans toutefois entraîner l'inefficacité de la clause compromissoire. Sur cette distinction, que consacre notamment le droit positif français, voir notamment : Colmar, 21 septembre 1993, *Morin* c. *Morin*, Rev. arb. 1994.348 (note D. Cohen), Rev. jur. com. 1994.154 (note Ch. Jarrosson); Paris, 7 juillet 1992, *Laiguède* c. *Société Ahsen Inc.*, Rev. arb. 1994.728 (obs. Th. Bernard); Cass. 2e civ., 18 février 1999, *Igla* c. *Société soulier*, Rev. arb. 1999.299 (note Ph. Pinsolle).

[565] *T.S. Manufacturing Company* c. *Les Entreprises Ribeyron Ltd.*, C.S. Qué., 7 janvier 1999.

importants. Sans traiter de la recevabilité du recours, la Cour accepta l'argument et déclara la clause compromissoire et l'instance arbitrale en cours illégales[566].

211. – D'autres décisions s'avèrent, en revanche, beaucoup plus satisfaisantes. On peut d'abord citer en exemple la décision rendue en 1994 par la Cour supérieure du Québec dans une affaire découlant d'un contrat d'entreprise, conclu entre l'OACI et une société commerciale étrangère, ayant pour objet la construction et l'installation d'un aéroport à Hanoi[567]. Le contrat contenait une clause compromissoire prévoyant la résolution des différends s'y rapportant par arbitrage *ad hoc* devant se dérouler à Montréal et conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Une fois certaines réclamations portées à l'arbitrage par l'une des parties, l'OACI présenta au tribunal arbitral une exception préliminaire invoquant son incompétence en raison de l'immunité lui étant reconnue en droit international et en droit interne. L'exception fut rejetée au motif qu'elle était prématurée; ceux-ci jugèrent qu'ils ne pouvaient correctement trancher la question de l'incidence de l'immunité sans avoir entendu toute la preuve. Insatisfaite, l'OACI entreprit en Cour supérieure un recours de nature déclaratoire visant surtout à établir que l'immunité dont elle bénéficiait la mettait à l'abri de toute procédure juridictionnelle, que ses principaux dirigeants ne pouvaient être obligés de témoigner et qu'en raison de son immunité, une éventuelle sentence défavorable rendue par le tribunal arbitral ne pourrait faire l'objet de procédures d'exécution faisant appel à la force publique. La Cour retint qu'en réalité, l'OACI cherchait surtout à contester la compétence du tribunal arbitral en raison de son

---

[566] On se permettra de souligner que la décision de la Cour sur la légalité d'une telle clause – dite de médiation-arbitrage ou *med-arb* – est très contestable. Bien que plusieurs doutent, à très juste titre, de l'*efficacité* d'un tel mécanisme, on voit mal pourquoi l'ordre public devrait *interdire* aux opérateurs du commerce international d'y recourir. L'importance fondamentale que revêt le principe général de l'autonomie des parties en droit du commerce international s'oppose à ce que de simples *risques* que l'arbitre ne puisse trancher le litige en toute indépendance ou impartialité entraîne l'invalidité d'une clause de *med-arb*. Les parties sont pleinement protégées par les mécanismes mis à leur disposition par les lois d'arbitrage (récusation, contrôle judiciaire de la légalité de la sentence) dans l'éventualité ou ces risques *se concrétisent effectivement* lors de l'arbitrage. La Cour aurait agi de manière beaucoup plus satisfaisante si elle avait jugé valide la clause de *med-arb* en cause, tout en soulignant que les parties ne perdaient pas du coup l'opportunité de demander subséquemment la récusation de l'arbitre si cela s'avère justifié. Cette dernière solution semble prévaloir dans les provinces canadiennes de common law, qui contiennent des dispositions similaires à l'art. 3 de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* ontarienne, L.R.O. 1990, c. I-9, qui prévoit que : « Pour faciliter le règlement d'un différend, le tribunal arbitral peut, à toute étape de la procédure arbitrale, avoir recours, avec l'accord des parties, à la médiation, à la conciliation ou à tout autre mode de règlement. Il peut également, avec leur accord, reprendre son rôle d'arbitre ». Cette solution est d'autant plus opportune qu'elle semble en harmonie avec l'art. 8 des *Rules of Ethics for International Arbitrators* préparées en 1987 par l'IBA; voir aussi l'art. 12 de la *Loi type de la CNUDCI sur la conciliation internationale* qui a été adoptée en juin 2002.

[567] *International Civil Aviation Organization* c. *Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (C.S. Qué.).

immunité[568]; son recours fut rejeté au motif que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi le rendait irrecevable.

On peut aussi citer à nouveau la décision qu'a rendue la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Air France*[569], rejetant l'argument de la société française voulant que la Cour puisse intervenir durant le déroulement de l'instance arbitrale sur le fondement de son pouvoir de rendre des jugements déclaratoires. Comme le précise à juste titre la Cour, l'argument d'Air France heurtait de plein fouet la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type.

212. – Compte tenu de l'important consensus existant au sein de la communauté internationale au sujet du report *a posteriori* du contrôle de la légalité de l'arbitrage[570], il n'est pas surprenant de constater l'existence d'une certaine tendance en droit comparé à limiter l'accès au recours déclaratoire de droit commun comme moyen de contrôle de l'arbitrage, lorsqu'il n'est pas rendu carrément indisponible. En Angleterre, par exemple, ce recours était autrefois fréquemment utilisé pour contrôler la légalité d'un arbitrage conventionnel[571], mais l'*Arbitration Act 1996*[572], qui – on l'a vu – contient une disposition similaire à l'art. 5 de la Loi type, ne lui accorde qu'une place assez limitée[573]. En Suisse, une jurisprudence semblant admettre la disponibilité de ce recours comme moyen de contrôle de la compétence arbitrale – sous certaines conditions assez strictes[574] – est critiquée par une

---

[568] Sur la possibilité qu'un État puisse invoquer son immunité de juridiction afin de contester la compétence d'un tribunal arbitral, voir notamment : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 390 et suiv., n° 641 et suiv.; Ph. Fouchard, note sous Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 19 janvier 1996, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 à la p. 444, n° 4). Sur la question, plus délicate, de la possibilité qu'État qui a consenti à recourir à l'arbitrage commercial international puisse néanmoins invoquer subséquemment son immunité d'exécution, voir en particulier : Ph. Leboulanger, note sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2000, *Société Creighton* c. *Ministère des Finances de l'État du Qatar*, Rev. arb. 2001.114.

[569] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.).

[570] Voir *infra*, n° 223 et suiv.

[571] Voir, par ex. : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2e ed, Butterworths, London, 1989 aux pp. 525-526.

[572] 1996, c. 23.

[573] Voir l'art. 72(1), dont le texte est reproduit *supra*, note 537.

[574] Voir, en ce sens, les propos de A. Dimolitsa, « Autonomie et '*Kompetenz-Kompetenz*' », Rev. arb. 1998.305 aux pp. 331-332, n° 30.

partie importante de la doctrine, qui le considère irrecevable[575]. Un récent arrêt de la Cour d'appel d'Athènes, jugeant indisponible, durant l'instance arbitrale, le recours déclaratoire visant la compétence du tribunal arbitral, témoigne aussi de cette tendance[576].

On peut aussi citer en exemple l'important arrêt qu'a rendu la Cour cassation française en 1999 dans l'affaire *Zanzi*[577]. Le litige découlait d'un contrat de vente d'actions, conclu en 1993 entre une société italienne et un commerçant français, contenant une clause d'arbitrage CCI. Après qu'une procédure d'arbitrage avait été lancée par la société italienne, la partie adverse répliqua en saisissant les tribunaux français d'une action visant à faire constater la nullité de la clause compromissoire. L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux déclarant nulle la clause compromissoire attaquée, au motif que le contrat de vente était de nature civile, fut cassé pour cause d'indisponibilité de tout recours de droit commun visant à faire trancher, à titre principal, une question touchant à l'efficacité d'une convention d'arbitrage. Comme l'a souligné à très juste titre Ph. FOUCHARD[578], la solution retenue par la Cour de cassation s'explique par la nécessité de reporter le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral après que celui-ci aura statué sur la question.

C) L'indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal judiciaire étranger en violation d'une convention d'arbitrage

213. – Puisque les pouvoirs d'injonction dont disposent les juges des cours supérieures dans la tradition anglo-saxonne leur permettent – de manière générale – d'assurer le respect d'une obligation contractuelle, il n'est pas surprenant de constater que certains plaideurs les aient invoqués afin d'assurer le respect d'une convention d'arbitrage en demandant que l'on interdise à une partie d'entreprendre ou de poursuivre une action entreprise devant un

---

[575] Voir, notamment : P. Lalive, J.-F. Poudret et Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989 à la p. 386; J.-F. Poudret, « Une action en constatation de droit au sujet de l'existence ou la validité d'une clause arbitrale est-elle recevable en droit fédéral ou cantonal ? », dans *Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65 Gebrutstag*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1994, p. 341; W. Wenger, « Article 186 », dans N N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 459 aux pp. 461-462, n° 4.

[576] Arrêt cité et discuté dans : de A. Dimolitsa, « Autonomie et '*Kompetenz-Kompetenz*' », Rev. arb. 1998.305 aux pp. 330-331, n° 29.

[577] Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1999, *Zanzi* c. *de Coninck*, Rev. arb. 1999.260 (note Ph. Fouchard).

[578] Ph. Fouchard, note sous Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1999, *Zanzi* c. *de Coninck*, Rev. arb. 1999.260 à la p. 269 et suiv.

tribunal judiciaire étranger. Les juges anglais reconnaissent d'ailleurs depuis plusieurs années que leurs pouvoirs d'injonction peuvent être exercés de cette manière et ils n'hésitent pas à en faire usage lorsque l'existence d'une obligation d'arbitrer en sol anglais a été établie[579]. De telles demandes semblent être plus rares au Canada, mais il existe au moins un cas où un juge québécois a accepté, dans une affaire d'arbitrage commercial international, d'octroyer une injonction afin de stopper une action entreprise aux États-Unis en contravention à une convention prévoyant la tenue d'un arbitrage au Québec[580].

214. – L'injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal étranger en violation d'une convention d'arbitrage vise surtout à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage – plus précisément la réalisation de son effet négatif, qui interdit aux parties de saisir une juridiction étatique du fond d'un différend qu'ils ont voulu porter à l'arbitrage[581]. Ainsi, il s'agit clairement d'une forme d'assistance judiciaire à l'arbitrage, par l'entremise de laquelle le juge est également appelé à contrôler la régularité d'un aspect de l'arbitrage – l'efficacité de la convention d'arbitrage – puisque l'octroi de l'injonction est forcément conditionnel à l'existence d'une obligation d'arbitrer. Une telle intervention tombe donc incontestablement dans le domaine de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type; comme celle-ci ne l'envisage aucunement – le rôle du juge, s'agissant de l'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet négatif, étant strictement limité au renvoi à l'arbitrage d'un différend dont il est *lui-même* saisi –, il faut conclure à l'indisponibilité d'un tel recours en matière d'arbitrage commercial international.

215. – Cette conclusion est tout à fait heureuse, car l'utilisation de ce type d'injonction est difficilement justifiable sur le plan théorique. Elle se heurte dans un premier temps aux objections très sérieuses liées à la courtoisie internationale, qui devraient conduire les juges canadiens à conclure une fois pour toutes à l'indisponibilité de *toute* injonction octroyée à l'encontre d'actions judiciaires étrangères, qu'elles visent ou non à assurer la réalisation de

---

[579] Voir, par ex., les arrêts qu'a rendus la Cour d'appel dans *Aggeleki Charis Compania Maritima SA* c. *Pagnan SpA (The « Angelic Grace »)*, [1995] 1 Lloyds' Rep. 87; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbHv* c. *Voest Alpine Intertrading GmbHv*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 279 et *Toepfer International GmbH* c. *Société Cargill France*, [1998] 1 Lloyd's Rep. 379. Voir aussi, plus récemment : *Shell International Petroleum Co. Ltd.* c. *Coral Oil Co. Ltd.*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 72 (Q.B.); *Bankers Trust Co.* c. *PT Jakarta International Hotels & Development*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 910 (Q.B.). Sur l'octroi de telles injonctions par les tribunaux anglais, voir : S. Clavel, « *Anti-Suit Injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001.669.

[580] *Opron Inc.* c. *Aero System Engineering Inc.*, [1999] R.J.Q. 757 (C.S. Qué.).

[581] Sur les notions d'effet négatif et d'effet positif de la convention d'arbitrage, voir *infra*, n^{os} 265 et 334.

l'effet négatif d'une convention d'arbitrage. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'un tel recours est possiblement incompatible avec le droit international public, qui consacrerait « un principe de cloisonnement des ordres institutionnels, qui interdit aux organes publics d'un État d'enjoindre aux organes publics d'un autre État »[582], principe dont les juges canadiens doivent aujourd'hui tenir compte[583] en précisant l'étendue dans l'espace de leur compétence.

Par ailleurs, la disponibilité de l'injonction à l'encontre d'une action intentée à l'étranger en violation d'une convention d'arbitrage se rapportant à un litige du commerce international semble bien, comme l'a très justement souligné S. CLAVEL[584], méconnaître les obligations internationales découlant de l'art. II(3) de la Convention de New York. Si cette disposition vise surtout à assurer la réalisation de l'effet négatif d'une telle convention en obligeant le juge à se dessaisir d'un litige que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage, elle lui reconnaît néanmoins le pouvoir de juger de l'efficacité de la convention d'arbitrage lorsqu'il est saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage. Selon le système de la Convention de New York, il revient donc au juge saisi du fond d'un litige de décider s'il doit se dessaisir afin d'assurer le respect de la convention d'arbitrage et non au juge du lieu où l'arbitrage devrait se dérouler. En plus d'être respectueuse de la souveraineté des États et du droit international public, cette solution est tout à fait opportune puisqu'elle évite ainsi le désordre évident qui est susceptible de résulter de la multiplicité de fors aptes à décider de la compétence du juge saisi du fond du litige.

---

[582] S. Clavel, « *Anti-Suit Injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001.669 à la p. 676; voir aussi : S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1999. Un juge allemand a déjà décidé qu'une telle injonction visant des procédures entreprises devant un tribunal allemand violait la souveraineté de l'Allemagne : J.R. Schmertz et M. Meier, « German State Supreme Court Considers British Anti-Suit Injunction as Violative of German Sovereignty », (1996) 2 Int'l L. Update 10.

[583] *R.* c. *Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a implicitement reconnu un effet normatif – dans les ordres juridiques canadiens – à des règles interétatiques coutumières, y compris celles relatives à l'étendue dans l'espace de la compétence juridictionnelle des États.

[584] S. Clavel, « *Anti-Suit Injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001.669 à la p. 680 et suiv.

Section II. Les principes généraux s'opposant au contrôle judiciaire, en cours d'instance arbitrale, d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for

216. – Puisque la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for, elle ne peut affecter l'applicabilité de règles proprement internes susceptibles d'influer sur l'intervention judiciaire relative à un arbitrage dont le siège est soit indéterminé, soit situé à l'étranger. Néanmoins, de telles règles ne sauraient être pertinentes que lorsque l'intervention envisagée a pour but de prêter assistance à l'arbitrage, puisque deux principes généraux de l'arbitrage commercial international s'opposent catégoriquement à ce qu'elles puissent être invoquées afin qu'un juge intervienne pour contrôler la légalité d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for. Le premier réserve aux tribunaux judiciaires du lieu du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage (§ I). Le second reporte après le prononcé de la sentence le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage (§ II).

§ I. Le principe réservant aux tribunaux judiciaires du lieu du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage

217. – Le système de justice internationale que constitue l'arbitrage commercial international repose actuellement sur un principe général selon lequel le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage survient normalement au lieu du siège. Ce principe s'explique par la nécessité d'éviter l'incertitude et l'imprévisibilité dues aux conflits de compétence qui pourraient autrement survenir entre les divers ordres juridiques avec lesquels un différend du commerce international a des liens. La principale règle qu'il sous-tend prévoit que les tribunaux du lieu du siège de l'arbitrage sont exclusivement compétents pour connaître d'un recours recherchant l'annulation d'une sentence arbitrale[585]. L'importance de cette règle et

---

[585] Voir, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 903-906, n° 1589; après avoir souligné que la loi française de 1981 avait adopté la règle permettant au juge français de connaître de tout recours en annulation d'une sentence rendue en France, les auteurs notent que : « We consider the position taken in the 1981 Decree to be the better approach. It is based on what is now a widely-accepted view of the distribution of jurisdiction among the various countries concerned by the arbitral award, a view which has also influenced the main conventions on the recognition and enforcement of arbitral awards : *the country in which the seat of the arbitration is located has exclusive jurisdiction to hear actions to set an arbitral award aside, whereas countries in which enforcement of the award is sought can only agree to refuse to give effect to it in their*

du principe général la sous-tendant a récemment été rappelée par la doctrine spécialisée, qui a vertement critiqué des arrêts – rendus au début des années 90 en Angleterre et en Inde – qui les ont ignorés.

218. – L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Hiscox*[586] fut rendu dans des circonstances assez particulières. La partie demanderesse recherchait l'annulation d'une sentence rendue au terme d'un arbitrage dont le siège était situé à Londres. La partie défenderesse s'y opposait au motif que la sentence avait été signée par l'arbitre à Paris, de sorte que seuls les tribunaux français pouvaient connaître d'une demande en recherchant l'annulation. La Chambre des Lords jugea qu'il s'agissait bel et bien d'une sentence étrangère, même si le siège de l'arbitrage était situé en Angleterre[587]. Elle estima cependant que les tribunaux anglais pouvaient connaître de la demande d'annulation présentée par la partie demanderesse au motif que l'instance arbitrale était assujettie à la loi procédurale anglaise. Autrement dit, les Lords furent d'avis que les tribunaux anglais étaient compétents à l'égard d'une demande d'annulation d'une sentence rendue à l'étranger si l'instance était soumise à la loi sur l'arbitrage anglaise. Le raisonnement qu'ils adoptèrent tolérait donc la possibilité d'une situation de *forum shopping* – forcément susceptible d'entraîner incertitude et imprévisibilité – permettant à la partie désirant contester la légalité d'une sentence de choisir de saisir soit les tribunaux du lieu du siège, soit ceux de l'État dont la loi régissait l'instance arbitrale. La décision du Parlement britannique de ne pas reprendre, dans sa loi de 1996, la solution adoptée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Hiscox* est hautement révélatrice du consensus existant à l'heure actuelle au sujet de ce principe général réservant

territory » [italiques ajoutés]. Voir aussi, en ce sens : Paris, 18 février 1986, *Aïta* c. *Ojjeh*, Rev. arb. 1986.583 (note G. Flécheux); *Int'l Std. Elec. Corp.* c. *Bridas Sociedad Anonima Petrolera, Industrial y Comercial*, 745 F. Supp. 172 (S.D.N.Y. 1990), Rev. arb. 1994.739 (note Y. Derains); A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 aux pp. 296-298; H.G. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of An Arbitral Award*, The Hague, Kluwer, 2002 à la p. 12 et suiv., n° 24 et suiv.

[586] *Hiscox* c. *Outhwaite (No. 1)*, [1992] 1 A.C. 562; (1992) XVII Yearbook Com. Arb. 599 (H.L.). L'arrêt fut notamment critiqué par : Cl. Reymond, « Where is an Arbitral Award Made ? », (1992) 108 L.Q.R. 1; A.J. van den Berg, « New York Convention of 1958 : Where is an Arbitral Award 'Made' ? Case Comment House of Lords, 24 July 1991, Hiscox v. Outhwaite », dans M. Storme et F. de Ly, dir., *The Place of Arbitration*, Mys & Breescht, 1992, p. 113; M.E. Schneider, « L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire Hiscox v. Outhwaite », Bull. ASA 1991.279; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 909, n° 1593.

[587] Contrairement à la règle, qui tend à faire consensus en droit comparé, voulant que la sentence soit réputée être rendue au lieu du siège, même si elle fut signée par les arbitres dans une autre juridiction. Sur cette règle, voir, entre autres : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 772-773, n° 1410.

aux tribunaux du lieu du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage[588].

L'arrêt indien fut rendu par la Cour suprême dans l'affaire *National Thermal Power Corp.*[589]. La partie demanderesse recherchait l'annulation d'une sentence rendue par un tribunal arbitral CCI siégeant à Londres. Il fut jugé que les tribunaux indiens pouvaient connaître d'une telle demande au motif que la convention d'arbitrage invoquée était régie par le droit indien. Là aussi, l'arrêt consacre une théorie tolérant une situation de *forum shopping* – en l'occurrence entre les tribunaux du lieu du siège et ceux de tout État qui considère qu'en vertu de ses propres règles de conflits de lois, la convention d'arbitrage est assujettie à son droit national – qui fut à très juste titre critiquée. Elle ne fut d'ailleurs pas reprise par le législateur indien lors de l'adoption de sa loi de 1996 – fondée sur la Loi type – régissant l'arbitrage conventionnel[590].

219. – On peut également invoquer au soutien de l'existence de ce principe général réservant aux tribunaux du lieu du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage le refus des juges français de se reconnaître compétents – au plan international – pour connaître d'une poursuite entreprise, en marge d'un arbitrage commercial international, contre la CCI sur le seul fondement du fait que le siège de cette dernière est situé à Paris[591]. On peut sans doute considérer qu'une telle exception aux règles de droit commun relatives à la compétence internationale des tribunaux français est justifiée par la nécessité d'éviter l'éparpillement du contentieux relatif à la régularité de l'arbitrage et de le concentrer devant les tribunaux judiciaires du lieu du siège.

---

[588] *Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, art. 2(1).

[589] *National Thermal Power Corp.* c. *The Singer Group*, [1992] 2 S.C.J. 431; (1993) XVIII Yearbook Com. Arb. 403 (Sup. Ct. Ind.). L'arrêt fut notamment critiqué par : J.A.S. Paulsson, « The New York Convention's Misadventures in India », (1992) 7(6) Int'l Arb. Rep. 18; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 909-910, n° 1593. Voir aussi, sur cette affaire : L. Ebb, « Developing Views on What Constitutes a Foreign Arbitration and a 'Foreign Award' Under the New York Convention », (1990) 1 Am. Rev. Int'l. Arb. 364.

[590] *The Arbitration and Conciliation Ordinance 1996*. Sur cette loi, voir : J. Paulsson, « La réforme de l'arbitrage en Inde », Rev. arb. 1996.59; V. Raghavan, « New Horizons for Alternative Dispute Resolution in India – The New Arbitration Law of 1996 », (1996) 13(4) J. Int. Arb. 5

[591] Voir par ex. : Paris, 15 mai 1985, *Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias* c. *Chambre de commerce internationale*, Rev. arb. 1985.141. L'affaire avait trait à un arbitrage se déroulant en Jordanie et la partie demanderesse s'en prenait à une décision de récusation prise par la CCI. Sur cet arrêt, voir : Ph. Fouchard, « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb. 1985.5 à la p. 21 et suiv; E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759 à la p. 762 et suiv.

220. – Les juridictions autres que celles du siège doivent donc, en principe, éviter de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international. On ne reconnaît que deux exceptions légitimes à ce principe. La première, consacrée à l'art. II(3) de la Convention de New York, permet au juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage de contrôler, sous certaines conditions, l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée par la partie poursuivie, même lorsque le siège de l'arbitrage envisagé est indéterminé ou bien situé à l'étranger. Cette exception est justifiée par l'intérêt – qui est tout à fait légitime et prépondérant – qu'ont les États à vérifier l'efficacité de la convention d'arbitrage avant de refuser à la partie demanderesse l'accès à leurs tribunaux[592]. La seconde exception, consacrée à l'art. V de la Convention de New York, permet au juge saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère d'en apprécier la légalité[593]. Il est – là aussi – tout à fait légitime de permettre aux États de vérifier que la sentence rencontre certaines exigences minimales avant qu'ils acceptent de l'intégrer dans leur ordre juridique et qu'ils permettent du coup qu'elle soit exécutée par le biais des mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique.

221. – Mais ces deux exceptions ne permettent au juge d'exercer un contrôle de la légalité de l'arbitrage qui n'est qu'*incident*; le contrôle judiciaire *direct* de la légalité d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for n'est jamais acceptable, puisque l'État ne peut revendiquer un intérêt légitime dans une telle intervention qui puisse réellement l'emporter sur le besoin de certitude et de prévisibilité ressenti par les opérateurs du commerce international[594]. Comme ces deux exceptions sont déjà prévues dans la Loi type[595] et reprises dans les lois canadiennes régissant l'arbitrage commercial international, un juge canadien ne peut *jamais* intervenir – sur le fondement de pouvoirs consacrés par des règles proprement internes – afin de contrôler la légalité d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for sans heurter indûment le principe général réservant aux tribunaux du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'instance arbitrale.

---

[592] La légitimité de l'intérêt de l'État à contrôler *pleinement* l'efficacité de la convention d'arbitrage dans le cadre d'une demande de renvoi à l'arbitrage est cependant controversée : voir *infra*, n° 278 et suiv.

[593] Voir la dernière portion de l'extrait de E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999, cité *supra*, note 585.

[594] On peut même aller plus loin et affirmer que l'État n'a aucun intérêt distinct de celui des parties en ce qui a trait à *toute forme* de contrôle judiciaire direct de la légalité de l'arbitrage, *même s'agissant d'un arbitrage commercial international dont le siège est situé sur le territoire du for* : voir *infra*, au n° 437.

[595] Voir la référence, dans l'art. 1(2), aux art. 8, 35 et 36 de la Loi type.

222. – Il convient donc de reconnaître que ce principe général entraîne la neutralisation de toutes les règles proprement internes conférant aux juges des pouvoirs susceptibles de leur permettre d'intervenir, dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type, dans le but de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for. Cette conclusion, d'une grande importance sur le plan pratique, ne semble cependant pas partagée par certains juges canadiens, qui ont tenu pour acquis qu'ils peuvent contrôler la légalité d'un arbitrage se déroulant à étranger dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type. En effet, comme on l'a vu, la jurisprudence canadienne admet – avec l'approbation d'un auteur particulièrement autorisé[596] – qu'un juge peut octroyer une injonction à l'encontre d'un arbitrage commercial international se déroulant à l'étranger[597].

Mais permettre à un juge canadien d'utiliser ses pouvoirs d'injonction afin d'ordonner à une partie de cesser de faire valoir une réclamation devant un tribunal arbitral siégeant à l'étranger ouvre la porte à un *forum shopping* des plus inopportuns, étant donné que les règles de l'arbitrage commercial international du lieu du siège permettent presque toujours au juge du for de contrôler la légalité de l'arbitrage. Le désordre susceptible d'en résulter – qui est résolument incompatible avec le besoin de prévisibilité et de certitude ressenti par les opérateurs du commerce international – ne peut être justifié par un intérêt supérieur de l'État pouvant sérieusement prétendre à la légitimité[598]. Il faut donc inciter les juges canadiens à revoir la question et à renoncer clairement à intervenir dans le but de contrôler directement la légalité d'un arbitrage commercial international dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for. Il est d'autant plus important qu'ils le fassent qu'une telle intervention – du moins lorsqu'elle survient avant le prononcé de la sentence – s'avère incompatible avec un autre principe général de l'arbitrage commercial international.

---

[596] A. Prujiner, « Compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec », (1999) 12(2) R.Q.D.I. 79.

[597] Voir *supra*, note 546.

[598] Il est d'ailleurs extrêmement révélateur – compte tenu que le droit anglais a toujours reconnu d'importants pouvoirs d'intervention aux juges en matière d'arbitrage – que la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage (*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, art. 1(*c*), 2(1) et 72(1)) écarte en principe le pouvoir que se reconnaissaient jadis les tribunaux anglais d'émettre des injonctions à l'encontre d'arbitrages commerciaux internationaux dont le siège est situé à l'étranger (voir par ex., en ce sens, la décision de Lord MUSTILL dans *Black Clawson International Ltd.* c. *Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1981] Lloyd's Rep. 446 (Q.B.)).

§ II. Le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage

223. – En effet, l'examen des lois régissant l'arbitrage commercial international adoptées au cours des dernières décennies révèle l'existence d'un autre principe général s'intéressant au contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage : ce contrôle doit normalement survenir *après* le prononcé de la sentence arbitrale[599]. Ce principe fut très clairement à l'esprit des rédacteurs de la Loi type. En effet, certains délégués se sont demandés si la Loi type ne restreignait pas trop les pouvoirs de contrôle des juges; on soutenait qu'il « était dans l'intérêt des hommes d'affaires qui engageaient une procédure d'arbitrage commercial international d'avoir accès aux tribunaux pendant que l'arbitrage était toujours en cours en vue de mettre un terme à un abus de procédure arbitrale »[600]. Mais l'idée fut rejetée par la CNUDCI, qui prit soin de souligner que « le recours à l'intervention d'un tribunal au cours d'une procédure arbitrale relevait souvent d'une simple tactique dilatoire et constituait de ce fait, plus souvent qu'autrement, une source d'abus à l'encontre de la procédure arbitrale qu'une protection contre les abus »[601].

224. – Le principe du contrôle *a posteriori* repose donc, d'abord et avant tout, sur un souci d'assurer le déroulement efficace de la procédure arbitrale. Les inconvénients – dont on ne peut évidemment nier l'existence – qui peuvent découler du report du contrôle judiciaire après le prononcé de la sentence ne sauraient l'emporter sur la nécessité de préserver l'autonomie de l'instance arbitrale et d'ainsi éviter les manœuvres dilatoires susceptibles d'avoir lieu en raison de l'existence de voies procédurales permettant le contrôle judiciaire de l'arbitrage durant l'instance[602]. Mais le principe du contrôle *a posteriori* permet

---

[599] Voir, en ce sens, la conclusion tirée par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN au terme de leur analyse des récentes réformes législatives : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 aux pp. 102-103, n° 189. Voir aussi le rapport d'expertise qu'a produit J.-G. CASTEL dans *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2900; [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.) (au dossier de la Cour supérieure et reproduit à la p. 210 du dossier de l'appelante en Cour d'appel du Québec). Voir enfin : Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (À propos d'une jurisprudence récente) », Rev. arb. 1987.225 à la p. 264 et suiv., n° 49 et suiv..

[600] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 18, n° 62.

[601] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 18, n° 63.

[602] E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759 à la p. 780.

aussi, comme l'a si justement souligné Ph. FOUCHARD, un contrôle judiciaire mieux éclairé. En, effet, au terme de l'instance arbitrale, le juge est en mesure « d'apprécier globalement l'œuvre arbitrale [...] une vision d'ensemble lui permet un jugement plus sûr; des irrégularités passagères ont pu être corrigées, tandis qu'en revanche les effets d'une décision fâcheuse, par exemple sur le maintien en fonction d'un arbitre qu'une partie voulait récuser, apparaissent plus tard dans toute leur étendue »[603].

225. – Les juges reconnaissent souvent eux-mêmes l'existence de ce principe et n'hésitent pas à en tirer toutes les conséquences. On peut citer d'abord en exemple l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *République de Guinée*[604]. Le Président du Tribunal de grande instance de Paris avait ordonné la suspension d'un arbitrage commercial international se déroulant à Paris au motif qu'en raison des circonstances dans lesquelles le tribunal avait été constitué, il existait un risque sérieux que le principe du contradictoire ne soit pas respecté. La Cour d'appel de Paris infirma cette ordonnance, non pas parce qu'elle la jugea erronée sur le fond, mais seulement parce que le principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage empêchait qu'une telle intervention – qui n'est pas expressément prévue dans le N.C.P.C. – puisse survenir durant le déroulement de l'instance arbitrale.

L'existence et l'importance de ce principe général ont été soulignées à plusieurs reprises par les juges canadiens dans des affaires d'arbitrage commercial international. On peut d'abord citer en exemple une décision rendue par la Cour supérieure du Québec en 1990. En traitant des modifications apportées aux règles québécoises de l'arbitrage en 1986, la Cour affirma – en des termes particulièrement forts – que « [f]ace à la nouvelle orientation nettement privilégiée par le législateur [...], le Tribunal estime que toute intervention judiciaire dans ce domaine doit dorénavant être limitée aux cas prévus dans la loi (voir art. 940.3 C.P.) afin de permettre la réalisation de l'*objet fondamental visé par le législateur* en la

---

[603] Ph. Fouchard, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (À propos d'une jurisprudence récente) », Rev. arb. 1987.225 à la p. 269, n° 57.

[604] Paris, 18 novembre 1987, *Chambre arbitrale de Paris* c. *République de Guinée*, Rev. arb. 1988.657 (note Ph. Fouchard). Voir aussi : Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 18 janvier 1991, *Société chérifienne des pétroles* c. *Société Mannesman Industria Iberia*, Rev. arb. 1996.503 (note Ph. Fouchard). Voir également, attestant de l'importance de ce principe général de l'arbitrage commercial international : Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1999, *Zanzi* c. *de Coninck*, Rev. arb. 1999.260 (note Ph. Fouchard), mentioné *supra*, note 578.

matière, *soit l'épuisement de la procédure d'arbitrage avant le recours aux tribunaux* »[605]. On peut aussi citer la décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *OACI*, où la Cour invoqua le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage afin de justifier sa décision de rejeter la requête en jugement déclaratoire dont elle avait été saisie. La Cour souligna que la Loi type repose sur l'idée voulant qu'il soit plus efficace de reporter le contrôle judiciaire après le prononcé de la sentence afin – comme la CNUDCI l'a voulu – d'éviter que des recours n'entravent indûment le déroulement de l'instance arbitrale[606]. On peut enfin citer encore une fois l'affaire *Air France*[607], où ce principe général fut à nouveau invoqué par la Cour supérieure du Québec, puis par la Cour d'appel, afin de refuser d'ordonner le sursis d'un arbitrage commercial international se déroulant à Montréal.

226. – De manière quelque peu paradoxale, les circonstances particulières de cette affaire *Air France* illustrent de manière très éloquente à quel point on a raison de craindre que le contrôle judiciaire survenant durant le déroulement de l'instance arbitrale n'entrave très sérieusement l'efficacité de l'arbitrage commercial international. En effet, le recours d'Air France aura obstrué l'instance arbitrale pendant près de cinq ans[608]. Il fut entrepris à l'été 1998. Quelques mois plus tard, la Cour supérieure refusait la demande de la Libyan Arab Airlines d'en examiner la recevabilité par voie préliminaire. Un procès – s'étalant sur trois semaines – eut lieu à l'automne 1999, tant sur la recevabilité du recours d'Air France que sur le fond des moyens qu'elle invoqua. La décision de la Cour supérieure rejetant le recours d'Air France au motif qu'il était irrecevable fut rendue en février 2000. Quelques semaines plus tard, Air France portait l'affaire en appel. Après avoir refusé de trancher l'appel par voie préliminaire, comme le lui demandait Libyan Arab Airlines, la Cour d'appel fixa l'audition au fond pour novembre 2002, et son arrêt fut rendu le 31 mars 2003. Ce n'est que soixante jours plus tard, à l'expiration des délais dans lesquels Air France pouvait porter

---

[605] *A Bianchi S.R.L.* c. *Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681; CLOUT #186 (C.S. Qué.) à la p. 1685 [italiques ajoutés].

[606] *International Civil Aviation Organization* c. *Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (C.S. Qué.) à la p. 2570.

[607] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.).

[608] On sait que le tribunal arbitral a, en principe, le pouvoir de poursuivre la procédure arbitrale même si une demande d'intervention a été adressée à un tribunal judiciaire. Mais, comme cela arrive souvent (voir notamment, en ce sens : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1993 à la p. 330), les arbitres avaient jugé opportun de suspendre initialement l'instance durant l'intervention des tribunaux québécois.

l'affaire en Cour suprême du Canada, que cet épisode a véritablement pris fin.

Un autre arrêt de la Cour d'appel du Québec, rendu après l'arrêt *Air France*, permet d'espérer que les juges canadiens ne mettront pas toujours autant de temps à tirer les conséquences qui s'imposent de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type et du principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage. L'intervention de la Cour supérieure avait été sollicitée en cours d'instance arbitrale afin qu'elle se prononce sur la régularité d'une décision rendue par le CACNIQ (devenu depuis le CCAC) au stade de la constitution du tribunal arbitral. Le recours avait été entrepris avant même que le tribunal arbitral se soit prononcé sur la question, et il s'agissait clairement d'un cas d'intervention judiciaire prévu ni dans la Loi type, ni dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. La Cour supérieure n'a eu aucune difficulté à rejeter le recours en invoquant la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans le Titre 1 du Livre VII, et le pourvoi formé par la partie s'opposant à l'arbitrage fut très rapidement rejeté par la Cour d'appel sur jugement sommaire soulignant que la décision rendue par la Cour supérieure était manifestement bien fondée[609].

227. – Quoi qu'il en soit, on conclura en répétant qu'à l'évidence, le principe du contrôle *a posteriori* s'oppose également à ce qu'un juge canadien puisse intervenir, en vertu de pouvoirs issus du droit commun, afin de contrôler – dans d'autres cas que ceux prévus dans la Loi type – la légalité d'un arbitrage commercial international se déroulant à l'étranger.

Conclusion du Chapitre I

228. – Les réformes canadiennes des règles de l'arbitrage commercial international, qui ont eu lieu au cours des années 80, ont notamment entraîné l'intégration, dans toutes les juridictions canadiennes, d'une règle fondamentale limitant l'intervention judiciaire visant à prêter assistance à l'instance arbitrale ou à en contrôler la légalité aux seuls cas prévus dans la législation régissant spécialement l'arbitrage commercial international sur le territoire du for. Cette règle, fondée sur la nécessité de satisfaire le besoin de certitude et de prévisibilité

[609] *Microtec Sécuri-T Inc.* c. *Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec*, REJB 2003-39494; [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2918 (C.S. Qué.); REJB 2003-43412 (C.A. Qué.). La décision de la Cour supérieure fut rendue le 14 mars 2003 et celle de la Cour d'appel le 2 juin 2003.

que ressentent les opérateurs du commerce international, n'est applicable – il s'agit d'une limite assez arbitraire et discutable – que lorsque le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for. Contrairement à ce que l'on pourrait croire à la lecture de certaines autorités jurisprudentielles et doctrinales, cette règle ne souffre aucune exception fondée sur la théorie des pouvoirs inhérents dont disposent les cours supérieures canadiennes; on ne peut conclure autrement sans méconnaître gravement le caractère privé de l'arbitrage, qui s'oppose radicalement à toute assimilation de celle-ci – qu'elle soit partielle ou totale – à la justice étatique.

Le phénomène de neutralisation de règles internes qui découle de cette règle est bien réel. Il en existe plusieurs qui pourraient, autrement, permettre aux juges canadiens d'intervenir, avant le prononcé de la sentence, dans d'autres cas que ceux prévus dans les lois canadiennes régissant spécialement l'arbitrage commercial international, par exemple afin d'octroyer une injonction à l'encontre de l'arbitrage, afin d'en contrôler la légalité par le biais d'un jugement déclaratoire ou encore afin de faire cesser une instance judiciaire étrangère saisie du fond d'un litige en violation d'une convention prévoyant la tenue d'un arbitrage sur le territoire du for. Il faut s'en réjouir, car la disponibilité de ces recours serait, dans les deux premiers cas, susceptible d'affecter très sérieusement l'efficacité de l'arbitrage en permettant à une partie de demander au juge étatique d'en contrôler la légalité *à tout moment* avant le prononcé de la sentence; l'intervention du juge dans le troisième cas n'est pas non plus justifiée, car en sus d'être possiblement incompatible avec un principe du droit international public consacrant le cloisonnement des ordres institutionnels, l'injonction octroyée dans de telles circonstances semble bel et bien contraire à l'art. II(3) de la Convention de New York, qui réserve au juge saisi du fond du litige le pouvoir de décider s'il doit se dessaisir afin d'assurer que puisse se réaliser l'effet négatif de la convention d'arbitrage. On a cependant pu constater que les plaideurs et les juges canadiens n'ont pas encore pleinement reconnu toutes les incidences de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type; trop d'exemples d'interventions judiciaires fondées sur des règles proprement internes clairement écartées par cette règle ont pu être relevés.

229. – La prise en compte, dans l'analyse, des principes généraux de l'arbitrage commercial international que l'interprète a l'obligation de garder à l'esprit a révélé que la neutralisation de règles proprement internes susceptibles d'influer sur les conditions de

l'intervention du juge canadien avant le prononcé de la sentence n'est pas seulement due à la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type, démontrant du coup que l'intérêt de l'analyse menée au titre précédent est loin de n'être que théorique. Deux principes s'opposent catégoriquement à ce que le juge canadien intervienne, en vertu de telles règles, afin de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international dont le lieu du siège est soit indéterminé, soit situé à l'étranger, dans d'autres cas que ceux prévus dans les lois canadiennes régissant spécialement l'arbitrage commercial international : le premier principe, fondé sur le souci d'éviter des conflits de compétence, réserve au juge du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'instance; le second, fondé principalement sur la nécessité d'éviter que des manœuvres dilatoires ne paralysent l'arbitrage, reporte ce contrôle *a posteriori*, donc après le prononcé de la sentence. Ici aussi cependant, l'analyse aura permis de constater que certains juges canadiens, en tenant pour acquis qu'ils ont le pouvoir d'octroyer des injonctions à l'encontre d'arbitrages se déroulant à l'étranger, conçoivent leur pouvoir d'intervention dans un arbitrage commercial international d'une manière inadéquate depuis que le Canada a clairement signalé son intention d'adhérer à la communauté des États apportant leur concours à l'arbitrage commerce international.

230. – Il convient maintenant de poursuivre l'étude de l'influence des règles proprement internes sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant le prononcé de la sentence en montrant que, malgré l'importance du phénomène de neutralisation analysé dans le présent chapitre, la transnationalisation de la mission du juge canadien n'est pas totale.

Chapitre II. L'existence de certaines règles internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien

231. – Le phénomène de neutralisation de règles internes susceptibles d'avoir une incidence sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international n'est pas absolu.

232. – Cela est d'abord dû au fait que la Loi type reconnaît elle-même à des règles internes une certaine pertinence s'agissant de l'intervention judiciaire survenant avant le prononcé de la sentence. D'abord, elle réserve une place importante au droit interne en ce qui a trait à l'octroi par le juge étatique de mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international : ce cas d'intervention judiciaire est prévu à l'art. 9 de la Loi type, mais cette disposition – qui ne fait qu'affirmer que la demande visant de telles mesures et leur octroi par un tribunal judiciaire ne sont pas incompatibles avec la convention d'arbitrage – laisse au droit interne le soin de régler les questions cruciales du pouvoir du juge d'octroyer de telles mesures au soutien d'un arbitrage commercial international[610], des

---

[610] Certains auteurs semblent cependant d'avis que l'art. 9 de la Loi type consacre le pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international (voir par ex. : V.V. Veeder, « L'arrêt *Channel Tunnel* de la Chambre des Lords (1993) A.C. 335 – L'affaire du tunnel sous la Manche et les mesures conservatoires », Rev. arb. 1993.705 à la p. 705, n° 1; G. Herrmann, « The Role of the Courts Under the UNCITRAL Model Law Script », dans J.D.M. Lew, dir., *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, School of International Arbitration, 1986, p. 164 à la p. 171; J.B. Casey, *International and Domestic Commercial Arbitration*, Scarborough, Carswell, m.-à-j. à la p. 4.23) et la jurisprudence canadienne et celle de Hong Kong est majoritairement au même effet (voir, par ex. : *Relais Nordik Inc.* c. *Secunda Marine Services Ltd.*, (1988) 24 F.T.R. 256; CLOUT #11 (C.F. 1ère inst.); *Delphi Petroleum Inc.* c. *Derin Shipping and Trading Co.*, [1993] F.C.J. (Quicklaw) No. 1270 (C.F. 1ère inst.); *Trade Fortune Inc.* c. *Amalgamated Mill Supplies Ltd.*,(1994) 89 B.C.L.R. (2d) 132; (1994) 24 C.P.C. (3d) 362; CLOUT #71 (B.C. S.C.); *Amican Navigation Inc.* c. *Denson Shipping Co.*, [1997] F.C.J. (Quicklaw) No. 1366 (C.F. 1ère inst.); *Navi-Mont Inc.* c. *Rigel Shipping Canada Inc.*, (1997) 132 F.T.R. 259 (C.F. 1ère inst.); *TLC Multimedia Inc.* c. *Core Curriculum Technologies Inc.*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) No. 1656; CLOUT #353 (B.C. S.C.); *Silver Standard Resources Inc.* c. *Joint Stock Co.*, (1998) 59 B.C.L.R. (3d) 196; CLOUT #354 (B.C. C.A.); *Ordina Shipmanagement Ltd.* c. *Unispeed Group Inc.*, (1998) 161 F.T.R. 129 (C.F. 1ère inst.); *Dalimpex* c. *Janicki*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 1737 (C.S.J. Ont.); *Frontier International Shipping Corp.* c. *The Tavros*, [1999] F.C.J. (Quicklaw) No. 1744 (C.F. 1ère inst.); *Katran Shipping Co. Ltd.* c. *Kenven Transportation Ltd.*, [1992] H.K.L.R. G9; CLOUT #39 (H.K. H.C.); *Interbulk (Hong Kong) Ltd.* c. *Safe Rich Industries Ltd.*, [1992] 2 H.K.L.R. 185; CLOUT #42 (H.K H.C.); *Zhong You (China) Design Co. (Wholly Owned by Toppan Group Ltd.)* c. *Fuyuan Landmark (Shenzhen) Ltd.*, [1996] 2 H.K.C. 342 (H.K. H.C.). L'article 9 ne va cependant pas aussi loin; il ne s'intéresse qu'à la *compétence* du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires – en affirmant qu'elle n'est aucunement affectée par la convention d'arbitrage – et non à la question de savoir si, d'un point de vue strictement *matériel*, les mesures provisoires ou conservatoires prévues par les règles internes peuvent être octroyées lorsque le différend est soumis à l'arbitrage commercial international. L'opinion exprimée par une cour de première instance de Hong Kong dans l'affaire *The Lady Muriel*, [1995] 2 H.K.L.R. 320 (H.K. H.C.) – pour qui l'art. 9 implique que « there is nothing in the adoption by Hong Kong of the Model Law which precludes the Hong Kong court, in our case, from granting, if appropriate, an 'interim measure of protection' to the charterers, *if it otherwise has jurisdiction to do so* » [italiques

types de mesures pouvant être octroyées et des conditions dans lesquelles elles peuvent l'être. La Loi type réserve aussi une place importante, mais moins grande, aux droits nationaux s'agissant de l'octroi par un juge de mesures d'administration de preuves au soutien d'un arbitrage commercial international. Contrairement à l'art. 9, l'art. 27 consacre bel et bien le pouvoir du juge d'octroyer de telles mesures, mais cette disposition laisse à des règles internes le soin de déterminer la nature des mesures pouvant être octroyées et les conditions dans lesquelles elles peuvent l'être[611].

L'explication de la place ainsi réservée à des règles internes s'agissant de l'octroi par le juge de ces mesures procédurales a été donnée à plusieurs reprises lors de l'élaboration de la Loi type. On jugeait qu'il serait trop difficile d'obtenir un consensus permettant l'élaboration de dispositions uniformes sur la nature des mesures pouvant être octroyées ainsi que des conditions dans lesquelles elles pouvaient l'être, étant donné que ces questions touchent directement à des éléments assez délicats de l'organisation judiciaire des États[612]. La décision de la CNUDCI est assez regrettable lorsque l'on sait à quel point ces cas d'assistance judiciaire peuvent être importants en pratique[613]. Les objections liées aux liens étroits qu'ils entretiennent avec les particularités de l'organisation judiciaire des États – notamment celles relatives aux mesures d'exécution à la disposition des juges nationaux – ne paraissent pas insurmontables, puisque la grande majorité des systèmes contiennent des règles permettant aux juges de rendre des ordonnances visant à faciliter l'administration des preuves ou à octroyer des mesures provisoires ou conservatoires. On ne voit pas comment ces considérations pourraient réellement empêcher les États de s'entendre sur certaines questions, comme l'existence du pouvoir du juge d'octroyer des mesures de nature

ajoutés] – semble plus juste. Voir aussi, soutenant cette idée : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 530; et surtout : *Règlement des litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119 à la p. 26, n° 75.

[611] Voir, sur le fait que l'art. 27 consacre le pouvoir du juge d'octroyer des mesures d'administration de preuves au soutien d'un arbitrage commercial international : *Rapport du groupe de travail des pratiques en matière de contrats commerciaux sur les travaux de sa septième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 186 à la p. 197, n° 94.

[612] Voir, par ex., s'agissant des mesures provisoires ou conservatoires : *Rapport du groupe de travail des pratiques en matière de contrats commerciaux sur les travaux de sa troisième session*, (1982) XIII Annuaire de la CNUDCI 308 à la p. 318, n° 69; s'agissant des mesures d'administration de preuves : *id.* à la p. 317, n° 61 et *Note du Secrétariat : loi type sur l'arbitrage commercial international; autres éléments éventuels et projets d'articles*, (1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 94 à la p. 98, n° 28.

[613] La nécessité et l'importance de permettre aux juges étatiques d'intervenir, dans certaines circonstances, afin d'octroyer certaines mesures procédurales sont discutées *infra*, n° 368 et suiv.

procédurale, les objectifs visés par ces mesures et les limites au pouvoir d'intervention du juge destinées à éviter des empiétements sur la compétence du tribunal arbitral. Il est donc heureux que la CNUDCI ait décidé de réexaminer la question de l'octroi par le juge de mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international[614].

233. – Mais outre ces règles internes auxquelles la Loi type reconnaît elle-même une certaine pertinence, il en existe d'autres qui sont susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge, qu'on peut regrouper en deux catégories. Il s'agit d'abord des règles découlant des dispositions proprement internes des lois canadiennes régissant l'arbitrage commercial international (Section I). Il s'agit ensuite des règles internes qui ne sont pas neutralisées par celle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type et qui permettent aux juges canadiens – même si la Loi type ne le fait elle-même – de prêter assistance à un arbitrage commercial international dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for (Section II).

Section I. Les règles découlant des dispositions proprement internes des lois canadiennes régissant l'arbitrage commercial international

234. – L'objectif de la présente section n'est pas d'étudier en détail les modifications qu'ont apportées les législatures canadiennes à la Loi type et qui s'intéressent aux conditions de l'intervention judiciaire avant le prononcé de la sentence; il conviendra de le faire dans la seconde partie de la présente étude, en traitant des divers cas d'intervention judiciaire envisageables. Il s'agit simplement, pour l'instant, de mettre en évidence le fait que puisque les législatures canadiennes ne se sont pas contentées de simplement incorporer – sans la modifier – la Loi type, certaines dispositions proprement internes des lois régissant spécialement l'arbitrage commercial international sont bel et bien susceptibles d'influer sur

---

[614] *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, (2000) XXXI B Annuaire de la CNUDCI 511 aux pp. 521-522 , n^{os} 85-87. Voir aussi : *Arbitrage commercial international – Travaux futurs envisageables : mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l'arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la convention d'arbitrage*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 12 octobre 2000, A/cn.9/wg.II/wp.111. Sur le contexte dans lequel les travaux actuels de la CNUDCI furent entrepris, voir : R. Sorieul, « Update on Recent Developments and Future Work by UNCITRAL in the field of International Commercial Arbitration », (2000) 17(3) J. Int. Arb. 163. *Règlement des litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119 à la p. 6 et suiv., n° 14 et suiv.

les conditions de l'intervention du juge avant le prononcé de la sentence. L'analyse doit être conduite en deux temps, puisqu'il convient de distinguer la situation des juridictions canadiennes de common law, où la Loi type fut incorporée – sous réserve de quelques exceptions – mot pour mot (§ I), de celle du Québec, où l'Assemblée nationale a plutôt décidé de modifier le C.p.c. afin de rendre ses dispositions conformes – en substance – à la Loi type (§ II).

§ I. Dans les juridictions de common law

235. – Les modifications apportées par les législatures des juridictions canadiennes de common law aux dispositions de la Loi type s'intéressant à l'intervention judiciaire avant le prononcé de la sentence sont peu nombreuses et ne touchent qu'à deux aspects de l'assistance qu'est susceptible d'apporter le juge à un arbitrage commercial international : la jonction d'instances arbitrales parallèles et l'exécution de certaines mesures procédurales octroyées par les arbitres.

236. – D'abord, toutes les législatures, à l'exception du Parlement fédéral, ont adopté des dispositions rendant possible, sous certaines conditions, l'intervention judiciaire relative à la jonction d'instances arbitrales parallèles[615]. L'arbitrage conventionnel, on le sait maintenant fort bien[616], est susceptible de rencontrer divers problèmes lorsque le différend met en cause plus de deux parties ou plusieurs contrats[617]. La plupart de ces difficultés peuvent être surmontées adéquatement en rédigeant soigneusement la convention d'arbitrage, mais des

---

[615] Alberta : *International Commercial Arbitration Act*, S.A. 1986, I-6.6, art. 8; Colombie-Britannique : *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233, art. 27(2); Île-du-Prince-Édouard : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5, art. 8; Manitoba : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, S.M. 1986-87, c. 32, art. 8; Nouveau-Brunswick : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, S.N.B. 1986, c. I-12.2, art. 8; Nouvelle-Écosse : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.S. 1989, c. 234, art. 9; Ontario : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I-9, art. 7; Saskatchewan : *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. I-10.2, art. 7; Terre-Neuve : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N. 1990, c. I-15, art. 9; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.N.W.T. 1988, c. I-6, art. 10; Yukon : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.Y. 1986, Supp., c. 14, art. 6.

[616] Voir en particulier : B. Hanotiau, « Complex – Multicontract-Multiparty – Arbitrations », (1998) 14 Arb. Int. 369; B. Hanotiau, « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties Issues – An Analysis », (2001) 18(3) J. Int. Arb. 251.

[617] On relève souvent, à très juste titre, que les problèmes d'efficacité qu'est susceptible de rencontrer l'arbitrage dans un contexte multipartite constituent un des principaux désavantages de ce mode de résolution de différends : voir, par ex. : J.C. Chiu, « Consolidation of Arbitral Proceedings in International Commercial Arbitration », (1990) 7(2) J. Int. Arb. 53 à la p. 53.

problèmes de rédaction ont parfois pour effet de nécessiter – en raison du principe de l'autonomie de la volonté des parties – qu'un seul et même litige soit scindé en plusieurs instances arbitrales. En raison des inconvénients découlant de l'existence d'une pluralité d'instances arbitrales se rapportant à un même litige, certains sont d'avis qu'un juge devrait pouvoir intervenir afin d'assurer l'unicité du contentieux arbitral se rapportant à un même litige. La question fut soulevée à la CNUDCI, mais il fut décidé – sans débat approfondi – qu'il n'était pas réellement nécessaire d'inclure dans la Loi type des dispositions permettant une telle forme d'intervention judiciaire[618]. La démarche des législatures des provinces et territoires canadiens de common law traduit donc leur désaccord avec la décision de la CNUDCI, désaccord qui n'est d'ailleurs pas isolé puisque d'autres juridictions où fut adoptée ou adaptée la Loi type – comme la Californie, la Caroline du Nord, la Floride et la Georgie – ont emboîté le pas. D'autres législatures qui ont choisi de ne pas mettre en œuvre la Loi type ont néanmoins adopté des dispositions permettant au juge d'intervenir afin de permettre la jonction d'instances arbitrales parallèles[619]. La CNUDCI n'est d'ailleurs pas insensible à l'intérêt qu'ont récemment montré plusieurs États envers ce cas d'intervention judiciaire, puisqu'elle a récemment évoqué la possibilité d'élaborer des dispositions types s'y rapportant[620].

237. – Deux provinces de common law, la Colombie-Britannique et l'Ontario, ont par ailleurs modifié la Loi type afin de préciser que les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral constituent des sentences arbitrales. La législature ontarienne l'a fait dans des termes qui ne souffrent aucune ambiguïté : toute ordonnance rendue par le tribunal arbitral en vertu de l'art. 17 de la Loi type, qu'elle porte sur des mesures provisoires ou conservatoires ou sur le versement d'une provision, est assujettie aux dispositions de la Loi type comme s'il s'agissait d'une sentence[621]. La disposition adoptée par la législature de Colombie-Britannique est moins claire : constitue une sentence « any

---

[618] Voir le *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session*, (1982) XIII Annuaire de la CNUDCI 308 à la p. 313, n° 37 : « De l'avis général, la loi type ne devrait pas traiter des problèmes de jonction en cas de litige multipartite. Bien qu'il ait été reconnu que les parties étaient libres de conclure des accords de jonction, le Groupe de travail a estimé qu'il n'était pas vraiment nécessaire d'inclure dans la loi type de disposition en matière de jonction ».

[619] C'est notamment le cas aux Pays-Bas : voir l'art. 1046 du Code de procéure civile. Sur cette disposition, voir *infra*, n° 424.

[620] *Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international – Note du Secrétariat*, (1999) XXX Annuaire de la CNUDCI 395 à la p. 403 et suiv., n° 51 et suiv.

[621] *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I-9, art. 9.

decision of the arbitral tribunal *on the substance of the dispute submitted to it* and includes [...] an interim award, *including an interim award for the preservation of property* »[622]. Une lecture stricte pourrait donner à penser que cette disposition ne saurait viser que les ordonnances relatives à la préservation de biens en litige. Mais on pourra constater plus loin qu'une telle interprétation doit être rejetée car elle consacrerait une distinction assez arbitraire entre de telles mesures et les autres mesures provisoires ou conservatoires susceptibles d'être octroyées par les arbitres[623].

Il s'agit bien de modifications à la Loi type et non de simples précisions. En effet, comme on le verra, les dispositions de la Loi type relatives à la reconnaissance et à l'exécution de sentences arbitrales ne sont pas applicables à de telles mesures[624], ce qui rejoint l'opinion actuellement dominante en droit comparé au sujet de la notion de sentence arbitrale[625]. La principale conséquence de cette qualification – celle que les législatures de Colombie-Britannique et de l'Ontario ont voulu éviter – est malheureuse : les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral ne peuvent faire l'objet d'une ordonnance d'exécution par un juge. Cela ne signifie pas nécessairement que de telles mesures soient dénuées de toute efficacité[626], mais on a tout de même réalisé, au cours des dernières années, que cette situation était susceptible d'affecter assez sérieusement l'efficacité de l'arbitrage commercial international – autrement dit, qu'il existait aujourd'hui un réel besoin de permettre aux tribunaux judiciaires d'intervenir afin d'assurer l'exécution de telles ordonnances[627]. Ce constat a d'ailleurs incité la CNUDCI à travailler à l'élaboration de dispositions modèles visant à permettre une telle forme d'intervention judiciaire, ce

---

[622] *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233, art. 2(1) [italiques ajoutés].

[623] Voir *infra*, n° 413.

[624] Voir *infra*, n° 412.

[625] Voir, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999 à la p. 737, n° 1351; A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999 à la p. 361 et suiv.; M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration – 2001 Companion*, 2e éd., London, Butterworths, 2001 à la p. 106 et suiv.

[626] Voir, en ce sens : A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'Arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI », J.D.I. 1998.853 aux pp. 861-862.

[627] Voir, en ce sens : G. Herrmann, « Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration ? – The 1998 Freshfields Lecture », (1999) 15 Arb. Int. 211 à la p. 230.

qu'elle fait depuis maintenant plus de quatre ans[628].

§ II. Au Québec

238. – Au Québec, l'Assemblée nationale a choisi de ne pas incorporer par référence la Loi type comme l'ont fait les autres législatures canadiennes, mais plutôt d'en intégrer la substance au C.p.c. et au C.c.Q. afin d'assurer que le style des dispositions pertinentes corresponde mieux à la tradition civiliste[629]. La doctrine ne s'entend cependant pas sur la qualification à donner à la législation québécoise. Certains affirment que le Législateur a *adopté*[630] la Loi type; d'autres ont cependant une opinion plus nuancée, jugeant qu'il ne s'agit bien que d'une *adaptation* du modèle législatif préparé par la CNUDCI et non d'une adoption à proprement parler[631]. Bien que la question ne présente pas beaucoup d'intérêt d'un point de vue pratique, il semble plus sage de parler d'adaptation, puisque les nombreuses différences formelles entre la loi québécoise et la Loi type suggèrent l'existence de plusieurs différences de nature substantielle entre les règles québécoises de l'arbitrage commercial international et celles en vigueur ailleurs au Canada.

239. – Chose certaine, l'interprète désirant préciser le sens des règles en vigueur dans l'ordre juridique québécois ne doit pas seulement tenir compte du texte de la Loi type et des

---

[628] Sur les travaux de la CNUDCI, voir notamment : *Règlement des litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires*, 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119. Par ailleurs, plusieurs États ont adopté des dispositions législatives permettant l'exécution judiciaire de telles mesures; voir, par ex. : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 223 et suiv., n° 311 et suiv.

[629] Voir, en ce sens : A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425 à la p. 436; L. Marquis, « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », R.I.D.C. 1993.577 à la p. 613.

[630] Voir, par ex. : N.N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 100, n° 173 : « [l]e législateur du Québec a été ainsi le premier à adopter la loi-type sur l'arbitrage international qui venait tout juste d'être proposée par la CNUDCI [...] ». V. Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse, Université de Montréal, 1999 à la p. 65, semble du même avis, puisqu'elle estime que le Législateur québécois a « utilisé » la Loi type et l'a « intégrée » dans le C.p.c.

[631] Voir, par ex : J.E.C. Brierley, « De la convention d'arbitrage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2 (« Obligations, contrats nommés »), Québec, P.U.L., 1993, p. 1067 à la p. 1067, n° 1 : « [i]l faut toutefois noter, d'une part, que la législation québécoise de 1986 est une *adaptation* et non pas une *adoption* textuelle de ces textes à caractère international [la Loi type et la Convention de New York] comme c'est le cas dans la plupart des autres législations canadiennes [...] » [italiques ajoutés]; A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425 à la p. 427.

divers faits normatifs transnationaux étudiés précédemment[632], il doit aussi tenir compte des dispositions proprement internes adoptées par l'Assemblée nationale. C'est vrai non seulement à l'égard de *certaines* règles, comme dans les juridictions canadiennes de common law, ce l'est à l'égard de *toutes* les règles québécoises de l'arbitrage commercial international. L'interprète appelé à préciser les conditions de l'intervention du juge québécois avant et durant un arbitrage commercial international doit donc *toujours* lire le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. et la Loi type en parallèle.

240. – Dans quelle mesure ces dispositions législatives proprement internes sont-elles susceptibles de conduire l'interprète à interpréter différemment les conditions de l'intervention du juge québécois que si la Loi type avait tout simplement été incorporée mot pour mot dans le *corpus* législatif québécois ? Cela dépendra en grande partie du poids qu'il donnera à chaque instrument – le C.p.c. et la Loi type – et de la manière dont il conçoit les rapports qu'ils entretiennent.

241. – Il pourrait être tenté d'adopter une approche, plus conservatrice, accordant une place prépondérante aux dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. Après tout, l'Assemblée nationale aurait très bien pu *adopter* à proprement parler la Loi type; comme elle ne l'a pas fait, il peut sembler beaucoup plus logique de ne pas lui donner trop d'importance dans le processus interprétatif. Le texte même de l'art. 940.6 paraît confirmer le bien-fondé de cette approche, puisque c'est bien seulement « s'il y a lieu » que l'interprète doit tenir compte de la Loi type et des travaux préparatoires, laissant ainsi entendre que ceux-ci ne sauraient jouer qu'un rôle secondaire.

Voici comment cette approche pourrait concrètement guider l'interprète. Un différend naît entre deux sociétés commerciales, l'une québécoise, l'autre française, ayant conclu un contrat de vente. Ce contrat contient une clause compromissoire prévoyant que les différends en découlant ou s'y rapportant seront tranchés par un seul arbitre siégeant à Montréal; la clause ne contient aucune précision sur le mode de nomination de l'arbitre. La partie défenderesse refuse de discuter avec la partie demanderesse de l'identité de l'arbitre. Cette dernière saisit donc un juge québécois et lui demande de nommer l'arbitre. Se pose alors la

[632] Voir le Titre I de la Première partie de la présente étude.

question de savoir si le juge peut intervenir à cette fin. Le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. contient deux dispositions en vertu desquelles le juge pourrait intervenir. La première – l'art. 941.1[633], qui reprend en substance l'art. 11(3)*a*) de la Loi type – ne serait manifestement pas applicable puisqu'elle ne vise que l'hypothèse où les parties ont convenu d'un tribunal de trois arbitres. La seconde est l'art. 941.2, inspiré de l'art. 11(4) de la Loi type, qui prévoit qu'« [e]n cas de difficulté dans la mise en œuvre de la procédure de nomination prévue à la convention d'arbitrage, un juge peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure nécessaire pour assurer cette nomination ». Le juge constaterait alors que le Législateur n'a pas repris, dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c., l'art. 11(3)*b*) de la Loi type, qui prévoit qu'« en cas d'arbitrage par *un arbitre unique*, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 »[634]. S'il est enclin à accorder une place prépondérante aux dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c., il jugera sans doute déterminant le silence du Législateur : puisqu'il faut donner un sens à sa décision de ne pas reprendre l'art. 11(3)*b*) de la Loi type, et à la lumière de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. (art. 940.3), on doit conclure que le juge ne peut intervenir afin de nommer un arbitre unique en cas d'incapacité des parties à s'entendre sur l'identité de celui-ci. La Loi type peut sans doute éclaircir des ambiguïtés décelées dans les dispositions du Titre 1 du Livre VII, mais elle ne saurait en aucun cas permettre l'application de dispositions que le Législateur n'a pas incorporées en droit québécois.

242. – Cette approche conservatrice n'est cependant pas la meilleure. Il vaut mieux accorder davantage de poids à la Loi type et à l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international en raison de la très grande importance que revêtait, aux yeux du Législateur, la conformité du droit québécois à la Loi type. Les propos tenus par le ministre responsable de la réforme, H. MARX, lors de l'adoption de la loi, ne laissent place à aucun doute. Commentant l'importance de l'art. 940.6 du C.p.c., il affirma que cette disposition visait à rassurer les opérateurs du commerce international en confirmant que la loi québécoise, très favorable à l'arbitrage commercial international, constitue le « reflet fidèle »

---

[633] « Si, 30 jours après avoir été avisée par une partie de nommer un arbitre, l'autre partie ne procède pas à la nomination ou si, 30 jours après leur nomination, les arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre, un juge, à la demande d'une partie, procède à la nomination ».

[634] Italiques ajoutés.

de la Loi type[635]. L'interprète ne doit donc pas recourir à la Loi type seulement dans le but de clarifier des ambiguïtés décelées dans les dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c., il doit toujours chercher à les interpréter conformément à la Loi type, *à moins que les divergences que révèle une lecture en parallèle des deux instruments n'indiquent clairement l'intention du Législateur québécois de s'écarter du modèle législatif préparé par la CNUDCI.* L'omission par le Législateur québécois de reproduire, en totalité ou en partie, une disposition de la Loi type ne doit donc pas *nécessairement* conduire l'interprète à donner un sens différent aux règles pertinentes.

L'impact que cette approche est susceptible d'avoir sur le résultat de la démarche interprétative peut être illustré en réexaminant l'exemple étudié au paragraphe précédent. Après avoir constaté que le Législateur avait omis de reproduire l'art. 11(3)*b*) de la Loi type, l'interprète devrait approfondir l'analyse en se demandant si cette omission révèle une intention claire de la part du Législateur québécois de s'écarter de la Loi type. Or, la réponse à cette question est évidente lorsqu'on considère les conséquences de l'interprétation retenue en recourant à la méthode conservatrice. Il est impensable que le Législateur ait voulu d'un système où le juge peut, d'une part, intervenir afin de nommer un arbitre en cas de blocage lorsque les parties ont convenu d'un tribunal de trois arbitres sans pouvoir, d'autre part, le faire lorsque les parties ont convenu d'un tribunal d'un seul arbitre. La distinction est tout à fait arbitraire, illogique, irrationnelle; cette solution n'a donc pas pu être souhaitée par le Législateur. Il faudrait plutôt conclure que l'omission n'a pas pour effet d'empêcher le juge d'agir dans de telles circonstances et que l'art. 941.2 du C.p.c., interprété de manière large et libérale, fournit une base légale tout à fait satisfaisante à l'intervention du juge[636].

À titre d'exemple d'une divergence entre la Loi type et les dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. révélant clairement l'intention du Législateur québécois de s'écarter du modèle législatif proposé par la CNUDCI, on peut souligner l'importante modification qu'il a apportée à l'art. 8 de la Loi type, qui a trait à la demande de renvoi à l'arbitrage. Cet article

---

[635] Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (30 octobre 1986) à la p. 3674.

[636] Rien dans les travaux de la Commission permanente des institutions ne laisse croire que le Législateur ait souhaité s'écarter de la Loi type : Québec, *Journal des débats – Commission permanente des institutions* (16 septembre 1986) aux pp. 560-561. Une décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans une affaire d'arbitrage commercial international peut être invoquée au soutien de cette interprétation de l'art. 941.2 : *Opron Inc.* c. *Aero System Engineering Inc.*, [1999] J.Q. (Quicklaw) No. 420.

prévoit que le renvoi à l'arbitrage d'un litige dont est saisi un tribunal judiciaire peut être demandé par une partie « au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend ». Dans le but de favoriser davantage le recours à l'arbitrage, le Législateur a choisi, à l'art. 940.1 du C.p.c., de permettre à toute partie au litige de soulever l'incompétence du juge à tout moment avant l'inscription de la cause pour enquête et audition au fond, ce qui correspond à la fin de la phase préparatoire qui précède le procès. Comme on le constatera plus loin, cette initiative fut malheureuse et engendra de nombreuses difficultés[637]. Mais l'interprète ne pourrait évidemment pas décider d'ignorer simplement cette modification et d'appliquer l'art. 8 de la Loi type afin d'assurer l'harmonie entre les règles québécoises et la Loi type, puisque l'intention du Législateur québécois de s'en écarter fut exprimée de manière limpide.

243. – Des règles proprement internes sont donc susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge québécois en raison de la décision du Législateur québécois de ne pas reproduire la Loi type mot pour mot. Ce n'est cependant qu'après avoir étudié en détail les conditions de l'intervention des juges canadiens avant et durant un arbitrage commercial international qu'on pourra mesurer leur impact réel et voir dans quelle mesure elles atténuent la transnationalisation de la mission du juge québécois causée par la réforme de 86.

Section II. Les règles permettant au juge de prêter assistance à un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for

244. – Comme la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for et comme les principes généraux de l'arbitrage commercial international étudiés au titre précédent ne font obstacle qu'au *contrôle* judiciaire d'un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for, il est possible que des règles internes permettent aux juges canadiens d'intervenir afin de prêter *assistance* à un tel arbitrage au-delà des cas prévus dans les lois pertinentes. Il convient donc de jeter un regard critique sur ces lois et de se demander si elles permettent aux juges canadiens d'assister suffisamment un tel arbitrage et, si ce n'est pas le cas, si des règles internes ne permettraient pas de pallier la ou les lacunes identifiées.

---

[637] Voir *infra*, n° 307 et suiv.

245. – À la réflexion, l'assistance judiciaire à un arbitrage commercial international dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for qu'envisage la Loi type s'avère insuffisante à deux égards : elle ne lui permet ni d'intervenir afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège ait été déterminé, lorsque cela s'avère nécessaire afin d'éviter un déni de justice (§ I), ni d'octroyer des mesures liées à l'administration de preuves au soutien d'un arbitrage dont le siège est situé à l'étranger (§ II). Heureusement, il est possible d'affirmer que des règles internes permettent aux juges canadiens d'intervenir dans de telles circonstances.

§ I. Les règles de compétence internationale permettant l'intervention judiciaire visant à constituer le tribunal arbitral avant que le lieu du siège ait été déterminé

246. – Bien que l'on incite fréquemment les opérateurs du commerce international à préciser, dans les clauses compromissoires qu'ils insèrent dans leurs contrats, le lieu du siège de l'arbitrage[638], ils omettent parfois de le faire, soit par négligence, soit faute d'accord lors de la conclusion de la transaction[639]. Si un blocage survient à l'étape de la constitution du tribunal arbitral et que les parties n'ont prévu aucun mécanisme pour y remédier – ce qui sera le cas dans la plupart des cas où l'arbitrage *ad hoc* est envisagé –, elles doivent pouvoir avoir accès à un juge afin de nommer le ou les arbitres. Que la compétence internationale du juge saisi d'une demande d'assistance à la constitution du tribunal arbitral dépende exclusivement du lieu du siège de l'arbitrage, comme le laissent entendre la Loi type[640] et beaucoup de lois régissant l'arbitrage commercial international adoptées au cours des dernières décennies[641], n'est donc pas satisfaisant : puisque la clause compromissoire interdit aux tribunaux judiciaires de connaître du fond du différend, un blocage au stade de la constitution du

---

[638] Voir par ex. : P. Bienvenu, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux », (1996) 56 R. du B. 39 à la p. 52; S.R. Bond, « How to Draft an Arbitration Clause », (1989) 6(2) J. Int. Arb. 65 à la p. 72. Les clauses types attirent très souvent l'attention des rédacteurs du contrats internationaux sur l'importance de désigner le siège de l'arbitrage dans la clause compromissoire; voir, par ex., celles préparées par la CNUDCI, la CCI, le CCAC, la LCIA et l'AAA.

[639] Par ex., 43% des réclamations portées à l'arbitrage sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la CCI en 1987 étaient fondées sur des clauses compromissoires ne précisant pas le lieu du siège de l'arbitrage : S.R. Bond, « How to Draft an Arbitration Clause », (1989) 6(2) J. Int. Arb. 65 à la p. 72.

[640] Article 1(2) et art. 11.

[641] Voir, par. l'art. 1493 du N.C.P.C. français, qui prévoit également la possibilité d'étendre la compétence internationale du juge français lorsque les parties ont précisé que l'arbitrage serait régi par la loi de procédure française, ce qui survient cependant assez rarement en pratique. Voir aussi les art. 176(1) et 179(2) de la L.D.I.P. suisse.

tribunal arbitral pourrait entraîner, dans une telle hypothèse, un véritable déni de justice[642].

247. – On semble avoir du mal à s'entendre sur l'importance du problème d'un point de vue pratique. Pour certains, de tels cas se rencontreront si rarement qu'il ne semble pas nécessaire de trop s'en soucier[643]. Cette idée semble avoir été dominante lors de l'élaboration de la Loi type. La question fut évoquée lors des travaux de la dix-huitième session de la CNUDCI; certains délégués ont proposé d'élargir le champ d'application territorial de la Loi type afin de permettre, sous certaines conditions, aux tribunaux judiciaires de prêter assistance à la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé[644]. On n'a cependant pu s'entendre sur le critère de la compétence internationale du juge[645], de sorte que la proposition fut en fin de compte abandonnée; on souligna tout de même que la Loi type n'empêcherait pas le juge d'intervenir dans une telle hypothèse sur le fondement de règles proprement internes[646]. D'autres observateurs sont en revanche d'avis que les lois régissant l'arbitrage commercial international devraient prévoir l'extension de la compétence internationale du juge appelé à constituer le tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé[647]. Certaines législatures – notamment en Allemagne, en Italie et aux Pays-Bas – ont adopté des dispositions, fondées sur divers critères de rattachement, en ce sens[648].

---

[642] Voir, en ce sens : Ph. Fouchard, note sous Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 aux pp. 449-451, n^{os} 18-23.

[643] Voir, faisant allusion à ce courant de pensée sans toutefois y adhérer : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 108.

[644] Voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 37; *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, 3 au 21 juin 1985*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 21, n° 76.

[645] On a songé à étendre expressément l'applicabilité des art. 11, 13 et 14 de la Loi type, dans l'hypothèse où le lieu du siège de l'arbitrage n'était pas encore été déterminé : *a*) si le défendeur a un établissement dans l'État concerné, *b*) si le demandeur y a un établissement, *c*) si le demandeur ou le défendeur y a un établissement, *d*) si la convention d'arbitrage y fut conclue, *e*) ou encore si la résidence habituelle de l'arbitre intéressé s'y trouve.

[646] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, 3 au 21 juin 1985*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 aux pp. 21-22, n° 80.

[647] Voir : Ph. Fouchard, « La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861 aux pp. 869-870, n^{os} 13-14; K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 110; G. Herrmann, « Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration ? », (1999) 15 Arb. Int. 211 à la p. 229.

[648] Allemagne : l'art. 1025(3) ZPO prévoit que : « [t]ant que le lieu de l'arbitrage n'est pas fixé, les tribunaux allemands sont compétents pour remplir les fonctions judiciaires visées aux §§ 1034, 1035, 1037 ou 1038 à condition que le défendeur ou le demandeur ait son siège ou sa résidence habituelles en Allemagne »

Une affaire s'étant récemment retrouvée devant les tribunaux français confirme que le problème est loin de n'être que théorique[649]. Elle découlait d'un accord de participation conclu dans les années 60 entre Israël et une société publique iranienne. Cet accord contenait une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage *ad hoc* et qu'en cas de désaccord entre les arbitres choisis par les parties sur l'identité du troisième arbitre, « il sera demandé au Président de la Chambre de Commerce Internationale de Paris de nommer ce troisième arbitre »; la clause ne précisait pas le lieu du siège de l'arbitrage. Après la naissance d'un litige entre les parties, la société iranienne nomma son arbitre, mais Israël refusa de nommer le sien. La clause compromissoire, rédigée de manière assez maladroite, ne permettait pas de débloquer l'impasse puisque l'intervention du président de la CCI n'avait été envisagée qu'afin de nommer le troisième arbitre. Il était donc nécessaire que la société iranienne ait accès à un juge afin que le tribunal arbitral puisse être constitué, faute de quoi elle aurait été victime d'un déni de justice. Dans un arrêt sur lequel il faudra revenir, la Cour d'appel de Paris a accepté d'étendre la compétence internationale du juge français saisi d'une demande d'assistance à la constitution du tribunal arbitral afin de lui permettre d'intervenir, sous certaines conditions, avant que le lieu du siège ait été déterminé.

248. – Il serait donc souhaitable que des règles proprement internes permettent aux juges canadiens d'intervenir afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège ait été fixé, lorsque les parties n'ont prévu aucun mécanisme permettant de remédier de manière efficace à un blocage.

(trad. M. Lehmann, Rev. arb. 1998.441); Italie : l'art. 810, al. 2 du Code de procédure civile prévoit que : « À défaut, la partie ayant adressé l'invitation peut demander, sur requête, que la nomination soit faite par le président du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège de l'arbitrage. Si les parties n'ont pas encore déterminé le siège, le recours est présenté au président du tribunal du lieu où a été conclu le compromis ou le contrat contenant la clause compromissoire, ou encore, si ce lieu se trouve à l'étranger, au président du tribunal de Rome. Le président, après avoir entendu, s'il y a lieu, l'autre partie, statue par ordonnance non susceptible de recours » (sur cette disposition, voir : P. Bernardini, « L'arbitrage en Italie après la récente réforme », Rev. arb. 1994.479 à la p. 487; Pays-Bas : l'art. 1073(2) du Code de procédure civile prévoit que : « [s]i les parties ne sont pas convenues du lieu de l'arbitrage, la désignation ou la récusation de l'arbitre ou des arbitres ou du secrétaire général joint au tribunal peut avoir lieu conformément aux dispositions du chapitre premier du présent Titre si au moins l'une des parties est domiciliée ou a sa résidence de fait aux Pays-Bas » (trad. Institut néerlandais d'arbitrage, Rev. arb. 1988.349) (sur cette disposition, voir : P. Sanders, « La nouvelle loi néerlandaise sur l'arbitrage », R.D.A.I. 1987.539 à la p. 546; J.C. Schultz, « Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage », Rev. arb. 1988.209 à la p. 211, n° 2. Voir aussi l'art. 1(4) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, qui pourrait permettre au juge anglais d'intervenir dans des circonstances semblables.

[649] Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 (note Ph. Fouchard).

249. – Puisqu'il ne semble pas possible de soutenir qu'une telle intervention puisse s'appuyer, dans les territoires fédéraux et les provinces de common law, sur les lois régissant l'arbitrage interne[650], il faut vérifier si le silence du Législateur fait nécessairement obstacle à la reconnaissance d'un tel pouvoir d'intervention judiciaire. L'argument s'opposant à la reconnaissance de toute exception à la règle de compétence internationale énoncée à l'art. 1(2) de la Loi type est facile à concevoir. Si le Législateur avait voulu permettre l'intervention judiciaire au stade de la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège ait été déterminé, il aurait modifié l'art. 1(2) en conséquence, d'autant plus que le problème – qui, on l'a vu, fut discuté à la CNUDCI et est clairement évoqué dans les travaux préparatoires – était connu. Il ne l'a pas fait; il faut en déduire qu'il n'a pas voulu confier de tels pouvoirs aux juges canadiens et que de tels pouvoirs n'existent donc pas.

L'argument n'est cependant pas sans réplique. Le silence du Législateur n'est jamais en soi un obstacle absolu à l'existence d'une règle juridique. Il est clair que l'absence de toute mention de l'art. 11 à l'art. 1(2) de la Loi type milite en faveur de la thèse niant l'existence d'un pouvoir d'intervention dans de telles circonstances, mais la prise en compte des principes généraux de l'arbitrage commercial international permet d'appuyer – et de manière convaincante – la thèse contraire, du moins lorsque la non-intervention du juge canadien est susceptible d'empêcher l'exécution de la convention d'arbitrage. En effet, le système de justice internationale que constitue l'arbitrage commercial international repose sur un

---

[650] La question ne se pose qu'à l'égard des territoires fédéraux et des provinces de common law, puisque les lois fédérale et québécoise s'appliquent à tous les arbitrages, qu'ils revêtent ou non un caractère international. Il est certain que les lois régissant l'arbitrage interne en Colombie-Britannique, en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, en Ontario et au Nouveau-Brunswick ne sont d'aucune pertinence car il est expressément prévu qu'elles ne s'appliquent pas à un arbitrage commercial international (voir, respectivement : *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1986, c. 55, art. 1; *Arbitration Act*, R.S.A., c. A-43, art. 2(1)*b*); *The Arbitration Act, 1992*, S.S., c. A-24.1, art. 3(1)*b*); *Loi sur l'arbitrage*, L.M., c. A-120, art. 2(1)*b*); *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, art. 2(1)*b*); *Loi sur l'arbitrage*, L.N.-B., art. 2(1)*b*)). Les lois des territoires fédéraux et des autres provinces ne contiennent aucune disposition équivalente, ce qui pourrait donner à penser que leurs dispositions permettant l'intervention judiciaire sont applicables à un arbitrage commercial international dès lors que la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type n'est pas applicable. Or, il est fort doueux que telle ait été l'intention des législatures, car ces lois prévoient des cas d'intervention, comme par ex. la procédure du *case stated* héritée du droit anglais (voir, par ex., l'art. 19 de l'*Arbitration Act*, P.E.I.S., c. A-16 de l'Île-du-Prince-Édouard et l'art. 12(2) de la *Loi sur l'arbitrage*, L.R.T.N.-O. 1988, c. A-5 des Territoires du Nord-Ouest), totalement inadaptées à l'arbitrage commercial international; par ailleurs, elles permettent plusieurs autres cas d'intervention, comme par ex. la révocation d'un arbitre pour cause d'inconduite (voir pa ex. l'art. 13 de l'*Arbitration Act*, R.S.N. 1990, c. A-14 de Terre-Neuve), dont l'application à un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for n'aurait aucun sens. Même si elles ne le prévoient pas expressément, ces lois ne doivent donc jamais être considérées comme étant applicables à un arbitrage commercial international.

principe général – si connu et si largement accepté qu'il n'est point besoin de le démontrer[651] – favorisant l'autonomie de la volonté des opérateurs du commerce international, plus particulièrement le respect de leur volonté de recourir à l'arbitrage. C'est d'ailleurs sur ce principe général que reposent les règles permettant aux juges d'intervenir au stade de la constitution du tribunal arbitral; ceux-ci assurent ainsi que puisse se réaliser l'effet positif de la convention d'arbitrage[652]. Une situation où les parties n'ont accès à aucun juge afin de remédier à un blocage au stade de la constitution du tribunal arbitral est intolérable puisqu'elle heurte *sans justification satisfaisante* le principe général favorisant le respect de la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage. En donnant un sens au silence du Législateur, l'interprète doit donc tenir compte de ce principe général et conclure que ce silence ne peut s'opposer à l'intervention d'un juge canadien avant que le siège ait été déterminé *si cette intervention s'avère nécessaire à la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage*[653]. Cette solution semble d'autant plus opportune qu'elle peut sans aucun doute s'appuyer sur un autre principe général – s'opposant à toute forme de déni de justice – qui, sans avoir un statut comparable à celui qu'on lui reconnaît dans l'ordre juridique européen, sous-tend néanmoins très certainement tous les ordres juridiques canadiens.

250. – Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris dans une affaire, discutée plus haut, mettant aux prises Israël et une société publique iranienne, témoigne du bien-fondé de la solution proposée[654]. La Cour y affirma l'existence d'une exception à l'art. 1493, al. 2 du N.C.P.C.[655], qu'elle justifia par l'importance d'assurer le respect de la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage, permettant – sous certaines conditions sur lesquelles il faudra

---

[651] On a déjà eu l'occasion de constater que le respect de la volonté exprimée par les parties de recourir à l'arbitrage est l'un des buts poursuivi par la Convention de New York, à laquelle presque tous les États impliqués dans le commercial international sont aujourd'hui parties : *supra*, n° 69 et suiv.

[652] Voir *infra*, n° 334 et suiv.

[653] Ce qui ne sera pas le cas, par ex., dans l'hypothèse où il était démontré que le juge d'un autre État accepterait de prêter assistance à l'arbitrage afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral.

[654] Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 (note Ph. Fouchard).

[655] Cette disposition se lit comme suit : « [s]i pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de le loi de procédure française, la constitution du tribunal se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457 ».

revenir[656] – au juge de prêter assistance à la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé, lorsque cela s'avère nécessaire à la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage. Cet aspect de l'arrêt de la cour parisienne mérite d'être approuvé sans réserve.

251. – Il y a donc lieu d'affirmer l'existence de règles de compétence internationale proprement internes permettant aux juges canadiens d'intervenir afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral avant même que le lieu du siège ait été déterminé. La teneur de ces règles et les conditions sous lesquelles les juges canadiens peuvent ainsi intervenir devront être examinées dans la seconde partie de la présente étude[657].

§ II. Les règles fédérales permettant l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves

252. – Il n'y a aucun doute qu'afin d'assurer pleinement l'efficacité de l'arbitrage commercial international, l'assistance judiciaire en matière d'administration des preuves[658] ne doit pas être limitée aux seuls arbitrages se déroulant sur le territoire du for, puisque les opérateurs du commerce international et les institutions d'arbitrage décident fréquemment, pour des raisons de neutralité, de localiser le siège d'un arbitrage dans une juridiction n'ayant aucun lien avec l'opération économique à laquelle le litige se rapporte. L'assistance susceptible d'être requise s'agissant de l'administration des preuves n'est donc – bien souvent – pas celle des tribunaux judiciaires du siège. L'opportunité de permettre cette forme d'assistance judiciaire lorsque l'arbitrage se déroule à l'étranger a, au cours des dernières années, été soulignée à de nombreuses reprises par la doctrine, qui a majoritairement critiqué le refus des juges américains d'en reconnaître la disponibilité[659].

---

[656] Voir *infra*, n° 344.

[657] Voir *infra*, n° 343 et suiv.

[658] Les motifs pour lesquels l'assistance judiciaire est susceptible d'être nécessaire s'agissant de l'administration de preuves sont examinés *infra*, n° 373 et suiv.

[659] Les cours d'appel des second et cinquième districts ont récemment décidé que la législation fédérale prévoyant l'assistance des cours américaines dans l'admninistration de preuves au soutien d'un « *foreign or international tribunal* » (28 U.S.C. § 1782) n'était pas applicable à un tribunal arbitral conventionnel : *National Broadcasting Companyh, Inc.* c. *Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999); *The Republic of Kazakhstan* c. *Biedermann International*, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999). Auparavant, certaines cours fédérales de première instance avaient jugé la loi applicable à un tribunal arbitral conventionnel (par ex. : *In re Technostroyexport*, 853 F. Supp. 695 (S.D.N.Y. 1994)), alors que d'autres avaient jugé qu'elle ne l'était pas

253. – Le problème était d'ailleurs à l'esprit de la CNUDCI lors de l'élaboration de la Loi type. Les travaux préparatoires révèlent que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats commerciaux s'est – dès 1983 – montré favorable à l'intervention judiciaire visant à assister un tribunal arbitral étranger dans l'obtention de preuves[660]. Si, en dernier lieu, on a décidé de limiter le champ d'application de l'art. 27 de la Loi type aux seuls arbitrages se déroulant sur le territoire du for, ce n'est pas par réticence envers l'intervention judiciaire dans de telles circonstances; c'est simplement parce qu'on jugeait qu'une loi type ne pouvait adéquatement traiter de ce qu'on considérait, à l'époque, être une question relevant de l'entraide judiciaire internationale, une matière traditionnellement régie par des conventions internationales[661]. L'absence de référence à l'art. 27 de la Loi type dans l'énumération que l'on trouve à l'art. 1(2) des dispositions applicables même lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for ne signifie donc pas que les législatures canadiennes étaient, à l'époque des réformes, *réfractaires* à une telle forme d'assistance judiciaire. Ainsi, il serait incontestablement souhaitable que les juges canadiens puissent, sur le fondement de règles internes, assister un tribunal arbitral siégeant à l'étranger s'agissant de

---

(par ex. : *In re Medaway Power Ltd.*, 985 F. Supp. 402 (S.D.N.Y. 1997)). En doctrine, voir : H. Smit, « American Judicial Assistance to International Arbitral Tribunals », (1997) 8 Am. Rev. Int'l Arb. 153; H. Smit, « American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals : Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited », (1998) 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1; E.A. Schwartz et R.B. Johnson, « Court-Assisted Discovery in Aid of International Commercial Arbitration – Two Recent US Cases Regarding the Applicability of 28 U.S.C. § 1782 », (1998) 15(3) J. Int. Arb. 53 à la p. 55; B.M. Cogan et D.A. Sifre, « United States Federal Courts : No Longer Available to Compel Discovery in Connection With Non-United States Arbitrations », (1999) 10 Am. Rev. Int'l Arb. 19; T.K. Cromwell, « The Role of Federal Courts in Assisting International Arbitration », [2000] J. Disp. Resol. 177 à la p. 184. Certains observateurs ont salué les arrêts des cours d'appel des second et cinquième districts au motif que l'indisponibilité du *discovery* à l'américaine assurera l'efficacité et la célérité de l'arbitrage commercial international : S.K. Huber et E.W. Trachte-Huber, « International ADR in the 1990's : the Top Ten Developments », (2001) 1 Hous. Bus. & Tax L.J. 184 à la p. 219. Mais là n'est pas le réel enjeu, puisque cette question touche à l'*exercice* du pouvoir d'assistance du juge et non à son *existence*. Il n'y a aucun doute qu'un tel pouvoir d'assistance doit exister afin d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international. La question des conditions dans lesquelles il doit être exercé afin d'assister adéquatement l'arbitrage doit être soigneusement distinguée (voir, se rapprochant de cette idée : H. Smit, « The Fifth Circuit Joins the Second in Ruling Assistance Under U.S.C. § 1782 to be Unavailable to Private International Arbitral Tribunals », (1999) 10 Am. Rev. Int'l Arb. 99).

[660] *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats commerciaux sur les travaux de sa cinquième session*, (1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 65 à la p. 69, n° 36.

[661] *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats commerciaux sur les travaux de sa sixième session*, (1984) XIV Annuaire de la CNUDCI 151 à la p. 155 et suiv., n° 42 et suiv.; *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats commerciaux sur les travaux de sa septième session*, (1984) XIV Annuaire de la CNUDCI 186 à la p. 197, n^{os} 95-97; *Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 55 art. 27, n° 1; *Commentaire analytique d'un projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 27, n° 4; *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, 3 au 21 juin 1985*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 49, n° 225.

l'obtention de preuves. On doit donc se demander si les dispositions législatives régissant l'entraide judiciaire internationale, qu'ont adoptées le Parlement fédéral et les provinces et territoires canadiens[662], peuvent trouver application en matière d'arbitrage. Malgré la grande importance qu'elle revêt d'un point de vue pratique, il semble que la question n'ait jamais été étudiée de manière approfondie.

254. – À la réflexion, il ne semble pas possible de conclure à l'applicabilité des lois provinciales et territoriales à un tribunal arbitral. Ces lois font référence à une demande d'assistance émanant d'un tribunal ou d'une cour *d'un pays étranger*[663]. Or, comme on l'a déjà mentionné[664], un tribunal arbitral ne peut – d'un point de vue théorique – être considéré comme étant de quelque manière que ce soit rattaché à l'appareil judiciaire étatique, de sorte qu'il semble *a priori* difficile de conclure qu'il puisse constituer un *tribunal d'un pays étranger* lorsqu'il siège ailleurs qu'au Canada. Qui plus est, la jurisprudence canadienne a traditionnellement interprété de manière assez stricte ces dispositions législatives en jugeant que l'entraide judiciaire ne pouvait être fournie qu'à de véritables cours de justice et non à des tribunaux quasi judiciaires comme la commission des valeurs mobilières américaine (SEC)[665].

---

[662] Sur ces dispositions, voir : B.J. Freedman et G.N. Harney, « Obtaining Evidence from Canada : the Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts », (1987) 21 U.B.C. L. Rev. 351; J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997 à la p. 132 et suiv., n° 75 et suiv.; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 445 et suiv., n° 191.1 et suiv. Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans : *Abenhaim* c. *American Home Products Corporation*, REJB 2000-19980. Sur la validité, au plan constitutionnel, des dispositions législatives provinciales, voir : E.R. Edinger, « The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation : *Global Securities* v. *British Columbia (Securities Commission)* », (1999) 33 U.B.C. L. Rev. 169; l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique commentée par E. EDINGER fut subséquemment porté en appel devant la Cour suprême du Canada, mais cette dernière a limité son analyse à la constitutionnalité des dispositions permettant l'assistance judiciaire qui se trouvent dans les lois provinciales régissant les valeurs mobilières : *Global Securities Corp.* c. *Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494.

[663] Voir, par ex. : Colombie-Britanique : *Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, art. 53(1); Alberta : *Alberta Evidence Act*, R.S.A., c. A-18; Saskatchewan : *Saskatchewan Evidence Act*, R.S.S., c. S-16, art. 51; Manitoba : *Loi sur la preuve au Manitoba*, R.S.M., c. E-150, art. 82(1); Ontario : *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, c. E-23, art. 60(1); Québec : *Loi sur certaines procédures*, L.R.Q., c. P-27, art. 9; Nouvelle-Écosse : *Evidence Act*, R.S.N.S., c. 154, art. 70; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut : *Loi sur la preuve*, L.R.T.N.-O. 1988, c. E-8, art. 72(1); Yukon : *Loi sur la preuve*, L.R.Y., c. 57, art. 63(1); fédéral : *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 46(1).

[664] Voir *supra*, n° 191.

[665] Voir, par ex. : *Re McCarthy and Menin*, (1963) 38 D.L.R. (2d) 660 (C.A. Ont.); *Re A.G. Becker Inc.*, (1984) C.P.C. 163 (Ont. H.C.); *Global Securities Corp.* c. *British Columbia (Securities Commission)*, (1998) 56 B.C.L.R. (3d) 237 (B.C. C.A.), infirmé pour d'autres motifs par la Cour suprême du Canada : *Global Securities Corp.* c. *Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494. Certains auteurs ont critiqué

La décision des législatures provinciales et territoriales se comprend mieux à la lumière des fondements théoriques de ces dispositions. L'assistance qu'elles envisagent est fondée sur la courtoisie dont doivent faire preuve les tribunaux canadiens – J.-G. CASTEL est même d'avis qu'il s'agirait d'une obligation internationale de source coutumière[666] – à l'égard d'États étrangers. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada au début des années 80, cette courtoisie – qu'on définit comme étant « la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses loi »[667] – se traduit en un « intérêt commun [qui] incite les souverains aux relations mutuelles et à l'échange de bons offices entre eux »[668] et qui se manifeste notamment par l'entraide judiciaire internationale. L'ouverture à l'entraide judiciaire internationale sert l'intérêt du Canada de deux manières : d'une part, elle favorise le développement de relations interétatiques harmonieuses; d'autre part, elle contribue à améliorer l'efficacité du système judiciaire canadien puisqu'elle est susceptible d'inciter les tribunaux judiciaires étrangers à traiter favorablement de telles demandes lorsqu'elles émanent de tribunaux judiciaires canadiens[669]. Visiblement, de telles considérations ne sont d'aucune pertinence dès lors que l'assistance judiciaire vise un tribunal privé, de source conventionnelle, qui n'est d'aucune manière rattaché à l'appareil judiciaire étatique. L'assistance que prête le juge à un tribunal arbitral commercial international n'est nullement fondée sur la courtoisie internationale, mais plutôt sur l'intérêt qu'ont les États à assurer l'efficacité de l'arbitrage et – plus largement – à favoriser la libéralisation des échanges économiques internationaux[670].

---

cette jurisprudence : B.J. Freedman et G.N. Harney, « Obtaining Evidence from Canada : the Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts », (1987) 21 U.B.C. L. Rev. 351 à la p. 358 et suiv.

[666] J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997 à la p. 133, n° 75.

[667] *Hilton* c. *Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), 163-164, repris par la Cour suprême du Canada dans *Spencer* c. *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278 à la p. 283 et dans *Morguard Investments Ltd.* c. *De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 à la p. 1096.

[668] *R.* c. *Zingre*, [1981] 2 R.C.S. 392 à la p. 401; voir aussi, en ce sens : *Gulf Oil Corporation* c. *Gulf Canada Limitée*, [1980] 2 R.C.S. 39; *United States District Court, Middle District of Florida* c. *Royal American Shows Inc.*, [1982] 1 R.C.S. 414.

[669] B.J. Freedman et G.N. Harney, « Obtaining Evidence from Canada : the Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts », (1987) 21 U.B.C. L. Rev. 351 à la p. 353.

[670] Sur l'« intérêt de l'État au succès de l'arbitrage commercial international », voir notamment : Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 34 et suiv., n° 63 et suiv.

255. – À l'origine, la loi fédérale ne visait – elle aussi – que les cours ou tribunaux *d'un pays étranger*, de sorte que son application à un tribunal arbitral se heurtait aux mêmes difficultés. En 1999, l'art. 46 de la *Loi sur la preuve au Canada*[671] a cependant été modifié et l'assistance peut aujourd'hui être fournie à tout « tribunal étranger compétent »[672]. Il ne s'agit pas d'une simple modification formelle, puisqu'elle fut introduite dans le cadre d'une réforme majeure de la loi canadienne sur l'extradition qui visait notamment à permettre aux juges canadiens d'assister de manière plus efficace certains tribunaux pénaux internationaux récemment mis sur pieds par la communauté internationale[673]. Cette modification législative soulève la question suivante : peut-on affirmer que l'art. 46 de cette loi permet aujourd'hui à un juge canadien de prêter assistance à un tribunal *arbitral* siégeant à l'étranger s'agissant de l'obtention de preuves ? *A priori*, on pourrait croire que non : la modification ayant été faite dans le cadre d'une réforme du droit de l'extradition, comment pourrait-on prêter au Parlement l'intention d'avoir voulu accroître les pouvoirs des juges canadiens en matière d'arbitrage commercial international ? Or, cette interprétation n'est pas la seule que l'on puisse raisonnablement donner à l'art. 46, tel qu'il est maintenant rédigé. Il est parfaitement raisonnable d'affirmer qu'en remplaçant l'expression « tribunal ou cour d'un pays étranger » par l'expression « tribunal étranger », le Législateur ait plutôt voulu modifier l'état du droit positif afin que l'assistance judiciaire en matière d'administration de preuves ne soit plus limitée aux seuls tribunaux *judiciaires* d'États étrangers. Après tout, le Parlement aurait très bien pu reformuler l'art. 46 autrement, afin que la modification apportée ne vise expressément qu'un tribunal pénal international; or, ce n'est pas ce qu'il a fait. Si cette interprétation devait prévaloir, il serait possible d'affirmer que la loi fédérale permet l'assistance judiciaire à un tribunal arbitral s'agissant de l'obtention de preuves.

Et c'est cette interprétation qui semble être la meilleure, pour deux raisons. D'abord, elle semble plus compatible avec la tendance très favorable à l'entraide judiciaire qui caractérise actuellement la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, qui exhortait au début des années 80 à une interprétation *large et libérale* des dispositions législatives pertinentes[674]; autrement dit, entre deux interprétations possibles, il convient de privilégier celle qui favorise

---

[671] L.R.C. (1985), c. C-5.

[672] La version anglaise de la loi emploie l'expression « any court or tribunal outside Canada ».

[673] *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18.

[674] *R.* c. *Zingre*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Gulf Oil Corporation* c. *Gulf Canada Limitée*, [1980] 2 R.C.S. 39; *United States District Court, Middle District of Florida* c. *Royal American Shows Inc.*, [1982] 1 R.C.S. 414.

davantage l'assistance judiciaire. En second lieu, c'est celle qui est la plus conforme aux principes généraux de l'arbitrage commercial international, en l'occurrence au principe général qui tend à en assurer l'efficacité aux yeux de ses usagers[675]; en effet – comme on l'a mentionné –, il n'y a aucun doute que les usagers de la justice arbitrale internationale ont intérêt à pouvoir avoir directement accès à l'assistance des tribunaux judiciaires d'États autres que ceux du for s'agissant de l'obtention de preuves.

256. – Il convient de souligner que si cette interprétation était partagée par les juges canadiens, il s'ensuivrait que ceux-ci pourraient prêter assistance à *tout* tribunal arbitral étranger, quel que soit le domaine auquel touche le litige dont ce dernier est saisi. En effet, contrairement à ce qu'on pourrait penser, l'art. 46 de la loi fédérale n'est pas seulement applicable lorsque le litige touche à une matière relevant de la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral – ce qui est l'exception en matière commerciale – car il semble aujourd'hui acquis que sa compétence constitutionnelle en matière d'entraide judiciaire internationale ne dépend aucunement de la nature du litige opposant les parties[676].

Conclusion du Chapitre II

257. – Il existe donc trois catégories de règles proprement internes susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. Les deux premières, qui soulèvent peu de difficultés, se rapportent – premièrement – au fait que la Loi type envisage elle-même la possibilité que certaines des conditions de son intervention soient régies par des règles internes, et – deuxièmement – à la décision des législatures canadiennes de ne pas adopter intégralement la Loi type et d'inclure, dans les lois régissant spécialement l'arbitrage commercial international, des dispositions proprement internes s'intéressant à l'intervention du juge avant le prononcé de la sentence.

---

[675] Sur ce principe général et sur la consécration de son existence par la Cour suprême du Canada, voir *supra*, n° 129.

[676] Voir, en ce sens : B.J. Freedman et G.N. Harney, « Obtaining Evidence from Canada : the Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts », (1987) 21 U.B.C. L. Rev. 351 à la p. 356; E.R. Edinger, « The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation : *Global Securities* v. *British Columbia (Securities Commission)* », (1999) 33 U.B.C. L. Rev. 169 à la p. 178 et suiv., jugeant aussi qu'en vertu de la théorie constitutionnelle du double aspect, l'entraide judiciaire internationale en matière civile relève à la fois de la compétence législative du Parlement fédéral et de celle des législatures provinciales.

La troisième catégorie est moins évidente. Son existence est légitime, car ni la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention prévus dans la Loi type, ni les principes généraux de l'arbitrage commercial international ne s'opposent à l'assistance judiciaire à un arbitrage dont le siège n'est pas situé sur le territoire du for fondée sur des règles proprement internes. De telles règles peuvent donc être invoquées afin de pallier les lacunes de la Loi type s'agissant de l'assistance que le juge peut prêter à un tel arbitrage. L'analyse a permis d'identifier deux lacunes majeures, auxquelles on peut remédier en affirmant, dans un premier temps, l'applicabilité de règles de compétence internationale proprement internes permettant l'assistance judiciaire à la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé et, deuxièmement, l'applicabilité à un tribunal arbitral des dispositions de la législation fédérale permettant l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves, conclusion à laquelle conduit la prise en compte d'un principe général de l'arbitrage commercial international tendant à en assurer l'efficacité aux yeux de ses usagers.

CONCLUSION DU TITRE II

258. – De cette analyse des règles proprement internes qui sont susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, on retiendra surtout deux choses. D'abord, le phénomène de neutralisation de règles internes qu'ont causé les réformes législatives du milieu des années 80 et qui fut mis en évidence dans le Chapitre I du présent titre a très certainement pour effet d'accentuer la transformation du rôle que le juge est appelé à jouer et qu'on a décelée en analysant les faits normatifs transnationaux susceptibles d'influer sur les conditions de son intervention; la transnationalisation de sa mission est donc bien réelle : lorsqu'il est appelé à intervenir en matière d'arbitrage commercial international, le juge devient un acteur de premier plan de cet espace juridique propre à la Société des opérateurs du commerce international et il délaisse du coup son statut de juge « canadien ».

En fait, il faut nuancer, puisqu'il ne le délaisse pas totalement. En constatant que le sens des règles s'intéressant aux conditions de son intervention n'est pas complètement influencé par des faits normatifs transnationaux, on comprend que par son intervention, il continuera,

parfois, à agir en tant que juge de l'ordre juridique interne auquel il est d'abord et avant tout rattaché, l'ordre juridique au nom duquel il est *normalement* appelé à rendre justice. Son statut est donc hybride, mais on devine néanmoins qu'en raison de la prédominance de l'influence de faits normatifs transnationaux s'intéressant aux conditions de son intervention, le juge appelé à prêter assistance à un arbitrage commercial international ou encore à en contrôler la régularité agit d'abord et avant tout à titre de juge transnational.

Conclusion de la Première partie

259. – Que penser de ce phénomène de transnationalisation de la mission du juge ? Il faut assurément l'approuver en ce qu'il est sans aucun doute susceptible d'accroître la qualité de la contribution des tribunaux judiciaires au bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international, qui est l'objectif ultime que poursuit tout État qui – en entreprenant de moderniser les règles qu'abritent l'ordre juridique interne – manifeste son désir d'adhérer à la communauté d'États ayant émergé au cours des dernières décennies et qui accorde son soutien à ce système de justice internationale. L'adoption d'une loi proprement interne ayant vocation à régir spécialement l'arbitrage commercial international, même si elle contient des dispositions qui sont *a priori* adaptées aux besoins des opérateurs du commerce international, ne peut jamais – à elle seule – assurer la qualité de la contribution des tribunaux judiciaires au bon fonctionnement de la justice arbitrale internationale. Inévitablement, l'interprète sera confronté à des questions touchant aux conditions de leur intervention et auxquelles la loi autorise plus d'une réponse. C'est là qu'il importera que sa marge de manœuvre soit limitée davantage, par des faits normatifs transnationaux qui sont les fruits d'efforts entrepris par les différents acteurs engagés dans l'effort de libéralisation des échanges commerciaux transfrontaliers, faits normatifs qu'il n'a donc pas simplement la faculté de prendre considération comme il l'entend – comme par exemple l'opinion d'un auteur –, mais dont il a l'*obligation* de tenir compte et qui pourront, en fin de compte, avoir une réelle incidence sur le résultat de la démarche interprétative.

260. – Par leur grande perméabilité à ces faits normatifs transnationaux, les ordres juridiques canadiens présentent donc une caractéristique fondamentale que doivent avoir tous les ordres juridiques favorisant l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

Concrètement, on peut conclure en affirmant que l'analyse qui précède aura permis de montrer que la théorie générale de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international doit reconnaître, au minimum, une obligation incombant à l'interprète de tenir compte – lorsqu'il précise le sens des conditions de l'intervention judiciaire – des obligations interétatiques découlant de la Convention de New York et des principes généraux de l'arbitrage commercial international, qu'il convient concevoir d'une perspective transnationale.

Il faut aller encore plus loin s'agissant des ordres juridiques prenant part à l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI, où fut adoptée ou adaptée la Loi type. La théorie générale de l'intervention judiciaire survenant avant le prononcé de la sentence doit alors reconnaître une obligation additionnelle incombant à l'interprète de tenir compte de l'objectif poursuivi par la CNUDCI, ce qui doit le conduire à toujours prendre en considération les travaux préparatoires de la Loi type, la jurisprudence émanant des autres juridictions ayant adopté ou adapté la Loi type, ainsi que l'origine transnationale des mots employés par les rédacteurs. Il convient maintenant de vérifier comment – concrètement – la prise en compte de tous les faits normatifs transnationaux intégrés dans les ordres juridiques canadiens influent sur les conditions de l'intervention du juge survenant avant et durant un arbitrage commercial international.

Deuxième partie

Les conditions de l'intervention du juge canadien

261. – Comme on l'a indiqué dans l'introduction générale de la présente étude, l'analyse des conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international vise surtout deux objectifs. Le premier est de préciser ces conditions à la lumière des conclusions tirées dans la Première partie. Le second est de les soumettre à l'analyse critique afin d'esquisser une théorie générale de l'intervention judiciaire susceptible de survenir avant le prononcé d'une sentence arbitrale mettant fin à un litige du commerce international.

262. – Pour y parvenir, il convient de se pencher sur les cas dans lesquels l'intervention du juge canadien est possible en prenant bien soin de distinguer – il s'agit d'une distinction de nature fonctionnelle – entre ceux où le juge est appelé à prêter assistance à l'arbitrage commercial international (Titre 1) de ceux où il est plutôt appelé à en contrôler la légalité (Titre II).

TITRE I
L'ASSISTANCE À L'ARBITRAGE

263. – L'étude des conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international révèle que l'assistance qu'il est susceptible d'y offrir peut poursuivre l'un de deux objectifs. Elle peut, premièrement, viser à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage. Son intervention a alors pour fonction d'assurer le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. Elle permet notamment d'éviter qu'une partie ayant initialement convenu d'arbitrer puisse subséquemment empêcher, par certains actes ou omissions, que le différend soit effectivement soumis à et tranché par un tribunal arbitral. L'assistance du juge peut, deuxièmement, viser à assurer l'efficacité de la procédure arbitrale. On ne peut concevoir de manière absolue l'autonomie de l'arbitrage sans en entraver l'efficacité à un point tel qu'il risquerait de perdre son attrait aux yeux des opérateurs du commerce international. Ainsi, le juge doit pouvoir intervenir pour rendre certaines ordonnances affectant la procédure arbitrale et qui ne peuvent être prises – ou qui ne peuvent l'être efficacement – par le tribunal arbitral en raison du fondement conventionnel de sa mission.

264. – Il convient donc d'étudier successivement l'assistance visant à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage (Chapitre I), puis celle visant à assurer l'efficacité de la procédure arbitrale (Chapitre II).

Chapitre I. L'assistance visant à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage

265. – Comme le précise l'art. 2638 du C.c.Q., dans des termes parfaitement compatibles avec la conception que l'on a de l'arbitrage dans les juridictions canadiennes de common law, « [l]a 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 plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux ». De cette définition peuvent être dégagés les deux principaux effets que l'on

reconnaît traditionnellement à la convention d'arbitrage. Dans son effet dit positif, elle oblige les parties à soumettre à l'arbitrage tout différend qu'elle vise[677]. Dans son effet négatif, elle oblige les parties à s'abstenir de saisir un tribunal judiciaire du fond d'un différend qu'elle vise, car le désir des parties de recourir à l'arbitrage implique nécessairement qu'elles souhaitent que le différend ne soit pas tranché par un tribunal judiciaire[678].

266. – On imagine facilement pourquoi et à quel point l'efficacité de l'arbitrage serait entravée si des mécanismes visant à assurer l'exécution forcée de la convention d'arbitrage, tant dans son effet positif que dans son effet négatif, n'étaient pas mis à la disposition des parties. La partie lésée n'aurait d'autre choix que de poursuivre son cocontractant en dommages-intérêts, ce qui ne serait pas satisfaisant. D'abord, la responsabilité de ce dernier ne pourrait être retenue que si l'inexécution de la convention d'arbitrage est effectivement due à sa faute. Ensuite, et surtout, il serait bien souvent pratiquement impossible de monnayer le préjudice subi par la partie qui a perdu la possibilité de recourir à l'arbitrage[679]. Assurément, l'enthousiasme des opérateurs commerciaux pour l'arbitrage serait grandement réduit, voire carrément anéanti.

267. – Voilà pourquoi il a fallu confier au juge certaines fonctions d'assistance visant à assurer que puissent être effectivement réalisés l'effet négatif (Section I) et l'effet positif (Section II) de la convention d'arbitrage.

---

[677] Sur les nuances qu'il convient possiblement d'apporter à cette affirmation, voir *infra*, n° 334.

[678] Sur la distinction entre l'effet positif et l'effet négatif de la convention d'arbitrage, voir, par ex. : J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] C.P. du N. 507 à la p. 560 et suiv., n° 112 et suiv.; J.E.C. Brierley, « De la convention d'arbitrage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2 (« Obligations, contrats nommés »), Québec, P.U.L., 1993, p. 1067 à la p. 1083 et suiv., n° 19 et suiv.; Gaillard, E., « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387 à la p. 387, n° 2; E. Gaillard, note sous Paris, 26 juin 2001, *Société American Bureau of Shipping (ABS)* c. *Copropriété maritime Jules Verne*, Rev. arb. 2001.529 à la p. 531.

[679] Voir, en ce sens : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 459; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 384, n° 631.

Section I. L'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet négatif : le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral

268. – La réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est mise en péril lorsqu'une partie saisit un tribunal judiciaire du fond d'un litige que les parties ont voulu renvoyer à l'arbitrage. Afin d'assurer l'exécution forcée de la convention d'arbitrage dans son effet négatif, il faut que la partie demanderesse puisse, dans de telles circonstances, être empêchée d'aller de l'avant; on doit mettre à la disposition de la partie défenderesse un mécanisme permettant l'exécution forcée de la convention d'arbitrage dans son effet négatif. La solution est simple, du moins dans son principe : donner au juge le pouvoir de bloquer à la partie demanderesse l'accès aux tribunaux judiciaires en se dessaisissant du différend[680].

269. – Le mécanisme du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral est prévu dans toutes les lois canadiennes qui régissent l'arbitrage commercial international; elles reprennent en substance l'art. 8 de la Loi type, qui prévoit que le juge saisi d'un différend « renverra »[681] les parties à l'arbitrage, si l'une d'elles le demande et si certaines conditions sont remplies. Il faut par ailleurs toujours garder à l'esprit que ce mécanisme est régi par certaines règles interétatiques découlant de l'art. II(3) de la Convention de New York et dont l'interprète *doit* tenir compte en précisant, dans les juridictions canadiennes de common law, le sens de l'art. 8 de la Loi type et, au Québec, le sens de l'art. 940.1 du C.p.c.[682]. C'est vrai dans tous les cas où un juge canadien est appelé à se dessaisir d'un différend du commerce

---

[680] Le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral est généralement conçu chez les civilistes comme un *effet* de la convention d'arbitrage (voir, par ex. : J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] C.P. du N. 507 à la p. 565 et suiv., n° 126 et suiv.; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 402 et suiv., n° 661 et suiv.). Cette qualification est cependant discutable, les contrats ne pouvant – *stricto sensu* – avoir d'effets qu'à l'égard des personnes qui y sont parties. Voilà pourquoi il a paru préférable d'envisager plutôt le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral, à l'instar des auteurs anglo-saxons (voir, par ex. : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 459), comme un mécanisme d'exécution en nature de la convention d'arbitrage dans son effet négatif.

[681] Il convient de préciser que, contrairement à ce que pourrait *a priori* laisser croire le mot « renverra », la décision que prend le juge – en vertu de l'art. 8 de la Loi type – de renvoyer les parties à l'arbitrage ne vise aucunement l'effet positif de la convention d'arbitrage; en d'autres mots, elle ne constitue pas une ordonnance obligeant les parties à engager ou à poursuivre la procédure arbitrale. Elle vise uniquement à bloquer l'accès aux juridictions étatiques. Voir notamment, sur ce point, les propos de A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981 aux pp. 129-130.

[682] Voir *supra*, n° 33 et suiv. Sur le fait que la jurisprudence canadienne révèle une méconnaissance malheureuse des dispositions de la Convention de New York qui régissent la demande de renvoi à l'arbitrage, voir *supra*, n° 81.

international, car l'art. II(3) de la Convention de New York est applicable à toute convention d'arbitrage visant un tel différend, sans égard au lieu du siège de l'arbitrage envisagé[683].

270. – Toujours en guise d'introduction, il convient de souligner que d'un point de vue théorique, ce dessaisissement ne s'analyse pas de la même manière dans les juridictions canadiennes de common law et au Québec. Dans la tradition anglo-saxonne, le dessaisissement n'est pas la conséquence de l'incompétence du juge. Le juge ne se dessaisit pas parce qu'il considère que la réunion de certaines conditions le rend incompétent, mais plutôt parce qu'il considère alors comme justifié de ne pas exercer une compétence qu'il conserve toujours; c'est l'*exercice* de la compétence judiciaire qui est affecté par la convention d'arbitrage et non son *existence*. Voilà pourquoi les législatures des provinces et territoires canadiens de common law ont précisé que le renvoi d'un litige à l'arbitrage en vertu de l'art. 8 de la Loi type a pour effet d'entraîner simplement le *sursis* – et non le *rejet* – de l'action visée par la demande de renvoi[684].

271. – En revanche, le dessaisissement du juge québécois au profit du tribunal arbitral est, conformément à la théorie généralement reçue dans les juridictions civilistes, la conséquence de son incompétence qu'entraîne la réunion de certaines conditions[685]. Il est cependant inexact de parler, comme l'a fait la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Zodiak*[686], d'une incompétence *rationae materiae*. La compétence *rationae materiae* ne s'intéresse qu'à la répartition des compétences entre les tribunaux d'un même État en fonction de l'objet du litige; elle n'a rien à voir avec la répartition des compétences entre ces tribunaux et les tribunaux arbitraux, lesquels œuvrent en marge de l'appareil judiciaire

---

[683] Voir, en ce sens : A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981 à la p. 56 et suiv.; A.J. van den Berg, « New York Convention of 1958 Consolidated Commentary – Cases Reported in Volumes XX (1995) - XXI (1996) », (1996) XXI Yearbook Com. Arb. 394 à la p. 433 et suiv.; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 128-129, n° 258.

[684] Voir, par ex., l'art. 8 de la *Loi sur l'arbitrage commercial international* ontarienne, L.R.O. 1990, c. I-9 : « [d]ans le cas où, en vertu de l'article 8 [de la Loi type], un tribunal renvoie les parties à l'arbitrage, il est sursis aux procédures devant ce tribunal qui sont liées aux questions se rapportant à l'arbitrage ».

[685] Voir notamment, en ce sens, les arrêts de la Cour d'appel du Québec dans les affaires *La Sarre (Ville de)* c. *Gabriel Aubré Inc.*, [1992] R.D.J. 273 et *Wolray Hotels Ltd.* c. *Quebec City Hotel Partner-Ship*, [1992] R.D.J. 349.

[686] *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 à la p. 543 et suiv.

étatique[687]. De plus, la compétence *rationae materiae* est impérative, pouvant être soulevée en tout état de cause, même d'office par le juge[688]; le fait que la compétence arbitrale ne puisse être invoquée d'office par le juge[689] et qu'elle soit susceptible de renonciation s'oppose catégoriquement à ce qu'elle soit qualifiée de compétence *rationae materiae*. La Cour suprême du Canada a néanmoins préféré cette qualification afin de favoriser le recours à l'arbitrage. En effet, la seule alternative qu'elle voyait – la compétence *rationae personae* – ne lui paraissait pas opportune en raison des délais très courts imposés à la partie défenderesse pour s'y opposer; elle craignait que le recours à l'arbitrage ne devienne trop souvent plus possible en raison de la seule inattention de la partie défenderesse[690]. La décision de la Cour aurait été tout aussi contestable si elle avait préféré la qualification *rationae personae*, puisque celle-ci vise d'abord et avant tout à préciser la compétence des divers districts ou divisions d'un même tribunal judiciaire en fonction de critères géographiques, et non à répartir les compétences entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux arbitraux[691].

L'incompétence liée au dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral devrait-elle plutôt être assimilée à celle du juge incompétent sur le plan international ? Il s'agit d'une autre possibilité, que la Cour suprême n'a pas envisagée puisqu'elle a tenu pour acquis qu'il n'existait que deux types de compétences juridictionnelles, ce qui est aussi discutable. La compétence internationale doit assurément être distinguée, sur le plan théorique, des compétences *rationae materiae* et *rationae personae*[692] – surtout depuis l'entrée en vigueur

---

[687] Voir par ex., en ce sens : G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, 2000 à la p. 177, sous « Compétence d'attribution » : « *a/* (priv.). Aptitude (à connaître d'une affaire) déterminée par l'ordre auquel appartient la juridiction (tribunal civil ou juridiction répressive), par le degré de la juridiction (juge d'appel ou de première instance), par la nature de la juridiction (commerciale, prud'homale) et celle des affaires (divorce, filiation, etc.). Syn. *compétence matérielle* ».

[688] D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, 3e éd., vol. 1 (« Art.1-481.17 C.p.c. »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 204, n° 115.

[689] Voir les art. 940.1 du C.p.c. et 8 de la Loi type; la règle était au même effet à l'époque où l'arrêt *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 fut rendu par la Cour suprême.

[690] *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 aux pp. 550-551.

[691] Voilà pourquoi l'incompétence *rationae personae* n'entraîne pas le rejet de l'action, mais plutôt le renvoi de l'affaire devant le district judiciaire compétent : D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, 3e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 204, n° 114.

[692] Voir, sur ce point : J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 660; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 aux pp. 298-301, n° 126. Voir aussi : H.P. Glenn, « Prorogation volontaire et compétence internationale », (1977) 23 R.D. McGill 125 aux pp. 130-131.

du *Code civil du Québec* en 1994[693]. La plupart des auteurs répondraient probablement de manière affirmative à cette question puisqu'ils incluent, en étudiant la compétence internationale des tribunaux québécois, une analyse de l'incompétence découlant d'une convention d'arbitrage[694]. Cette qualification ne s'avère cependant pas satisfaisante, pour deux raisons. D'abord, le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral n'est pas seulement susceptible de survenir dans un contexte international, il est également susceptible de survenir dans un contexte interne; en effet, l'art. 940.1 du C.p.c., qui reprend au Québec l'art. 8 de la Loi type, est applicable – comme d'ailleurs tout le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. – à tous les litiges. La nature de l'incompétence découlant de la convention d'arbitrage doit donc refléter cette réalité, ce qui s'oppose forcément à ce qu'elle soit assimilée à l'incompétence internationale. Ensuite, la compétence internationale s'intéresse d'abord et avant tout à l'étendue dans l'espace du pouvoir juridictionnel des tribunaux judiciaires[695]. Elle n'a donc, elle non plus, rien à voir avec la répartition des compétences entre ces tribunaux et les tribunaux arbitraux. Ainsi, il semble qu'il faille bien considérer, comme le suggérait d'ailleurs J.E.C. BRIERLEY, que le régime de l'incompétence découlant de la convention d'arbitrage lui est propre, étant donc distinct des trois autres catégories que devrait reconnaître la théorie générale des compétences juridictionnelles[696].

---

[693] Voir, en ce sens : G. Saumier, « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 R. du B. 145 aux pp. 150-151.

[694] Voir, par ex. : H.P. Glenn, « Droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires »), Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 671 aux pp. 755-756, n° 93; J.A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires »), Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801 aux pp. 908-909, n^{os} 449-450; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 aux pp. 361-363, n° 149; G. Saumier, « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 R. du B. 145.

[695] Voir par ex., en ce sens : G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, 2000 à la p. 178, sous « Compétence internationale » : « [v]ocation des tribunaux d'un État pris dans leur ensemble pour connaître d'un litige présentant des liens avec plusieurs États ». L'article 3135 du C.c.Q., qui codifie en droit québécois la doctrine du *forum non conveniens*, reflète très bien cette idée voulant que les règles de compétence internationale visent à répartir les compétences entre les tribunaux judiciaires des divers États souverains, puisque c'est bien lorsque « les autorités *d'un autre État* sont mieux à même de trancher le litige » que le juge québécois peut décliner sa compétence [italiques ajoutés].

[696] J.E.C. Brierley, « De la convention d'arbitrage », Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2 (« Obligations, contrats nommés »), Québec, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 566, n° 131. Il convient de souligner que la thèse voulant que la convention d'arbitrage affecte non pas la *compétence* du juge, mais plutôt son *pouvoir de juridiction* – thèse à laquelle la Cour de cassation française a déjà adhéré (voir par ex. : Cass. civ. 1ère, 9 octobre 1990, *Prince M. Bin Seoud Bin Abdul Aziz* c. *Banque*

272. – Il convient maintenant d'étudier en détail le mécanisme du dessaisissement du juge canadien, en posant la question suivante : sous quelles conditions ce dernier se dessaisira-t-il d'un litige au profit d'un tribunal arbitral ? À la réflexion, il semble bien que seulement deux conditions doivent être réalisées afin de provoquer le dessaisissement; l'une est de nature substantielle, l'autre de nature procédurale (§ I). L'analyse du bien-fondé d'une demande de renvoi à l'arbitrage ne doit être aucunement influencée par d'autres facteurs, auxquels on reconnaît parfois – à tort, donc – une certaine pertinence (§ II).

§ I. Les conditions du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral

273. – Il convient d'étudier d'abord la condition substantielle, ce qui permettra de bien mettre en évidence le lien entre le dessaisissement du juge et l'exécution en nature de la convention d'arbitrage dans son effet négatif (A), pour ensuite aborder la condition procédurale, qui a trait au moment où doit être formulée la demande de renvoi à l'arbitrage (B).

A) La condition substantielle : l'efficacité de la convention d'arbitrage

274. – S'interroger sur la ou les conditions substantielles du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral revient à déterminer ce qui cause le renvoi du litige à l'arbitrage. Par quoi le dessaisissement est-il provoqué ? à quoi est-il lié ? de quoi dépend-il ? L'analyse conduit à écarter une première hypothèse possible : contrairement à la solution retenue par exemple en droit français, le dessaisissement ne peut être provoqué par la seule saisine préalable d'un tribunal arbitral (1). Elle révèle cependant l'existence d'une ambiguïté d'une grande importance aux plans théorique et pratique en ce qui a trait au véritable fondement du dessaisissement du juge canadien. On tentera de la lever en montrant que c'est bien la seule efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage – et non pas sa pleine efficacité, voilà où

Rivaud, Rev arb. 1991.305 (note M.-L. Niboyet-Hoegy)) – ne semble jamais avoir été discutée au Québec, où l'on a toujours tenu pour acquis que c'est bien la *compétence* du juge qui est en cause et non l'*irrecevabilité* de l'action dont il est saisi. Un commentateur particulièrement autorisé a récemment soutenu que la qualification retenue par la Cour de cassation, en plus de méconnaître celle adoptée par le Législateur français à l'art. 1458 du N.C.P.C., n'était pas satisfaisante puisque l'objet réel du moyen soulevée par la partie qui demande au juge de se dessaisir en présence d'une convention d'arbitrage est de demander que le litige soit tranché *par un autre juge* – en l'occurrence par un juge *privé* – et non de prétendre que le litige ne peut faire l'objet de quelque procédure juridictionnelle que ce soit, ce qui est le propre du moyen invoquant l'absence de pouvoir juridictionnel : Ph. Théry, note sous Cass. civ., 22 novembre 2001, *Thuillier* c. *Michelez*, Rev. arb. 2002.371.

se situe le débat – qui constitue le réel fondement substantiel du dessaisissement du juge canadien au profit du tribunal arbitral (2).

1) La saisine préalable du tribunal arbitral n'entraîne pas le dessaisissement du juge

275. – L'analyse comparative montre que la saisine préalable d'un tribunal arbitral constitue un premier fondement possible du dessaisissement du juge. Cette solution est retenue en droit français, l'al. 1 de l'art. 1458 du N.C.P.C. imposant au juge l'obligation d'accueillir l'exception d'arbitrage soulevée en rapport à un litige dont un tribunal arbitral était déjà saisi au moment où il en fut lui-même saisi.

276. – À première vue, il semble difficile de voir dans cette solution un mécanisme visant à assurer l'exécution en nature de la convention d'arbitrage dans son effet négatif, puisque le dessaisissement du juge n'est aucunement lié à l'existence d'un accord des parties visant à échapper aux tribunaux judiciaires. On serait plutôt tenté d'y voir un mécanisme visant uniquement à accroître l'efficacité d'une instance arbitrale en cours, en assurant son autonomie, ce qui devrait alors, logiquement, conduire le juge saisi après le tribunal arbitral non pas à se déclarer *incompétent* – comme le prévoit l'al. 1 de l'art. 1458 N.C.P.C. – mais simplement à *suspendre* la procédure judiciaire jusqu'à ce que l'instance arbitrale ait abouti. Mais en vérité, le lien entre le dessaisissement du juge dans de telles circonstances et la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage existe bel et bien, puisque le dessaisissement repose alors sur une présomption irréfragable voulant qu'une partie qui saisit le juge d'un litige déjà soumis à l'arbitrage contrevient à une obligation d'arbitrer lui incombant. On considère que les risques qu'elle soit alors de mauvaise foi sont si grands qu'il faut *toujours* lui bloquer l'accès aux tribunaux judiciaires – sans même vérifier l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée au soutien de l'exception d'incompétence – tant et aussi longtemps que la procédure arbitrale n'aura pas abouti[697].

D'un point de vue théorique, le dessaisissement du juge s'appuie alors sur ce qu'il convient maintenant d'appeler l'effet négatif du principe général de la compétence-

[697] Voir, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 411, n° 680.

compétence. Celui-ci tend à reporter le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral après que ce dernier a statué sur la question[698] et est lié, dans une certaine mesure au principe plus général du contrôle *a posteriori* de la légalité de la démarche, qui – on l'a vu – s'explique par la nécessité de limiter les demandes de contrôle judiciaire faites durant le déroulement de l'arbitrage[699].

277. – Malgré l'utilité évidente d'une telle approche afin de lutter contre les manœuvres dilatoires auxquelles risquent de se livrer les parties, il ne semble pas que l'on puisse raisonnablement soutenir que cette solution puisse prévaloir au Canada. En effet, l'art. 8(2) de la Loi type, tout comme l'art. 940.1, al. 2 du C.p.c. québécois, prévoient expressément que lorsque le juge est saisi d'une demande de renvoi du litige à l'arbitrage, la procédure arbitrale peut être engagée *ou poursuivie*, ce qui exclut catégoriquement que la saisine préalable du tribunal arbitral puisse, à elle seule, provoquer le dessaisissement du juge.

2) Le dessaisissement du juge est provoqué par la seule efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage

278. – Le fait que le dessaisissement du juge au profit du tribunal vise à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet négatif, qu'il constitue un mécanisme d'exécution en nature de cet aspect de la convention, ressort très clairement du texte même de l'art. II(3) de la Convention de New York et de l'art. 8(1) de la Loi type : le juge renvoie le litige à l'arbitrage si celui-ci porte sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, *à moins que* cette convention s'avère caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. L'idée qu'exprime cette formule est aujourd'hui bien connue et ne suscite aucune controverse : *l'existence d'une obligation conventionnelle incombant aux parties d'arbitrer le litige provoque le dessaisissement du juge*[700].

---

[698] Sur l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, voir *infra*, n° 281 et suiv.

[699] Voir *supra*, n° 223 et suiv.

[700] Sur cette formule, voir notamment : A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981 à la p. 154 et suiv.; D. Di Pietro et M. Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards – The New York Convention of 1958*, London, Cameron May, 2001 à la p. 107 et suiv. L'article 940.1 du C.p.c. québécois s'écarte quelque peu de la formule employée à l'art. II(3) de la Convention de New York et à l'art. 8 de la Loi type : « [...] un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne *constate la nullité de la convention* ». Les travaux

279. – Les juges canadiens l'ont – dans l'ensemble – très bien compris, comme l'illustre et le confirme le premier arrêt rendu par la Cour suprême dans une affaire régie par une loi canadienne de mise en œuvre de la Loi type[701]. La convention invoquée dans la demande de renvoi contenait certaines modalités relatives à la mise en branle d'une instance arbitrale, exprimées comme suit : « [t]he party demanding such arbitration shall give to the other party notice of such demand, stating specifically the question to be submitted for decision and nominating a person who has the required qualifications to act as one arbitrator ». La partie demanderesse s'opposait à la demande de renvoi présentée par la partie défenderesse, au motif qu'aucune instance arbitrale n'avait encore été déclenchée conformément à cette disposition, de sorte que la convention d'arbitrage était « inopérante » au sens de l'art. 8 de la Loi type. L'argument a convaincu deux juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui infirmèrent la décision du juge de première instance accueillant la demande de renvoi à l'arbitrage[702].

Le troisième juge, dont les motifs furent subséquemment entérinés dans leur intégralité dans un jugement unanime de la Cour suprême, exprima sa dissidence. À son avis, que la convention d'arbitrage ait été – ou non – effectivement mise en œuvre par l'une des parties au moment où le juge est appelé à statuer sur une demande de renvoi à l'arbitrage n'est d'aucune pertinence. L'article 8 de la Loi type ne souffrait, selon lui, aucune ambiguïté : « [it] merely requires that the dispute be one which the parties have, in the arbitration agreement, agreed to resolve by arbitration as opposed to recourse to the courts »[703]. L'arrêt de la Cour suprême met donc très clairement en évidence le lien entre l'existence d'une obligation conventionnelle incombant aux parties de soumettre le litige à l'arbitrage et le dessaisissement du juge.

---

préparatoires pertinents ne contiennent aucune indication laissant croire que le Législateur ait réellement voulu s'écarter – d'un point de vue substantiel – de la Loi type et de la Convention de New York. La modification semble plutôt avoir été motivée par le désir du Législateur québécois d'adopter un style correspondant mieux à la tradition civiliste (voir *supra*, n° 238), le terme « nullité » étant celui qu'a retenu le Législateur français à l'art. 1458 du N.C.P.C. Sur le poids à accorder à la Loi type dans l'interprétation du Titre 1 du Livre VII du C.p.c., voir *supra*, n° 239 et suiv.

[701] *Burlington Northern Railroad Co.* c. *Canadian National Railway Co.*, [1997] 1 R.C.S. 5.

[702] Voir l'arrêt de la Cour d'appel (rapporté à : (1995) 7 B.C.L.R. (3d) 80), commentant la disposition précitée de la convention d'arbitrage liant les parties : « [i]n my opinion, it was open to the respondent to do what the emphasized words require at any time before the application under Article 8 came on for hearing, but it did not. In consequence, the agreement was, at the date of the decision below, 'inoperative', a word which I take to mean, in the absence of authority to the contrary, simply 'not in operation' » (à la p. 82).

[703] À la p. 94.

280. – Ce lien fondamental a cependant parfois échappé aux tribunaux canadiens. On peut citer en exemple l'arrêt qu'a rendu la Cour d'appel du Québec en 1996 dans une affaire *Décarel*[704]. Un différend multipartite impliquait, d'une part, une première compagnie et, d'autre part, une seconde compagnie et deux de ses principaux actionnaires et dirigeants. La première compagnie demanda le renvoi de tout le litige – et donc de toutes les parties – à l'arbitrage. Or, le contrat d'entreprise à l'origine du litige, qui contenait une clause compromissoire, avait été signé par les deux individus non pas en leur nom personnel, mais bien au nom de la compagnie dont ils étaient actionnaires. Ceux-ci s'opposèrent donc au renvoi à l'arbitrage des réclamations formulées à leur endroit, au motif qu'aucune obligation d'arbitrer ne leur incombait. Après avoir constaté l'existence d'une obligation de recourir à l'arbitrage liant les deux compagnies, deux des trois juges de la Cour d'appel furent d'avis que les actionnaires devaient eux aussi être renvoyés à l'arbitrage. Cependant, la décision de la Cour de se dessaisir à l'égard des deux actionnaires ne repose pas sur l'existence d'une obligation conventionnelle leur incombant de recourir à l'arbitrage et qui aurait pu, par exemple, s'expliquer par le fait que la réelle intention des parties était que les deux actionnaires soient personnellement liés par la clause compromissoire, ou encore par le fait que les circonstances de l'espèce justifiaient de ne pas tenir compte de la personnalité distincte de la compagnie. Les motifs des juges majoritaires révèlent plutôt que les circonstances particulières de l'espèce – plus précisément le risque que des décisions contradictoires soient rendues si seulement une partie du litige était renvoyée à l'arbitrage – justifiaient que *toutes* les réclamations soient renvoyées à l'arbitrage. L'arrêt admet donc que le dessaisissement puisse être provoqué non seulement par l'existence d'une obligation conventionnelle incombant aux parties de recourir à l'arbitrage, mais aussi par la nécessité d'assurer qu'un litige soit résolu dans le cadre d'une seule et même instance arbitrale.

Il s'agit d'une théorie qui, en plus d'ignorer le lien pourtant clairement établi par les art. 940.1 du C.p.c. et 8(1) de la Loi type entre l'existence d'une obligation conventionnelle

---

[704] *Concordia Project Management Ltd.* c. *Décarel Inc.*, [1996] R.D.J. 484. Rien dans l'arrêt de la Cour ne laisse croire qu'il s'agissait d'un arbitrage international. Pour un autre exemple où un tribunal canadien a méconnu le lien entre l'existence d'une obligation conventionnelle incombant aux parties de recourir à l'arbitrage et le dessaisissement du juge, voir : *OEMSDF Inc.* c. *Europe Israel Ltd.*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 3594. La Cour supérieure de l'Ontario refusa de se dessaisir d'un litige du commerce international au motif qu'une procédure d'arbitrage préalablement intentée par l'une des parties l'avait été devant la LCIA, alors l'intention réelle des parties – que la Cour dégagea d'une clause compromissoire assez ambiguë – était de recourir à l'arbitrage CCI.

incombant aux parties de recourir à l'arbitrage et le dessaisissement du juge, méconnaît gravement le fondement conventionnel de l'arbitrage, puisqu'elle implique qu'une obligation d'arbitrer peut exister indépendamment de la volonté de la personne à qui elle incombe. La dissidence du troisième juge de la Cour d'appel ayant entendu cette affaire *Décarel* adopte la solution qui s'imposait : comme les deux actionnaires n'avaient jamais personnellement convenu de recourir à l'arbitrage, les tribunaux québécois n'avaient aucune raison de se dessaisir des réclamations formulées à leur endroit[705].

281. – La réelle difficulté s'agissant de la condition substantielle du juge canadien au profit du tribunal arbitral ne se situe cependant pas là. Elle ne porte pas sur l'*objet* de la vérification à laquelle doit se livrer le juge appelé à apprécier le bien-fondé d'une demande de renvoi à l'arbitrage, mais plutôt sur son *étendue* : l'existence *prima facie* d'une obligation de recourir à l'arbitrage suffit-elle pour provoquer le dessaisissement du juge ou celui-ci doit-il plutôt se livrer à un contrôle complet de l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée ? Cette question, à laquelle ni l'art. II(3), ni l'art. 8(1) de la Loi type ne fournissent de réponse claire, est actuellement controversée au Canada; elle mérite donc une analyse approfondie.

282. – Si l'on examine d'abord la question d'un point de vue théorique, on constate qu'elle se situe au cœur d'une tension assez vive entre, d'une part, un souci d'économie de moyens et, d'autre part, un souci de lutter contre les manœuvres dilatoires, qu'on sait susceptibles d'affecter très sérieusement l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

283. – L'argument d'économie de moyens est invoqué par les tenants de la thèse préconisant le plein contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage par le juge saisi d'une demande de renvoi. Afin d'éviter que temps et argent ne soient inutilement investis dans une instance arbitrale dont le fondement même est contesté par l'une des parties – instance qui pourrait donc s'avérer, en fin de compte, nulle et sans effet –, on préfère donner au juge la possibilité d'examiner et trancher le plus rapidement possible toute objection à la compétence des arbitres. Il est donc normal et logique de s'attendre du juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage qu'il tranche complètement toute objection à l'efficacité de

---

[705] C'est à cette solution qu'arriva, à très juste titre, la Cour d'appel de l'Alberta dans une affaire similaire à l'affaire *Décarel* : *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée).

la convention d'arbitrage invoquée. Ce sont de telles considérations qui ont par exemple conduit P. MAYER à douter de l'opportunité de la thèse préconisant une restriction du contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage effectué dans le cadre d'une demande de renvoi. Pourquoi, s'est-il demandé, risquer de faire perdre temps et argent aux parties en obligeant la partie demanderesse à engager une instance arbitrale et à présenter ensuite une exception d'incompétence au tribunal arbitral avant de pouvoir demander l'intervention du juge[706] ?

Dans un système accordant une place prépondérante à de telles considérations, non seulement devrait-on reconnaître au juge saisi d'une demande de renvoi le pouvoir de vider la question de la compétence du tribunal arbitral, on devrait aussi – par souci de cohérence – reconnaître à une partie qui la conteste le droit de saisir à tout moment un juge, puis prévoir que toute procédure d'examen par le juge de l'efficacité de la convention d'arbitrage entraîne le sursis de l'instance arbitrale. Les risques que temps et argent soient inutilement dépensés seraient alors pleinement minimisés.

284. – La thèse préconisant plutôt une restriction du rôle du juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage afin qu'il se limite à un contrôle *prima facie* de l'efficacité de la convention d'arbitrage, thèse dont E. GAILLARD est sans aucun doute le plus éloquent défenseur, accorde une place prépondérante à la lutte contre les manœuvres dilatoires susceptibles d'affecter l'efficacité de l'arbitrage commercial international[707]. Dans une très

---

[706] P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I. 1989.217.319 à la p. 346, n° 15. Voir aussi : A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 186 et suiv. De telles considérations sous-tendent, comme on l'a vu (*supra*, note 434), un principe général du droit judiciaire privé québécois : « [t]he economy of our law requires that a question of competence be settled before any other issue, to avoid useless proceedings before a court without jurisdiction » (*Lagassé* c. *McElligott*, [1993] R.D.J. 323 à la p. 326). Elles expliquent aussi sans doute la réticence des juges américains à reconnaître à l'effet négatif du principe de la compétence-compétence quelque effet que ce soit au stade d'une demande de renvoi à l'arbitrage : T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004 à la p. 102.

[707] Voir : E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759 à la p. 771 et suiv.; E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 401, n° 660 et à la p. 406 et suiv., n° 671 et suiv.; E. Gaillard, « The Negative Effect of Competence-Competence », (2002) 17(1) Mealey's Int. Arb. Rep. 27. Sur l'effet négatif de la compétence-compétence, voir aussi : A. Dimolitsa, « Autonomie et *kompetenz-kompetenz* », Rev. arb. 1998.305 à la p. 328 et suiv., n° 25 et suiv.

grande majorité de pays, la vérification par le juge saisi d'une demande de renvoi de l'efficacité de la convention d'arbitrage peut prendre des mois, voire des années, et des appels sont souvent possibles. En voulant accorder trop d'importance aux considérations d'économie de moyens évoquées au paragraphe précédent, on s'expose à des risques très sérieux qu'une partie devenue réfractaire à l'arbitrage n'en retarde le déroulement en saisissant un juge du fond du litige; ces risques sont particulièrement inquiétants à une époque où – on le sait – on constate une dégradation importante des mœurs dans l'arbitrage commercial international[708].

On pourrait croire qu'afin de lutter contre les manœuvre dilatoires, il suffirait – tout en maintenant le droit d'une partie de faire vérifier à tout moment l'efficacité de la convention d'arbitrage par le juge – de prévoir qu'une procédure d'examen judiciaire de la compétence arbitrale n'aura pas pour effet d'entraîner le sursis de l'instance arbitrale. Mais cette solution n'est pas la meilleure. Étant aujourd'hui acquis que l'arbitre international a le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence – P. LALIVE a même évoqué la possibilité que le principe de la compétence-compétence, dans son aspect positif, fasse maintenant partie de l'ordre public transnational[709] –, l'exception d'incompétence devrait alors être débattue simultanément devant deux fors, ce qui ne serait pas du tout souhaitable. La meilleure solution est donc de reconnaître que toute objection à la compétence arbitrale doit, en règle générale, être présentée d'abord aux arbitres, le juge ne pouvant intervenir au sujet de cette question qu'après que ceux-ci en auront disposé, tout en reconnaissant évidemment une exception lorsque l'inefficacité de la convention d'arbitrage est manifeste. C'est cette priorité reconnue aux arbitres qui est au cœur de la théorie de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence et qui est liée, comme on l'a mentionné, au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage[710]. En plus de permettre de lutter contre les manœuvres dilatoires susceptibles de retarder le déroulement de l'arbitrage, la théorie de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence a un autre avantage, qu'a bien mis en évidence P. MAYER. Le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral étant toujours effectué « au vu » de la décision de ce dernier en disposant, « il est plus facile et

[708] Voir, sur ce dernier point, *supra*, n° 6.

[709] P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986.329 à la p. 350, n° 52.

[710] Voir *supra*, n° 276.

plus efficace : le principe du double degré de juridiction est fondé sur cette idée ». L'auteur ajoute, à très juste titre que « [l]'examen successif est une garantie de bonne administration de la justice; le juge pourra s'inspirer de la motivation adoptée par l'arbitre; ou y trouver au contraire une faille révélatrice »[711].

Dans un système accordant une place prépondérante à l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, non seulement le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage devrait-il s'abstenir de vider la question de la compétence du tribunal arbitral, il faudrait aussi – par souci de cohérence – ne reconnaître aucun droit à une partie la contestant de saisir directement et sans délai le juge afin qu'il en décide; le contrôle judiciaire de la compétence arbitrale devrait toujours se faire dans le cadre d'un recours entrepris après que celui-ci aura eu l'occasion de statuer sur sa propre compétence.

285. – Ces précisions d'ordre théorique étant faites, il convient maintenant de se pencher plus attentivement sur le rôle du juge canadien saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage. D'entrée de jeu, il convient de signaler qu'à l'heure actuelle la question de l'étendue du contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage – sans jamais avoir réellement été étudiée de manière approfondie – fait l'objet d'une jurisprudence contradictoire et incohérente, ce qui suggère que le besoin d'une analyse approfondie de cette question est, d'un point de vue pratique, bien réel.

286. – Si l'on examine d'abord la jurisprudence des provinces canadiennes de common law, on constate que seuls les tribunaux de Colombie-Britannique et de l'Ontario ont clairement adhéré à la thèse préconisant une restriction du contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage effectué par le juge saisi d'une demande de renvoi[712]. Dans un arrêt qu'elle a rendu en 1992, la Cour d'appel britanno-colombienne a affirmé qu'il ne revenait pas, en principe, au juge saisi d'une telle demande de se prononcer sur la portée *rationae materiae* de la convention d'arbitrage, ou encore sur la question de savoir si une des parties à

---

[711] P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I. 1989.217.319 à la p. 350, n° 19.

[712] Certains auteurs canadiens se sont exprimés en faveur de cette thèse; voir, par ex. : C.O.D. Branson, « The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada », (2000) 16 Arb. Int. 19 à la p. 25 et suiv.; L.Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : 'Beward, My Lord, of Jealousy », (2001) 80 R. du B. can. 143 à la p. 146.

l'instance judiciaire est également partie à la convention d'arbitrage; seule l'inefficacité manifeste de la convention d'arbitrage peut, jugea-t-elle, faire obstacle au renvoi à l'arbitrage[713]. En Ontario, la jurisprudence fut pendant longtemps incohérente[714], mais la Cour d'appel a finalement tranché en faveur de la restriction du pouvoir du juge saisi d'une demande de renvoi[715]. La jurisprudence albertaine révèle également certaines incertitudes. La Cour d'appel, dans les affaires *Kaverit Steel* et *Kvaerner*, a clairement tenu pour acquis que la question de la compétence arbitrale doit être vidée au stade de la demande de renvoi[716], mais un juge de première instance a laissé entendre, dans un *obiter* datant de 1995, que l'approche adoptée en 1992 par la Cour d'appel de Colombie-Britannique était la bonne[717]. Dans les autres provinces, où les affaires d'arbitrage commercial international sont plus rares, on peut signaler deux décisions de première instance, l'une rendue au Manitoba[718], l'autre en Nouvelle-Écosse[719], où l'approche adoptée en Colombie-Britannique fut aussi suivie. Malgré les incertitudes relevées dans la jurisprudence des provinces canadiennes de common law, il se dégage une tendance favorable à la restriction du rôle du juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage afin de tenir compte de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence.

---

[713] *Gulf Canada Resources Ltd.* c. *Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 114 (B.C.C.A.) sp. aux pp. 120-121. Voir aussi : *Globe Union* c. *G.A.P. Marketing*, (1994) 100 B.C.L.R. (2d) 41 (B.C. S.C.); *Continental Commercial Systems Corp.* c. *Davies Telecheck International, Inc.*, [1995] B.C.J. (Quicklaw) No. 2440; CLOUT #357 (B.C. S.C.); *Turnbridge (c.o.b. Turnbridge & Turnbridge)* c. *Cansel Survey Equipment (Canada) Ltd.*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) No. 333 (B.C. S.C.); *Cecrop Co.* c. *Kinetic Sciences Inc.*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) No. 690 (B.C. S.C.); *Pacif Erosion Control Systems Ltd.* c. *Western Quality Seeds Inc.*, [2003] B.C.J. (Quicklaw) No. 2623 (B.C. S.C.).

[714] Voir tout particulièrement, parmi les décisions reconnaissant une incidence similaire à l'effet négatif du principe de la compétence-compétence au stade de la demande de renvoi à l'arbitrage : *NetSys Techology Group AB* c. *Open Text Corp.*, (2000) 1 B.L.R. (3d) 307 (note R.B. Potter); CLOUT #367 (C.S.J. Ont.); *D.G. Jewelry Inc.* c *Cyberdiam Canada Ltd.*, [2002] O.J. (Quicklaw) No. 1465 (C.S.J. Ont.). S'agissant des décisions tenant pour acquis qu'une objection à la compétence arbitrale peut être vidée au stade de la demande de renvoi, voir par ex. : *Canada National Railways Co.* c. *Lovat Tunnel Equipment Inc.*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 2498; CLOUT #389 (C.A. Ont.).

[715] *Dalimpex* c. *Janicki*, [2003] O.J. (Quicklaw) No. 2094; voir aussi : *AMEC E & C Services Ltd.* c. *Nova Chemicals (Canada) Ltd.*, [2003] O.J. (Quicklaw) No. 2663 (C.S.J. Ont.).

[716] *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (Alta. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée); *Kvaerner Enviropower Inc.* c. *Tanar Industries Ltd.*, (1994) 24 Alta. L.R. (3d) 365; CLOUT #112 (Alta.C.A.).

[717] *Borowski* c. *Heinrich Fiedler Perforiertechnik GmbH*, [1994] A.J. (Quicklaw) 617; CLOUT #111 (Alta Q.B.).

[718] *Cangene Corp.* c. *Otapharma AG*, (2000) 147 Man. R. (2d) 228; (Man. Q.B.). Dans cette affaire, la Cour a affirmé devoir se limiter à un examen *prima facie* de l'efficacité de la convention d'arbitrage, mais elle semble bel et bien avoir vidé la question dans son jugement.

[719] *Canada (Attorney General)* c. *Marineserve.Mg Inc.*, 2002 A.C.W.S.J. LEXIS 2456 (N.S. S.C.).

287. – En revanche, la Cour fédérale ne semble jamais avoir encore jugé en ce sens. L'argument fut effleuré par la Cour d'appel dans un arrêt rendu en 1997 où fut invoquée la jurisprudence britanno-colombienne, mais elle décida que la question n'avait pas à être tranchée puisqu'il était de toute manière manifeste que le différend n'était pas visé par la convention d'arbitrage invoquée[720]. Jusqu'à présent, les juges de la Cour fédérale ont tenu pour acquis qu'ils pouvaient vider la question de la compétence arbitrale en disposant d'une demande de renvoi[721].

288. – Au Québec, l'incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence au stade de la demande de renvoi à l'arbitrage fut précisée dans un arrêt rendu par la Cour d'appel en 1999[722]. La clause compromissoire dont l'efficacité était contestée excluait de son domaine d'application tout litige mettant en cause certaines obligations découlant d'un contrat de vente d'actions dans lequel elle était contenue. Dans l'action qu'il intenta en Cour supérieure, l'acheteur poursuivit en dommages-intérêts le vendeur et deux autres personnes, plaidant l'erreur provoquée par le dol de ceux-ci qui, prétendait-il, lui avaient faussement représenté la valeur des actions vendues. Le vendeur et l'un des deux autres défendeurs demandèrent le renvoi à l'arbitrage, ce à quoi s'opposa l'acheteur au motif que le litige était visé par l'exclusion énoncée dans la clause compromissoire. Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel furent d'avis que les parties devaient être renvoyées à l'arbitrage et qu'il revenait d'abord au tribunal arbitral – et non au juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage – de se prononcer sur la portée de l'exception prévue dans la clause compromissoire afin de ne pas porter atteinte au pouvoir reconnu à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence. Cette conclusion rejoint l'opinion exprimée par plusieurs auteurs[723].

---

[720] *Ocean Fisheries Ltd.* c. *Pacific Coast Fisherman's Mutual Marine Co.*, [1998] 1 C.F. 586 (C.A. Féd.).

[721] Voir par ex. les arrêts suivants de la Cour d'appel fédérale : *Nanisivik Mines Ltd.* c. *F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662; CLOUT #70; *Fibreco Pulp Inc.* c. *Star Shipping A/S*, (2000) 257 N.R. 291; CLOUT #381; *Thyssen Canada Ltd.* c. *Mariana Maritime S.A.*, [2000] 3 C.F. 398 (C.A. Féd.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée); *Stella-Jones Inc.* c. *Hawknet Ltd.*, [2002] F.C.J. (Quicklaw) No. 777.

[722] *Kingsway Financial Services Inc.* c. *118997 Canada Inc.*, REJB 1999-15989 (C.A. Qué.).

[723] Voir, par ex. : L. Marquis, «La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », (1990) 21 R.D.U.S. 303 à la p. 316 et suiv.; S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne – droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 aux pp. 67-68; S. Thuilleaux et D. Proctor, « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », (1992) 37 R.D. McGill 470 à la p. 508.

L'importance de cet arrêt est indéniable, compte tenu de l'incertitude qui entourait auparavant le rôle du juge québécois saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage. En effet, même si la Cour d'appel avait, dans un arrêt rendu en 1990, laissé entendre que le juge devait laisser aux arbitres le soin de se prononcer en premier sur la portée *rationae materiae* de la convention d'arbitrage[724], elle avait subséquemment accepté de se prononcer sur cette question de manière finale dans le cadre de demandes de renvoi à l'arbitrage, sans discuter de l'incidence du principe de la compétence-compétence[725]. Dans un autre arrêt, rendu en 1994[726], elle avait réitéré les propos tenus dans son arrêt de 1990, mais la jurisprudence subséquente de la Cour supérieure était demeurée incohérente[727]. L'expérience est d'ailleurs peut-être en train de se répéter, puisque la jurisprudence des tribunaux de première instance datant d'après l'arrêt rendu par la Cour d'appel en 1999 l'a, jusqu'à présent, trop souvent ignoré[728].

La reconnaissance par les tribunaux québécois de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence n'est cependant qu'imparfaite, car la priorité reconnue au tribunal arbitral ne vise que les objections qui ont trait au domaine d'application de la convention d'arbitrage. En effet, la Cour d'appel et la Cour supérieure ont presque toujours tenu pour acquis qu'il leur revenait, au stade d'une demande de renvoi, de trancher une objection relative à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage[729]. Les juges québécois

---

[724] *Condominuims Mont St-Sauveur Inc.* c. *Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. (C.A. Qué.).

[725] *C.C.I.C. Consultech International* c. *Silverman*, J.E. 91-987 (C.A. Qué.); *Agence de voyages Robillard Inc.* c. *Consultour/Club Voyages Inc.*, J.E. 93-899 (C.A. Qué.); *Pegasus Lines Ltd. S.A.* c. *Cie nationale algérienne de navigation*, [1994] A.Q. (Quicklaw) No. 329 (C.A. Qué.).

[726] *Guns N' Roses Missouri Storm Inc.* c. *Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A. Qué.).

[727] Comparer par ex., d'une part, *Delisle* c. *Bélanger, Sauvé*, J.E. 98-88 (C.S. Qué.) et *J. Walter Compagnie Ltée* c. *J.D. Edwards & Company*, REJB 1997-00902 (C.S. Qué.) et, d'autre part, *World LLC* c. *Parenteau et Parenteau International Inc.*, [1998] A.Q. (Quicklaw) No. 738 (C.S. Qué.), *Ain* c. *Centre d'achats Centreville (Longueuil) Inc.*, J.E. 95-1677 (C.S. Qué.), *Construction du St-Laurent Ltée* c. *Innergex, société en commandite*, [1998] A.Q. (Quicklaw) No. 2749 (C.S. Qué.) et *Kingsway General Insurance Co.* c. *Wellcorp Express Canada Inc.*, [1995] A.Q. (Quicklaw) No. 645 (C.S. Qué.).

[728] Voir, par ex. : *Provida Treuhand SA* c. *Sport Dinaco Inc.*, [2000] R.J.Q. 900 (C.S. Qué.) (conf. C.A. Qué. 8 sept. 2000, arrêt inédit); *Cegerco Constructeur Inc.* c. *Produits T.C.S. Inc.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 1261 (C.S. Qué.); *9096-0105 Québec Inc.* c. *Construction Cogela Inc.*, REJB 2003-51950 (C.S.).

[729] Voir, par ex., les arrêts suivants de la Cour d'appel : *Great West Life Insurance Co.* c. *Cohen*, [1993] R.D.J. 555 (C.A. Qué.); *Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec* c. *Ouellette*, [1996] J.Q. (Quiclaw) No. 2573 (C.A. Qué.); *Dominion Bridge Corporation* c. *Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A. Qué.); *Boulianne* c. *Cie d'assurance Standard Life*, [1999] J.Q. (Quicklaw) No. 598 (C.A. Qué.). Voir aussi la récente décision de la Cour supérieure dans *Bridgepoint International (Canada) Inc.* c. *Ericsson*

semblent donc percevoir différemment leur rôle au stade d'une demande de renvoi à l'arbitrage selon l'objet de l'argument invoqué pour y faire obstacle. Cette distinction, sur laquelle il faudra revenir, trouve un certain appui en doctrine[730].

289. – Les juges canadiens ne s'entendent donc pas sur l'étendue du contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage auquel ils devraient se livrer en disposant d'une demande de renvoi à l'arbitrage. Quelle solution devrait-on donc leur suggérer d'adopter ?

290. – Une prise en compte des obligations internationales incombant au Canada en vertu de la Convention de New York ne permet pas de dégager d'indicateurs utiles. Il est vrai que le Tribunal fédéral suisse a, dans des arrêts rendus les 16 janvier 1995 et 29 avril 1996, jugé que l'art. II(3) de la Convention de New York impose au juge « l'obligation [...] de statuer librement sur l'exception d'arbitrage invoquée à la lumière des critères de validité du traité international [...] »[731]. Cependant, cette interprétation ne convainc pas. D'abord, elle ne trouve aucun appui dans le texte ni dans les travaux préparatoires de la Convention. Ensuite, elle consacre une règle qui n'a rien à voir avec l'objectif poursuivi par la Convention – qui est d'assurer le respect de la volonté exprimée par les parties à un différend commercial d'avoir recours à l'arbitrage[732] –, puisque l'obligation qui incomberait au juge de vider la question de la compétence arbitrale reposerait surtout, comme on vient de le voir, sur un souci d'économie de moyens. Enfin, elle ignore le fait que la loi française limite, depuis le début des années 80, le pouvoir de contrôle du juge saisi d'une demande de renvoi – aucun contrôle si un tribunal arbitral est déjà saisi du litige[733]; contrôle *prima facie* si ce n'est pas le cas[734] –, et ce sans qu'aucun autre État partie à la Convention de New York n'ait protesté de

---

Canada Inc., REJB 2001-25025 (C.S. Qué.) et celle de la Cour du Québec dans *Eclipse Optical Inc.* c. *Bada U.S.A. Inc.*, [1998] R.J.Q. 289 (C.Q.). Voir cependant : *Simbol Test Systems Inc.* c. *Gnubi Communications Inc.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 437 (C.S. Qué.).

[730] Voir, par ex. : L. Marquis, « Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales : un regard sur les impressions dégagées par les premières esquisses jurisprudentielles », dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 65 à la p. 104; L. Marquis, «La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », (1990) 21 R.D.U.S. 303 à la p. 319, note 48.

[731] Trib. féd., 16 janvier 1995, Bull. ASA 1995.503 (note J.-F. Poudret et G. Cottier, p. 383); Rev. suisse dr. int. et dr. eur. 1996.561 (obs. F. Knoepfler); Trib. féd., 29 avril 1996, Bull. ASA 1996.527 (note C.U. Mayer, p. 361); Rev. suisse dr. int. et dr. eur. 1996.586 (obs. F. Knoepfler).

[732] Voir *supra*, n° 69 et suiv.

[733] Voir *supra*, n° 275.

[734] Voir l'art. 1458, al. 2 du N.C.P.C. L'applicabilité de cette disposition en matière d'arbitrage commercial

quelque manière que ce soit. Il vaut donc mieux conclure, comme A.J. VAN DEN BERG l'a d'ailleurs toujours laissé entendre, que l'étendue du pouvoir d'examen du juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage est une question sur laquelle la Convention de New York est tout simplement muette[735].

291. – Qu'en est-il maintenant, des faits normatifs transnationaux se rapportant à la Loi type de la CNUDCI ? L'analyse des décisions rendues dans les autres juridictions où fut adoptée la Loi type et auxquelles on a accès – elles sont relativement peu nombreuses – ne fournit pas d'éléments d'analyse très convaincants. On constate que si, dans la plupart des cas, les juges tiennent pour acquis que la question de l'efficacité de la convention d'arbitrage doit être vidée au stade de la demande de renvoi[736], la thèse voulant que le dessaisissement du juge puisse être provoqué par la seule efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage a été adoptée à quelques reprises par des juges de Hong Kong[737]. Mais comme la question n'a jamais fait l'objet d'une analyse approfondie, il semble imprudent d'accorder trop de poids à ces précédents.

292. – En revanche, l'étude des travaux préparatoires révèle des éléments d'analyse très pertinents. Ceux-ci érigent *a priori* un obstacle important – voire déterminant – à la reconnaissance d'une quelconque incidence à l'effet négatif du principe de la compétence-

---

international est acquise depuis longtemps : voir, en ce sens, Ph. Fouchard, note sous Cass. civ. 1re, 1er décembre 1999, *Société Métu System France* c. *Société Sulzer*; *Société Exportles* c. *Société Rusbois*, Rev. arb. 2000.96 à la p. 99. Sur la prise en considération des lois d'arbitrage étrangères en interprétant les obligations interétatiques incombant au Canada en vertu de la Convention de New York, voir *supra*, n° 73 et suiv.

[735] A.J. van den Berg, « New York Convention 1958 – Commentary Cases Reported in Volume X (1985) », (1985) X Yearbook Com. Arb. 335 aux pp. 353-354, où l'auteur laisse entendre que l'art. II(3) n'empêche pas que l'on reconnaisse à l'effet négatif du principe de la compétence-compétence une certaine incidence au stade de la demande de renvoi à l'arbitrage. Voir aussi, dans cet esprit : A. Dimolitsa, « Autonomie et *kompetenz-kompetenz* », Rev. arb. 1998.305 à la p. 342, n° 43.

[736] Voir, par ex., à Hong Kong : *Fustar Chemicals Ltd.* c. *Sinochem Liaoning Hong Kong Ltd.*, [1996] 2 H.K.C.. 342 (H.C. H.K.); *Westo Airconditioning Ltd.* c. *Sui Chong Construction & Engineering Co. Ltd.*, [1998] 1 H.K.C. 254 (H.C H.K.); *Good Year Professional Service Co.* c. *Penta-Ocean Construction Co. Ltd.*, 2002 H.K.C.U. LEXIS 1740 (H.C. H.K.); *Tommy C.P. Sze & Co.* c. *Li & Fung (Trading) Ltd.*, 2002 H.K.C.U. LEXIS 1634 (H.C. H.K.); en Nouvelle-Zélande : *Clarence Holdings Ltd.* c. *Prendos Ltd.*, [2000] D.C.R. 404 (Auckland Dist. Ct.); *Yawata Ltd.* c. *Powell*, [2000] D.C.R. 334 (Wellington Dis. Ct.); en Australie : *Recyclers of Australia Pty Ltd.* c. *Hettinga Equipment Inc.*, (2000) 175 A.L.R. 725 (F.C.A.); *CTA International Pty Ltd.* c. *Sichuan Changhong Electric Co. Ltd.*, Supreme Court of Victoria (Commercial and Equity Division), 29 août 2002, jugement inédit.

[737] Voir : *Nanhai West Shipping Co.* c. *Hong Kong United Dockyards Ltd.*, [1996] 2 H.K.C. 639 (H.C. H.K.); *Paladin Agricultural Ltd.* c. *Exclesior Hotel (Hong Kong) Ltd.*, [2001] 2 H.K.C. 215 (H.C. H.K.); *Pacific Crown Engineering Ltd.* c. *Hyundai Engineering & Construction Co. Ltd.*, [2003] 3 H.K.C. 659 (H.C. H.K.).

compétence au stade d'une demande de renvoi à l'arbitrage. En effet, la question de savoir si le juge ne doit se livrer qu'à un examen *prima facie* de l'efficacité de la convention d'arbitrage fut examinée lors de l'élaboration de la Loi type. Une proposition en ce sens fut faite en mars 1983, mais elle fut rejetée par une majorité de délégués au motif qu'il était préférable de permettre au juge saisi d'une telle demande de vider la question[738]. Pour cette raison, les commentateurs les plus autorisés ont laissé entendre que la thèse prônant le plein contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage par le juge saisi d'une demande de renvoi était celle qu'avaient adoptée les rédacteurs de la Loi type[739]. Autrement dit, ceux-ci auraient voulu que l'argument d'économie de moyens l'emporte sur l'argument fondé sur la nécessité de lutter contre les manœuvres dilatoires susceptibles d'affecter l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Si c'est exact, il faudrait accorder à l'intention des rédacteurs un poids important en interprétant l'art. 8 de la Loi type[740].

293. – Cependant, cette conclusion s'avère – à la réflexion – quelque peu hâtive, voire même inexacte. En effet, le projet qu'avaient sous les yeux les rédacteurs de la Loi type à l'hiver 1983 permettait expressément à une partie de saisir à tout moment un juge afin qu'il statue sur la compétence arbitrale[741]. Ainsi, les rédacteurs envisageaient très clairement, à l'époque, donner préséance à l'argument d'économie de moyens. Il était donc tout à fait normal – par souci de cohérence – de ne pas limiter le rôle du juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage afin qu'il ne se livre qu'à un contrôle *prima facie* de l'efficacité de la convention d'arbitrage, puisqu'on refusait de considérer que le tribunal arbitral doit statuer en premier sur sa propre compétence. Cependant, les rédacteurs sont revenus sur leur décision de donner préséance à l'argument d'économie de moyens un an plus tard. En effet,

---

[738] *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa cinquième session*, (1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 65 à la p. 74, n° 77.

[739] H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 303.

[740] Sur l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte des travaux préparatoires de la Loi type, voir *supra*, n° 104 et suiv.

[741] En effet, le par. (3) de ce qui devint l'art. 8 de la Loi type se lisait comme suit : « Lorsque, une fois la procédure d'arbitrage engagée, une telle exception est soulevée devant le tribunal *ou une partie demande [à un tribunal] [au Tribunal visé à l'art. V] une décision d'incompétence du tribunal arbitral*, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure d'arbitrage ou la suspendre en attendant qu'il ait été statué sur sa compétence » [italiques ajoutés]. Sur le fait que cette disposition permettait à une partie de saisir à tout moment et directement un juge afin de vérifier la compétence arbitrale, voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 485.

à l'hiver 1984, il fut décidé que la Loi type devait exclure toute possibilité pour une partie de saisir à tout moment un juge afin qu'il statue sur la compétence arbitrale, puisqu'il convenait de donner préséance à l'argument fondé sur la nécessité de lutter contre les manœuvres dilatoires et, partant, de reconnaître qu'il revient au tribunal arbitral de statuer en premier sur sa compétence[742]. Une proposition visant à revenir à la solution adoptée à l'hiver 1983 fut rejetée lors de l'adoption par la CNUDCI de la version définitive de la Loi type[743], d'où le système consacré par l'art. 16 de la Loi type suivant lequel une objection à la compétence du tribunal arbitral doit d'abord lui être présentée[744].

Ce constat est d'une importance capitale, puisqu'il implique que la seule interprétation de l'art. 8 de la Loi type qui soit réellement respectueuse du système consacré à l'art. 16 et de la décision de la CNUDCI de privilégier la lutte contre les manœuvres dilatoires est celle prônant la restriction du juge saisi d'une demande de renvoi afin qu'il ne se livre qu'à un contrôle *prima facie* de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Autrement dit, il serait – à la lumière du système consacré à l'art. 16 et du désir de la CNUDCI de reconnaître qu'il revient d'abord au tribunal arbitral de statuer sur l'efficacité de la convention d'arbitrage – incohérent d'admettre que le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage puisse vider la question. L'article 16 reconnaîtrait expressément au tribunal arbitral une priorité que l'art. 8 lui nierait; cela n'aurait aucun sens. La CNUDCI s'est clairement prononcée en faveur de la règle de la priorité en adoptant le système consacré à l'art. 16; en conséquence – la conclusion paraît inéluctable –, l'art. 8 de la Loi type doit être interprété d'une manière qui

---

[742] La disposition prévoyant la possibilité pour une partie de saisir à tout moment et directement un juge afin de vérifier la compétence du tribunal arbitral était l'art. 17 du projet de loi type alors étudié par les rédacteurs. L'extrait pertinent des travaux préparatoires relatif à cette disposition mérite d'être cité au long : « On a fait observer que le contrôle concomitant du tribunal prévu dans cet article était dans une large mesure en conflit avec la disposition figurant dans la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 16, selon laquelle aucune des parties ne peut contester la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent avant que la sentence sur le fond soit rendue. Certains étaient partisans de conserver la disposition relative au contrôle concomitant du tribunal pour permettre un règlement prompt et moins onéreux de toute controverse au sujet de la compétence du tribunal arbitral. *Toutefois, la majorité s'est prononcée en faveur de la suppression de l'article 17, alléguant qu'il risquait d'entraver les procédures d'arbitrage en ouvrant la voie à des manœuvres dilatoires et à l'obstruction et aussi parce qu'il n'était pas conforme au principe sur lequel reposait l'art. 16, à savoir qu'il appartenait initialement et au premier chef au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, sous réserve du contrôle exercé en dernier ressort par le tribunal* » (*Rapport du groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa septième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 186 à la p. 193, n° 55).

[743] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 aux pp. 36-37, n^{os} 160 et 161.

[744] Sur ce système, voir *infra*, n° 439 et suiv.

respecte ce choix. Il faut donc inciter les juges canadiens à mettre fin à toute ambiguïté en refusant de se livrer à un plein examen de l'efficacité de la convention d'arbitrage lorsqu'ils sont saisis d'une demande de renvoi à l'arbitrage.

294. – Une dernière question doit être abordée. Comme on l'a vu, la jurisprudence québécoise semble distinguer les cas où l'inefficacité de la convention d'arbitrage est due à son inexistence ou son invalidité des cas où elle est due à son inapplicabilité *rationae materiae*. Le juge québécois saisi d'une demande de renvoi devrait trancher toute objection à l'existence ou l'invalidité de la convention d'arbitrage, mais ne se livrer qu'à un examen *prima facie* de son applicabilité *rationae materiae*.

Comme on l'a mentionné en étudiant la place qui doit être accordée à la Loi type en interprétant les dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c., l'engagement de l'Assemblée nationale du Québec envers l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI doit en principe conduire l'interprète à donner aux règles québécoises un sens conforme à la Loi type, à moins que des divergences entre celle-ci et les dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. ne révèlent l'intention claire du Législateur de s'en écarter[745]. Pour être justifiée, la distinction opérée par la jurisprudence québécoise devrait donc avoir été clairement souhaitée par l'Assemblée nationale du Québec. L'article 940.1 du C.p.c., qui reprend l'art. 8 de la Loi type, ne peut sans doute pas être invoqué afin de soutenir une telle conclusion. D'aucune manière les divergences entre les deux dispositions s'agissant du contrôle par le juge de l'efficacité de la convention d'arbitrage ne peuvent-elles être interprétées de cette manière, d'autant plus qu'elles s'expliquent par le désir de l'Assemblée nationale de « civiliser » les dispositions de la Loi type[746]. On pourrait néanmoins invoquer l'art. 943 du C.p.c. afin de soutenir que la jurisprudence québécoise consacre une distinction qu'a voulue tracer la législature québécoise. En effet, cette disposition affirme le pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, sans toutefois préciser – contrairement à l'art. 16(1) de la Loi type – que ce pouvoir comprend celui de statuer « [...] sur toute exception relative à l'existence ou à la

[745] Voir *supra*, n° 242.

[746] Sur ce point, voir *supra*, n° 238. La différence pertinente entre l'art. 940.1 du C.p.c. et l'art. 8 de la Loi type s'agissant du contrôle par le juge de l'efficacité de la convention d'arbitrage réside dans le remplacement des mots « [...] caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » employé par la CNUDCI par le concept de nullité, qu'a utilisé le Législateur français au second al. de l'art. 1458 du N.C.P.C.

validité de la convention d'arbitrage ». La divergence entre l'art. 943 du C.p.c. et l'art. 16(1) de la Loi type signifierait qu'au Québec, un tribunal arbitral peut se prononcer sur la portée *rationae materiae*, mais non sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage. Il n'y aurait alors aucune raison valable d'interdire à un juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage de trancher une objection à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage.

L'argument ne résiste cependant pas à l'analyse. D'abord, le fait que le Législateur québécois n'ait pas repris, dans l'art. 943 du C.p.c., les mots « [...] y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage » ne signifie pas nécessairement qu'il ait voulu restreindre l'étendue du pouvoir des arbitres. Il a très bien pu ne pas les reproduire parce qu'il les jugeait tout simplement inutiles. L'argument de texte n'est donc pas déterminant. Et puisque rien dans les travaux préparatoires ne donne à penser que le Législateur ait voulu restreindre le pouvoir des arbitres, il est improbable qu'il ait eu une telle intention. Mais il y a plus. D'abord, l'art. 16(1) de la Loi type reflète incontestablement un véritable principe général de l'arbitrage commercial international, dont l'importance afin d'en assurer l'efficacité est aujourd'hui trop connue pour qu'il soit nécessaire de l'expliquer en détail[747]. La distinction – entérinée à une certaine époque par une jurisprudence très controversée de la Cour de cassation française[748] – ne reçoit aujourd'hui aucun appui dans les pays accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international. Interpréter l'art. 943 du C.p.c. conformément à l'art. 16 (1) de la Loi type favorise donc non seulement la réalisation de l'effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI, cela tend aussi à assurer la cohérence de l'ensemble de ce système de justice internationale. Ensuite, si l'Assemblée nationale avait réellement eu l'intention de limiter la compétence-compétence des arbitres aux seuls problèmes de portée *rationae materiae* de la convention d'arbitrage, n'aurait-elle pas logiquement aussi prévu la possibilité pour une partie de faire trancher par un juge,

[747] Voir notamment, sur cette question : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la pp. 395 et suiv., n° 650 et suiv.

[748] La Cour reconnaissait aux arbitres le pouvoir de se prononcer sur l'étendue de leur investiture mais leur niait le pouvoir d'en apprécier la validité. Voir : H. Motulsky, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire » et « Question préalable et question préliminaire en matière de compétence arbitrale », dans *Ecrits – Vol. II – Ecrits et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 189 et 208; Cass. civ. 2e, *Compagnie Eurafricaine des Bois et Matériaux* c. *Rousset*, 6 mai 1971, Rev. arb. 1972.58; Trib. gr. inst. Paris 1re, 13 mars 1974, Rev. arb. 1976.48 (note B. Goldman); Cass. civ. 2e, 19 novembre 1980, Rev. arb. 1981.411 (note Ph. Fouchard); Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 115 et suiv., n° 121 et suiv.

directement et à tout moment avant ou durant l'instance arbitrale, une objection à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ?

295. – Il convient donc de conclure qu'au Canada, le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral est provoqué par la seule efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée. À cette condition substantielle du dessaisissement du juge canadien s'ajoute une seconde – de nature procédurale – qu'il convient maintenant d'examiner.

B) La condition procédurale : le moment où doit être demandé le renvoi à l'arbitrage

296. – Puisque le juge ne peut renvoyer les parties à l'arbitrage de son propre chef et puisqu'une partie peut renoncer au bénéfice de la convention d'arbitrage, se pose forcément la question du moment où le renvoi à l'arbitrage peut être demandé, autrement dit du moment au-delà duquel l'abstention de la partie défenderesse manifestera son acceptation tacite de l'offre que lui fait la partie demanderesse de recourir aux tribunaux judiciaires.

297. – Comme toutes les autres questions touchant à l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, cette question relève du statut de la procédure et est donc régie – suivant la règle en vigueur tant dans les juridictions canadiennes de common law[749] qu'au Québec – par la *lex fori*. Il n'est cependant pas inutile de le rappeler, puisqu'on pourrait être tenté d'y voir une question touchant à la convention d'arbitrage, plus précisément à la renonciation tacite à la convention d'arbitrage. Mais on aurait tort, puisque s'il est vrai qu'elle y touche indirectement, elle s'intéresse davantage à la procédure judiciaire. De plus, cette solution s'avère plus compatible avec l'intention des rédacteurs de la Loi type, qui n'auraient sans doute pas choisi de traiter de cette question dans l'art. 8 – dont le domaine d'application ne dépend pas de la loi applicable à la convention d'arbitrage[750] – s'ils avaient estimé que la question relevait de la convention

[749] Voir, s'agissant des juridictions canadiennes de common law, J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997 à la p. 125 et suiv., n° 63 et suiv. et, s'agissant du Québec, l'art. 3132 du C.c.Q.

[750] Voir l'art. 1(2) de la Loi type.

d'arbitrage[751].

298. – Le problème du moment où peut être demandé le renvoi à l'arbitrage soulève deux questions importantes. La première saute aux yeux : jusqu'à quand le renvoi à l'arbitrage peut-il être demandé ? La question ne fait l'objet d'aucune règle interétatique applicable au Canada – la Convention de New York, contrairement à la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*[752], étant silencieuse sur la question – et l'analyse permet de constater la diversité des solutions qui y sont actuellement en vigueur (1). La seconde question s'est récemment soulevée dans la jurisprudence canadienne et certains juges ont conclu, de manière discutable, qu'il faut y répondre par l'affirmative : le juge a-t-il le pouvoir d'accueillir une demande de renvoi à l'arbitrage présentée tardivement (2) ?

1) Diversité des critères en vigueur au Canada

299. – Trois critères sont actuellement en vigueur au Canada. Dans la plupart des juridictions, la demande de renvoi à l'arbitrage doit être présentée par une partie, comme le prévoit l'art. 8(1) de la Loi type, au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend (a). Les législatures de deux provinces ont cependant cru nécessaire de s'écarter de ce critère. Le jugeant probablement trop libéral, la législature de Colombie-Britannique a plutôt choisi d'exiger qu'une telle demande soit présentée avant que

---

[751] Privilégier la qualification procédurale implique que la question du moment où peut être demandé le renvoi à l'arbitrage ne saurait être régie par une loi sur l'arbitrage étrangère désignée par les parties dans leur convention d'arbitrage, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour supérieure du Québec dans une affaire *Yorbeau Resources Inc.* c. *114660 Canada Inc.*, J.E. 89-180. Les parties avaient conclu un contrat dans lequel était insérée une clause compromissoire prévoyant le recours à l'arbitrage conformément à l'*Arbitration Act* ontarien. La Cour conclut qu'en raison de cette désignation, la question du moment où peut être demandé le renvoi à l'arbitrage était régie par le droit ontarien, qui prévoit un critère plus strict que celui en vigueur au Québec. Mais, comme l'a très justement souligné A. PRUJINER, la question de l'acquiescement tacite à la compétence de la Cour qu'entraîne la renonciation à la convention d'arbitrage « relève beaucoup plus de la procédure judiciaire, et donc du droit du for, que de l'arbitrage lui-même » (A. Prujiner, « La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Article 8 de la Loi-type de la CNUDCI) », Rev. arb. 1994.568). On ne saurait pas non plus conclure, malgré ce qu'a cru une juge de première instance de Colombie-Britannique, que la question du moment où peut être demandé le renvoi à l'arbitrage relève du droit applicable au fond du différend. Cette thèse se heurte à un obstacle additionnel, puisque la question n'a manifestement pas de lien suffisant avec le fond du différend pour qu'on puisse y appliquer les règles de conflit de lois s'y rapportant : *Nutrasweet Kelco Co.* c. *Royal-Sweet International Technologies Ltd.*, [1997] B.C.J. (Quicklaw) No. 332 (B.C. S.C.), infirmé – à très juste titre – par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans un arrêt rapporté à (1998) 49 B.C.L.R. (3d) 115; CLOUT #352.

[752] (1965) 484 R.T.N.U. 349, art. VI(I).

toute autre initiative procédurale soit entreprise (b). L'Assemblée nationale du Québec, au contraire, a jugé que le critère retenu par la CNUDCI était trop strict; un critère très libéral – beaucoup trop, même – y est en vigueur : la demande de renvoi peut être présentée tant que la cause n'est pas inscrite pour enquête et audition (c).

a) Le critère des premières conclusions quant au fond du différend

300. – Le critère des premières conclusions quant au fond énoncé à l'art. 8(1)[753] n'a pas soulevé de difficulté lors de l'élaboration de la Loi type. En s'inspirant de l'art. VI(1) de la Convention européenne[754], les rédacteurs ont privilégié simplicité et clarté[755]. En effet, l'application de ce critère ne devrait pas poser trop de problèmes. Le juge n'a qu'à vérifier si, au moment où le renvoi à l'arbitrage lui[756] fut formellement demandé, la partie invoquant la convention d'arbitrage avait déjà présenté à la Cour des conclusions quant au fond du différend visé par la demande de renvoi. La règle qui découle de ce critère est tout à fait logique. En présentant inconditionnellement de telles conclusions, une partie manifeste clairement son désir d'engager le débat devant le tribunal judiciaire – et d'ainsi voir les réclamations litigieuses tranchées par la justice étatique[757]. Il est donc raisonnable, et même souhaitable, d'y voir une renonciation de sa part à la convention d'arbitrage.

---

[753] « Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande *au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend*, [...] » [italiques ajoutés].

[754] *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, (1965) 484 R.T.N.U. 349, art. VI(I).

[755] Voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 305-306.

[756] Le fait que l'arbitrage ait été demandé à la partie adverse en dehors de l'instance judiciaire n'est d'aucune pertinence et ne saurait bonifier la position de la partie demandant formellement le renvoi à l'arbitrage après avoir fourni ses premières conclusions quant au fond du différend. Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Ruhrkohle Handel Inter GmbH* c. *Fednav Ltd.*, (1992) 42 C.P.R. (3d) 414; CLOUT #33 (C.A. Féd.), ainsi que la décision de la juge HALEY dans *ABN Amro Bank Canada* c. *Krupp MaK Maschinenbau GmbH*, (1994) 21 O.R. (3d) 511 (C. Ont. (Div. gén.)), et la décision ontarienne *Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd.* c. *P.U.M.A. s.r.*, (1998) 21 C.P.C. (4th) 267 (C. Ont. (Div. gén.)).

[757] Il faut donc considérer que si une partie mentionne de manière incidente sa position sur le fond dans le cadre d'un débat portant sur une mesure de nature strictement procédurale, elle n'aura pas soumis des conclusions quant au fond du litige au sens de l'art. 8(1), puisqu'elle n'aura pas réellement engagé – devant la justice étatique – le débat sur le fond de l'affaire. Voir, en ce sens, la décision de la High Court de Hong Kong dans l'affaire *Louis Dreyfus Trading Ltd.* c. *Bonarich International (Group) Ltd.*, [1997] 3 H.K.C. 597 (H.C. H.K.), jugeant bénigne l'affirmation de la partie défenderesse qu'elle conteste le bien-fondé des réclamations de la partie demanderesse faite dans le cadre d'une demande de cautionnement pour frais; voir aussi la décision qu'a rendue la High Court d'Auckland dans *Pathak* c. *Tourism Transport Ltd.*, [2002] 3 N.Z.L.R. 681, jugeant que les initiatives des parties dans le cadre de débats sur des mesures provisoires ou conservatoires ne constituent pas des conclusions quant au fond au sens de l'art. 8(1) de la Loi type.

301. – Malgré la simplicité de la règle, certains juges ont commis quelques faux pas en l'appliquant[758]. Par exemple, dans une affaire *ABN Amro Bank Canada*, un juge ontarien a décidé que la demande de renvoi doit être présentée par la partie défenderesse dans un acte de procédure distinct produit *avant* le dépôt de sa défense, qui est l'acte dans lequel elle présente ses premières conclusions quant au fond. Cet aspect de sa décision, qui est contraire à la lettre de l'art. 8 de la Loi type, fut – heureusement – infirmé en en appel[759]. On peut aussi citer en exemple une autre décision rendue par un juge ontarien de première instance, qui accueillit la requête de la partie *demanderesse* visant à renvoyer à l'arbitrage *ses propres réclamations*; la requête fut jugée non tardive au motif que la partie demanderesse n'avait pas encore présenté *au tribunal arbitral* ses premières conclusions quant au fond[760]. Cette décision n'est pas convaincante puisque, suivant le raisonnement retenu par la Cour, le fait pour une partie de présenter au tribunal arbitral ses conclusions quant au fond du différend emporterait renonciation à la convention d'arbitrage, ce qui est absurde. Ce qui importe, c'est que la partie demandant le renvoi à l'arbitrage n'ait pas préalablement présenté ses premières conclusions quant au fond *au tribunal judiciaire saisi*; la partie demanderesse l'avait incontestablement fait dans l'acte introductif d'instance qu'elle avait produit[761].

302. – Le critère adopté par la CNUDCI n'est cependant pas à l'abri de toute critique. On peut lui reprocher de ne pas lutter de manière assez efficace contre les manœuvres dilatoires et abusives, puisque le droit judiciaire privé en vigueur dans plusieurs États permet à une partie d'accomplir, avant le dépôt de ses premières conclusions quant au fond, divers actes qui suggèrent son intention de participer au débat judiciaire engagé par la partie demanderesse – et qui sont donc difficilement compatibles avec la convention d'arbitrage. C'est justement le cas dans les juridictions canadiennes de common law, comme l'illustre

---

[758] Dans la plupart des cas, l'application du critère des premières conclusions quant au fond ne pose aucun problème; voir par ex. : *Continental Resources Inc.* c. *East Asiatic Co. (Canada)*, (1996) 2(2) M.A.L.Q.R. 64; CLOUT #72 et 184 (C.F. 1ère inst.); *Queensland Sugar Corp.* c. *« Hanjin Jedda » (The)*, (1995) 6 B.C.L.R. (3d) 289; CLOUT #181 (B.C. S.C.); *Siderurgica Mendes Junior, S.A.* c. *Ice Pearl (The)*, (1996) 18 B.C.L.R. (3d) 182; CLOUT #178 (B.C. S.C.).

[759] *ABN Amro Bank Canada* c. *Krupp MaK Maschinenbau GmbH*, (1994) 21 O.R. (3d) 511 (C. Ont. (Div. gén.)); et la décision en appel : (1996) 135 D.L.R. (4th) 130; CLOUT #119 (C. Ont. (Div. gén.)).

[760] *Bab System Inc.* c. *McLurg*, [1994] O.J. (Quicklaw) No. 3029; CLOUT #118 au n° 10. L'arrêt subséquemment rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, rejetant le pourvoi formé à l'encontre de cette décision, ne traite pas de cette question : [1995] O.J. (Quicklaw) No. 1344.

[761] Voir, en ce sens : *Pathak* c. *Tourism Transport Ltd.*, [2002] 3 N.Z.L.R. 681 (Auckland H.Ct.).

l'affaire *Siderurgica Mendes*[762]. Une demande de renvoi à l'arbitrage présentée par la partie demanderesse était contestée au motif que celle-ci avait renoncé à la convention d'arbitrage par diverses initiatives procédurales – demande de production de documents, demande de précisions visant certaines allégations de la déclaration, etc. – que la partie demanderesse jugeait incompatibles avec l'intention d'arbitrer. L'argument fut rejeté au motif que la partie défenderesse n'avait en aucun cas soumis quelque conclusion que ce soit quant au fond du différend dont était saisi la Cour. La CNUDCI n'aurait-elle donc pas adopté un critère trop libéral ?

b) Le critère des autres initiatives procédurales en vigueur en Colombie-Britannique

303. – C'est ce que semble avoir cru la législature de Colombie-Britannique, qui a opté pour un critère plus strict : le renvoi à l'arbitrage ne peut être demandé que par la partie défenderesse et avant qu'elle entreprenne, dans le cadre de l'instance judiciaire, d'autres initiatives procédurales se rapportant à ce différend[763]. Ce critère est bien connu puisque c'est celui traditionnellement retenu dans les juridictions de common law[764].

304. – Interprétée littéralement, la règle impliquerait qu'une demande de renvoi à l'arbitrage est irrecevable si elle est présentée après que la partie défenderesse a accompli, dans le cadre de l'instance judiciaire, un acte procédural, *quel qu'il soit.* Une telle interprétation peut séduire en ce qu'elle favorise au maximum certitude et prévisibilité, mais elle s'avère difficilement justifiable d'un point de vue théorique, car toute initiative procédurale de la partie défenderesse n'est pas nécessairement incompatible avec l'intention

---

[762] *Siderurgica Mendes Junior, S.A.* c. *Ice Pearl (The)*, (1996) 18 B.C.L.R. (3d) 182; CLOUT # 178 (B.C. S.C.).

[763] L'article 8(1) de *l'International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233, prévoit que : « [i]f a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before or after entering an appearance *and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings*, apply to that court to stay the proceedings» [italiques ajoutés].

[764] Voir, par ex., l'*Arbitration Act 1950* d'Angleterre, 1950, c. 27, art. 4, l'*Arbitration Act 1975* d'Angleterre, 1975, c. 3, art. 1(1) et M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 aux pp. 472-473. L'article 9(3) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, est formulé différemment (« [a]n application may not be made by a person before taking the appropriate procedural step (if any) to acknowledge the legal proceedings against him or after he has taken any step in those proceedings *to answer the substantive claim* » [italiques ajoutés]) mais la Cour d'appel a jugé que cela n'avait aucune conséquence d'un point de vue substantiel : *Capital Trust Investments Ltd.* c. *Radio Design TJ AB*, [2002] All E.R. 159 (C.A. Engl.).

de recourir à l'arbitrage. Voilà sans doute pourquoi la jurisprudence anglo-saxonne n'a jamais accepté d'y adhérer. Elle reconnaît en effet depuis longtemps qu'il existe une catégorie d'actes que la partie défenderesse peut accomplir sans perdre le droit de demander subséquemment le renvoi à l'arbitrage. Cependant, cette atténuation de la rigueur apparente du critère s'est faite au détriment de la certitude et de la prévisibilité de la règle. Les précédents, comme l'a récemment reconnu la Cour d'appel d'Angleterre, sont dans l'ensemble assez incohérents et ne distinguent pas clairement les initiatives procédurales sans conséquence de celles susceptibles d'éteindre le droit de la partie défenderesse de demander le renvoi à l'arbitrage[765]. La jurisprudence a tout de même réussi à dégager deux éléments d'analyse pertinents : d'abord, l'acte en cause doit révéler l'intention de la partie l'ayant accompli de renoncer à son droit de demander le renvoi à l'arbitrage – ce qui va de soi compte tenu du fondement de la règle; ensuite, en accomplissant l'acte, la partie doit avoir invoqué la compétence de la Cour – ce qui, semble-t-il, ne vise qu'à préciser une autre évidence, soit que l'acte doit avoir été accompli dans le cadre de l'instance judiciaire[766]. La question se complique lorsque l'on constate que l'analyse ne doit pas seulement se situer sur le plan objectif, c'est-à-dire au niveau de l'acte accompli : l'intention de la partie requérante peut également être pertinente, puisque la jurisprudence reconnaît qu'elle ne perdra pas nécessairement son droit de demander le renvoi à l'arbitrage si, en accomplissant un acte satisfaisant à ces deux critères, elle manifeste par ailleurs son intention d'invoquer subséquemment la convention d'arbitrage[767].

305. – Jusqu'à maintenant, les tribunaux de Colombie-Britannique n'ont pas été souvent confrontés à de réelles difficultés d'application du critère des autres initiatives procédurales. Dans la plupart des décisions repérées, les juges n'ont eu qu'à en faire une application assez banale en rejetant des demandes de renvoi clairement tardives[768]. La décision rendue par la

---

[765] *Patel* c. *Patel*, [2000] Q.B. 551 (C.A. Engl.); *Capital Trust Investments Ltd.* c. *Radio Design TJ AB*, [2002] All E.R. 159 (C.A. Engl.); dans ces deux arrêts, la Cour d'appel cita avec approbation les propos de M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 472 : « [t]he reported cases are difficult to reconcile, and they give no clear guidance on the nature of a step in the proceedings ».

[766] M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 472.

[767] *Patel* c. *Patel*, [2000] Q.B. 551 (C.A. Engl.); *Capital Trust Investments Ltd.* c. *Radio Design TJ AB*, [2002] All E.R. 159 (C.A. Engl.).

[768] Voir, par ex. : *Stancroft Trust Ltd.* c. *Can-Asia Capital Co.*, (1990) 43 B.C.L.R. (2d) 341 CLOUT #17 (B.C. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada); *Nutrasweet Kelco Co.* c. *Royal-Sweet International Technologies Ltd.*, (1998) 49 B.C.L.R. (3d) 115; CLOUT #352 (B.C. C.A.); *429545 B.C. Ltd.* c. *Herlihy*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) No. 1801 (B.C. S.C.); *Restore International Corp.* c. *K.I.P. Kuester*

Cour suprême de Colombie-Britannique, un tribunal de première instance, dans l'affaire *Globe Union* mérite cependant d'être mentionnée puisqu'elle illustre bien le type de difficultés auxquelles est susceptible d'être confronté le juge appelé à appliquer ce critère[769]. La partie demanderesse s'opposait au renvoi à l'arbitrage au motif que la partie défenderesse y avait renoncé en contestant, dans une phase antérieure de l'instance, une injonction interlocutoire visant à faire stopper l'instance arbitrale en cours. *Stricto sensu*, la partie défenderesse avait, sans aucun doute, entrepris une initiative procédurale avant de présenter sa demande de renvoi. La Cour refusa cependant de la considérer irrecevable. S'appuyant notamment sur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans une affaire d'arbitrage interne[770], la Cour jugea que seule une initiative procédurale visant à faire progresser la défense sur le fond était susceptible d'anéantir le droit de demander le renvoi à l'arbitrage. Ce n'était pas le cas, puisque le débat sur une mesure provisoire ou conservatoire, même s'il requiert parfois que les parties touchent indirectement au fond du litige, ne fait jamais progresser le fond de l'affaire à proprement parler[771].

Une autre décision, également rendue par la Cour suprême de Colombie-Britannique, mérite quelques commentaires[772]. Après que la partie défenderesse avait produit une défense et une demande reconventionnelle, la partie demanderesse demanda le renvoi à l'arbitrage de la demande reconventionnelle; parallèlement, la partie défenderesse demanda le renvoi à l'arbitrage de la demande principale. Les deux demandes de renvoi étaient contestées; il semble donc – ce n'est pas tout à fait clair à la lecture du jugement – que chaque partie voulait que sa réclamation soit instruite par la Cour et que celle de l'autre partie soit renvoyée à l'arbitrage. La Cour refusa de juger que la partie défenderesse avait présenté tardivement sa demande de renvoi à l'arbitrage, car, semble-t-il, elle avait clairement annoncé son

---

International Products Corp., [1999] B.C.J. (Quicklaw) No. 257 (B.C. S.C.). Cette dernière affaire présente davantage d'intérêt puisque la partie requérante tenta de s'appuyer sur le fait qu'elle avait dévoilé d'entrée de jeu son intention de demander le renvoi de l'affaire à l'arbitrage; l'argument fut rejeté par la Cour, mais de manière assez sommaire.

[769] *Globe Union Industrial Corp.* c. *G.A.P. Marketing Corp.*, (1994) 100 B.C.L.R. (2d) 41; CLOUT #114 (B.C. S.C.).

[770] *No. 363 Dynamic Endeavours Inc.* c. *34718 B.C. Ltd.*, (1993) 81 B.C.L.R. (2d) 359; (1993) 31 B.C.A.C. 126; [1993] B.C.J. (Quicklaw) No. 1622 (B.C. C.A.).

[771] C'est d'ailleurs sur cette idée que repose une règle, très largement admise en droit comparé, qui prévoit que le fait de demander à un tribunal judiciaire l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage (voir *infra*, n° 402). La décision *Globe Union* est à rapprocher de celle de la High Court d'Auckland dans *Pathak* c. *Tourism Transport Ltd.*, [2002] 3 N.Z.L.R. 681.

[772] *Seine River Inc.* c. *Pensa Inc.*, [1999] B.C.J. (Quicklaw) No. 1425; CLOUT #356 (B.C. S.C.).

intention de l'invoquer au début de l'instance. Le raisonnement peut être rapproché de la jurisprudence anglaise discutée au paragraphe précédent, mais il n'est pas très convaincant : sa décision de produire une défense et une demande reconventionnelle ne manifestait-elle pas son intention de revenir sur sa position et de renoncer à l'arbitrage ? En tout cas, cet aspect de la décision montre très bien comment il peut parfois être assez difficile de prévoir comment un juge appliquera le critère des autres initiatives procédurales, surtout lorsque l'analyse porte sur l'intention qu'a ou que n'a pas exprimée la partie requérante dans le cadre de l'instance judiciaire. Quant à la demande de renvoi présentée par la partie demanderesse, elle fut également accueillie par la Cour. Pourtant, elle se heurtait à une objection assez évidente, dont la Cour n'a pas traité dans sa décision. La décision de la partie demanderesse de saisir la Cour de réclamations visées par la convention d'arbitrage constituait de toute évidence une initiative procédurale manifestant son désir de renoncer à porter à l'arbitrage le différend opposant les parties; elle ne saurait être subséquemment autorisée à demander le renvoi à l'arbitrage d'une demande reconventionnelle qui, en raison des critères de connexité applicables à de telles demandes, se rapporte dans la plupart des cas au même litige[773].

306. – À bien y penser, il est difficile d'approuver la décision de la législature de Colombie-Britannique de s'écarter du critère des premières conclusions quant au fond retenu par la CNUDCI. L'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international recherchée par la CNUDCI étant en soi un objectif souhaitable[774] – la législature de Colombie-Britannique l'a elle-même clairement reconnu en ne s'écartant que très rarement de la Loi type –, l'abandon du critère des premières conclusions quant au fond n'est justifiable que si on y préfère un critère *clairement plus opportun*. Or, si le critère des autres initiatives procédurales est, à certains égards, meilleur en ce qu'il peut permettre de limiter davantage les possibilités de manœuvres dilatoires et abusives, il présente néanmoins d'importants inconvénients puisque que son application par le juge s'avère beaucoup moins prévisible; compte tenu de l'importance que revêtent ces valeurs de certitude et de prévisibilité aux yeux des opérateurs du commerce international, ce critère n'est donc pas

---

[773] Voir, en ce sens : Cass. civ. 1ère, 6 juin 1978, *Société British Leyland International Services* c. *Société d'exploitation des Établissements Richard*, Rev. arb. 1979.230 (note P. Level); J.D.I. 1978.908 (note B. Oppetit). La même solution doit prévaloir lorsque le critère des premières conclusions quant au fond est applicable, comme l'a d'ailleurs reconnu à très juste titre la Cour fédérale : *Granville Shipping Co.* c. *Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853; (1996) 111 F.T.R. 189; [1996] F.C.J. (Quicklaw) No. 481.

[774] Voir *supra*, n° 92.

clairement plus opportun que le critère des premières conclusions quant au fond.

c) Le critère de l'inscription de la cause pour enquête et audition en vigueur au Québec

307. – L'Assemblée nationale du Québec a elle aussi cru nécessaire de s'écarter du critère des premières conclusions quant au fond, mais pour des motifs bien différents. Avant la réforme de 1986, la jurisprudence reconnaissait la possibilité qu'une partie renonce à demander le renvoi à l'arbitrage en accomplissant, dans le cadre de l'instance judiciaire, certains actes incompatibles avec le recours à l'arbitrage; la Cour suprême du Canada, bien qu'elle ait jugé que la convention d'arbitrage affectait la compétence *rationae materiae* des tribunaux judiciaires québécois[775], l'avait très clairement reconnu dans son arrêt *Zodiak*[776]. Par ailleurs, une partie participant à l'instance judiciaire ne perdait pas nécessairement le droit de demander ultérieurement le renvoi à l'arbitrage si l'incompétence de la Cour avait été *soulevée* à temps; voilà pourquoi, dans l'affaire *Zodiak*, la partie défenderesse, qui avait invoqué la convention d'arbitrage dans sa défense, put demander, près de quatre ans plus tard, le renvoi à l'arbitrage. Le renvoi à l'arbitrage pouvait donc être demandé en tout état de cause par la partie défenderesse, pourvu qu'elle ait promptement annoncé son intention de le faire dans le cadre de l'instance judiciaire.

308. – L'article 940.1 du C.p.c. prévoit que « *[t]ant que la cause n'est pas inscrite*, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention »[777]. L'« inscription » dont il est question est l'inscription de la cause pour enquête et audition prévue à l'art. 274 du C.p.c.[778]. Elle survient à la toute fin de la phase de l'instance qui précède le procès – donc après le dépôt des écritures des parties, la tenue des interrogatoires préalables, les incidents, etc. Toutes les actions n'ont cependant pas à être inscrites au sens de l'art. 274 du C.p.c.; autrement dit, il existe des actions à l'égard desquelles l'étape de l'inscription pour enquête et audition n'est

---

[775] Voir *supra*, n° 271.

[776] *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 à la p. 550. Voir aussi : *Caribou Construction Inc.* c. *Robert McAlpine Ltd.*, [1976] C.A. 393; *Monette* c. *Couture* [1983] C.A. 568.

[777] Italiques ajoutés.

[778] *Peintures Larvin Inc.* c. *Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, [1988] R.J.Q. 5 (C.A. Qué.).

pas applicable.

Avant le 1er janvier 2003, l'étape de l'inscription était applicable à toutes les demandes en justice devant être introduites par déclaration. C'était le cas pour la plupart des demandes en matière commerciale; les exceptions pertinentes visaient notamment les demandes relatives aux droits et obligations résultant d'un bail[779] et celles relatives aux priorités et aux hypothèques[780], qui – devant être introduites par requête et non par déclaration – n'avaient pas à être inscrites. Depuis le 1er janvier 2003, toutes les demandes en justice doivent être introduites par requête[781] et seules celles qui sont contestées par écrit doivent être inscrites pour enquête et audition. Les demandes en matière commerciale sont généralement contestées par écrit. Le C.p.c. prévoit cependant plusieurs exceptions[782], tout en précisant que la contestation écrite sera néanmoins possible sur entente des parties ou si le tribunal l'autorise[783].

309. – Le Législateur a incontestablement eu l'intention d'adopter un critère plus libéral que celui des premières conclusions quant au fond retenu par la CNUDCI[784]. Cela dit, on constate que celui qu'il a retenu peut être interprété de deux manières. On pourrait d'abord considérer qu'il n'a pas voulu modifier de manière importante le droit positif en vigueur à l'époque. L'article 940.1 ne viserait qu'à préciser que le renvoi à l'arbitrage ne peut jamais être demandé une fois la cause inscrite, dans la mesure – bien sûr – où elle doit l'être. Cette disposition ne modifierait donc pas la règle selon laquelle une partie peut perdre le droit de demander le renvoi à l'arbitrage en accomplissant – dans le cadre de l'instance judiciaire et

---

[779] Article 762, al. 2*f*) du C.p.c. en vigueur à l'époque.

[780] Articles 787 et suiv. du C.p.c. en vigueur à l'époque.

[781] Articles 110 et suiv. du C.p.c.

[782] Ces exceptions, prévues à l'art. 175.2 du C.p.c., visent entre autres les demandes portant sur : les créances liées au prix de vente d'un bien meuble livré, celles liées au prix d'un contrat de service rendu, de crédit-bail, ou de transport, celles liées à un contrat de dépôt ou de prêt d'argent ou encore à la rémunération d'un mandat ou d'une caution; le prix d'un contrat d'entreprise, dans la plupart des cas; les droits et obligations découlant d'un bail; la fixation du terme d'une obligation, la contestation d'un bordereau de distribution lors d'une vente d'entreprise, la suffisance des biens de la caution ou de la sûreté offerte en matière de cautionnement; une lettre de change, un chèque, un billet à ordre ou une reconnaissance de dette; une priorité ou une hypothèque.

[783] Article 175.3, al. 2 du C.p.c.

[784] Voir, en ce sens : A. Dorais, « L'arbitrage commercial – Développements législatifs », (1987) 47 R. du B. 273 à la p. 286 : « [l]a Loi québécoise, en se fondant sur les recommandations du Comité tripartite (Magistrature – Justice – Barreau) est encore plus généreuse [que la Loi type], accordant aux parties jusqu'à l'inscription de la cause au rôle pour soulever l'incompétence du juge ».

sans réserver suffisamment son droit d'invoquer la convention d'arbitrage – des actes incompatibles avec le recours à l'arbitrage. Par ailleurs, l'art. 940.1 du C.p.c. n'apporterait aucune modification au droit antérieur lorsque la demande n'a pas à être inscrite; dans une telle hypothèse, la demande de renvoi à l'arbitrage pourrait encore être présentée en tout état de cause. On pourrait en revanche considérer que le Législateur souhaitait apporter une modification plus importante au droit positif. L'inscription de la cause pour enquête et audition constituerait maintenant le seul facteur pertinent; jamais les autres actes accomplis par la partie requérante dans le cadre de l'instance judiciaire ne sauraient-ils affecter son droit d'invoquer l'incompétence de la Cour. Lorsque la demande n'a pas à être inscrite, la demande de renvoi à l'arbitrage pourrait être présentée en tout état de cause, sans que la participation dans l'instance judiciaire de la partie la soulevant puisse en affecter la recevabilité.

310. – Bien que les travaux préparatoires ne fournissent aucun éclaircissement sur ce point, la doctrine semble avoir jusqu'à présent tenu pour acquis que la seconde approche était la bonne et qu'elle témoignait probablement de l'intention du Législateur de favoriser au maximum l'arbitrage[785]. Cette thèse a reçu l'approbation de la Cour d'appel du Québec dans un arrêt rendu en 1991 dans une affaire *Ville de La Sarre*. La Cour accueillit une demande de renvoi à l'arbitrage présentée par la partie *demanderesse* après la production de la défense. Or, la production d'un acte introductif d'instance constitue très clairement un acte incompatible avec la convention d'arbitrage, qui aurait entraîné l'extinction du droit de la partie demanderesse de soulever l'incompétence de la Cour si la question avait été analysée en vertu des règles applicables avant la réforme. Mais la Cour d'appel souligna que le Législateur avait voulu modifier substantiellement l'état du droit antérieur à la réforme : « [...] le législateur québécois a adopté ici un moyen terme entre la règle de la Convention de New York du 10 juin 1958, art. 2(3) qui permet le renvoi en tout temps avant sentence et la règle jurisprudentielle antérieure qui l'empêchait une fois la défense produite (*Monette* c.

---

[785] Voir, par ex. : J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] C.P. du N. 507 à la p. 568, n° 137; R. Tremblay, « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394 aux pp. 404-405; G. Saumier, « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 R. du B. 145 aux pp. 158-160;. K. Delaney-Beausoleil, « Livre VII – La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 3e éd., vol. 2 (« Art.482-1051 C.p.c. »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 663 aux pp. 675-676, nos 27-28.

Couture, [1983] C.A. 568) »[786]. L'adhésion à la thèse privilégiée par la doctrine québécoise n'aurait pu être exprimée de manière plus claire; la Cour d'appel l'a réitérée quelques années plus tard à l'occasion d'une affaire *Décarel*[787].

311. – Cette thèse n'est cependant pas convaincante. Suivant celle-ci, la règle en vigueur aujourd'hui pourrait être formulée de la manière suivante : *toute partie peut demander le renvoi à l'arbitrage avant l'inscription de la cause pour enquête et audition ou à tout moment si la cause n'a pas à être inscrite, même si elle a accompli – dans le cadre de l'instance judiciaire – des actes incompatibles avec l'intention de recourir à l'arbitrage.* Suivant l'autre interprétation pouvant possiblement être donnée à l'art. 940.1 du C.p.c., la règle pourrait plutôt être formulée de la manière suivante : *toute partie peut demander le renvoi à l'arbitrage avant l'inscription de la cause pour enquête et audition ou à tout moment si la cause n'a pas à être inscrite, sauf si elle a accompli – dans le cadre de l'instance judiciaire – des actes incompatibles avec l'intention de recourir à l'arbitrage sans suffisamment réserver son droit d'invoquer subséquemment l'incompétence du juge.* Concrètement, la différence entre les deux thèses porte sur la situation d'une partie qui accomplit – dans le cadre de l'instance judiciaire – un acte incompatible avec le recours à l'arbitrage sans suffisamment réserver son droit d'invoquer subséquemment l'incompétence de la Cour; elle ne perd pas, suivant la première thèse, le droit de demander le renvoi à l'arbitrage, mais elle le perd suivant la seconde. Or, de deux choses l'une : la partie qui agit ainsi est forcément soit négligente, soit de mauvaise foi. C'est donc dire que la première thèse reposerait, si on pousse encore le raisonnement, sur l'idée suivante : afin de favoriser davantage le recours à l'arbitrage, il est nécessaire de libéraliser le droit positif afin de permettre à une partie ayant fait preuve de négligence ou de mauvaise foi d'invoquer l'incompétence du juge. Il est très difficile de croire que telle fut réellement l'intention du Législateur.

---

[786] *La Sarre (Ville de)* c. *Gabriel Aubré Inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A. Qué.) à la p. 278. Comme l'a très justement souligné G. SAUMIER (« Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 R. du B. 145 à la p. 159), il est inexact d'affirmer que l'art. II(3) de la Convention de New York *permet* de demander le renvoi à l'arbitrage *en tout temps*. La question n'est tout simplement pas abordée par la Convention. Voir aussi : *Concordia Project Management Ltd.* c. *Décarel Inc.*, [1996] R.D.J. 484 (C.A. Qué.).

[787] La Cour accueillit une demande de renvoi à l'arbitrage présentée par la partie demanderesse et visant, comme dans l'affaire *Ville de La Sarre*, ses propres réclamations. Voir aussi : *Allaire* c. *Quesnel*, J.E. 89-219 (C.S. Qué.); *Groupe A.M.L. Inc.* c. *Beaudoin*, J.E. 89-361 (C.S. Qué.); *A Bianchi S.R.L.* c. *Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681; CLOUT #186 (C.S. Qué.); *Rousseau* c. *Rousseau*, REJB 2002-30864 (C.S. Qué.).

Le recours à la méthode des principes généraux de l'arbitrage commercial international permet de la discréditer davantage. L'idée qu'elle consacre – soit qu'il n'est jamais nécessaire de tenir compte, en appréciant la recevabilité de la demande de renvoi, des actes accomplis, dans le cadre de l'instance judiciaire, par la partie la soulevant – ne reçoit aucun soutien en droit comparé[788], de sorte que l'on peut très sérieusement croire en l'existence d'un principe général de l'arbitrage commercial international *selon lequel l'accomplissement, dans le cadre d'une instance judiciaire, d'actes incompatibles avec l'intention d'arbitrer entraîne l'irrecevabilité d'une demande subséquente de renvoi à l'arbitrage.* Même le droit américain – qui privilégie une approche très libérale, ce qui n'étonne d'ailleurs pas compte tenu de la philosophie très favorable à l'arbitrage conventionnel qui prévaut aux États-Unis depuis plusieurs années – n'est jamais allé aussi loin[789].

312. – Pour ces raisons, un second courant jurisprudentiel, penchant plutôt en faveur de l'autre interprétation pouvant être donnée à l'art. 940.1 du C.p.c. et reconnaissant que les actes accomplis – dans le cadre de l'instance judiciaire – par la partie demandant le renvoi à l'arbitrage peuvent en entraîner l'irrecevabilité, doit être approuvé[790]. On peut d'abord citer en exemple un arrêt rendu par la Cour d'appel près d'un an après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi québécoise. La partie demanderesse s'opposait à une demande de renvoi au motif que la partie défenderesse avait implicitement renoncé à l'arbitrage en laissant s'écouler plus de cinq mois avant d'invoquer l'incompétence de la Cour; elle n'avait – semble-t-il – accompli aucun autre acte pertinent. Après avoir affirmé que le Législateur québécois avait eu l'intention de « rendre plus certain (et donc plus simple d'application) le critère de renonciation implicite, en fixant l'inscription comme le moment critique » – ce qui suggérait son adhésion à la première thèse – la Cour laissa entendre que la partie défenderesse aurait pu perdre son droit de demander le renvoi à l'arbitrage en contestant le

---

[788] Voir par ex. les propos des Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN : « [t]he parties also waive the arbitration agreements where one of the parties submits a dispute to the courts and the other files a defense on the merits of the dispute without challenging the jurisdiction of the court » (E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 441, n° 736).

[789] Voir notamment, sur la question : J.J. Coe, Jr., *International Commercial Arbitration : American Principles and Practice in a Global Context*, Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1997 aux pp. 148-149; *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004 à la p. 484 et suiv.

[790] En plus des arrêts discutés au présent par., voir : *Robitaille* c. *Poulin*, [1988] R.J.Q. 1293 (C.S. Qué.); *La Prudentielle, Compagnie d'assurances Ltée* c. *Entreprises Djarjy Inc.*, [1991] R.R.A. 450 (C.S. Qué.); *Takeishi* c. *Henderson*, REJB 1998-08752 (C.S. Qué.). Voir également : *Ouellette* c. *B.B.M. Design Inc.*, REJB 1997-03767 (C.S. Qué.).

fond des réclamations mises de l'avant par la partie demanderesse[791]. Un arrêt rendu en 1993 par la Cour d'appel, sous la plume de la juge M. DESCHAMPS – qui est aujourd'hui juge à la Cour suprême du Canada –, soutient de manière beaucoup plus claire l'idée selon laquelle une partie peut perdre le droit de demander le renvoi à l'arbitrage en raison des actes qu'elle a accomplis dans la cadre de l'instance judiciaire[792]. En effet, après avoir invoqué la jurisprudence d'avant les réformes, elle jugea que la partie défenderesse avait perdu son droit de demander le renvoi à l'arbitrage puisqu'elle avait signifié à la partie demanderesse un avis d'interrogatoire préalable, contesté le bien-fondé de l'action de la partie demanderesse et contesté deux requêtes présentées par cette dernière en demandant à la Cour la permission de mettre en cause des tiers et d'amender sa déclaration.

La Cour d'appel semble avoir réitéré son adhésion à cette thèse dans un arrêt majoritaire, rendu en 1997 dans une affaire d'arbitrage international, où la question fut abordée en *obiter*[793]. Le problème était similaire à celui rencontré dans les affaires *Ville de La Sarre*[794] et *Décarel*[795] en ce que la partie demanderesse demandait, entre autres, le renvoi à l'arbitrage de l'action qu'elle avait elle-même intentée en Cour supérieure. Deux des trois juges qui ont tranché le pourvoi furent d'avis qu'une partie demanderesse ne pouvait – même avant l'inscription pour enquête et audition – demander le renvoi de l'action qu'elle avait elle-même intentée, puisqu'elle avait, en saisissant la Cour, accompli un acte incompatible avec le recours à l'arbitrage[796]. Le troisième juge ne partagea cependant pas l'opinion de ses collègues. Conformément à l'interprétation retenue jusqu'à présent par la doctrine québécoise, il affirma que le Législateur québécois avait « décidé que, quelles que soient les procédures incidentes qu'auraient pu faire les parties, quels que soient les appels

---

[791] *Peintures Larvin Inc.* c. *Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, [1988] R.J.Q. 5 (C.A. Qué.) à la p. 7.

[792] *Labrie* c. *Re/Max Brossard Inc.*, [1993] R.D.J. 449 (C.A. Qué.).

[793] *Dominion Bridge Corp.* c. *Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A. Qué.). Voir aussi, en ce sens, l'arrêt qu'a rendu la Cour d'appel dans l'affaire *2952-5599 Québec Inc.* c. *Les Investissements Imqua Inc.*, REJB 2002-33148; la décision de la Cour supérieure, qu'il faut lire pour bien comprendre l'arrêt de la Cour d'appel, est rapportée à REJB 2002-33146.

[794] *La Sarre (Ville de)* c. *Gabriel Aubré Inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A. Qué.).

[795] *Concordia Project Management Ltd.* c. *Décarel Inc.*, [1996] R.D.J. 484 (C.A. Qué.).

[796] Il est important de noter que les motifs des deux juges majoritaires divergent sur un point important. Pour le juge M. ROTHMAN, la partie demanderesse perd le droit de demander le renvoi à l'arbitrage de ses propres réclamations à partir du moment où la partie défenderesse reconnaît la compétence de la Cour en déposant sa défense (pp. 325-326). Pour le juge A. BROSSARD, il semble que le seul dépôt de l'action entraîne l'extinction du droit de la partie demanderesse de demander le renvoi à l'arbitrage, ce qui semble non seulement beaucoup plus logique, mais aussi davantage conforme à la jurisprudence d'avant les réformes de 1986 (p. 326).

interlocutoires interjetés par l'une ou l'autre, les deux parties pouvaient demander le renvoi de la cause à l'arbitre tant et aussi longtemps que la cause n'était pas inscrite »[797].

313. – Après avoir conclu que l'art. 940.1 du C.p.c. ne doit pas être interprété comme ayant pour effet d'écarter la jurisprudence admettant qu'une partie puisse renoncer au droit de demander le renvoi à l'arbitrage en accomplissant, dans le cadre de l'instance judiciaire, des actes incompatibles avec la convention d'arbitrage sans réserver suffisamment son droit de l'invoquer, on peut s'interroger sur l'opportunité de la décision du Législateur québécois : l'approche qu'il a privilégiée est-elle clairement préférable à celle proposée par la CNUDCI ?

314. – On peut en douter, pour deux raisons. D'abord – et contrairement à l'art. 8(1) de la Loi type –, l'art. 940.1 du C.p.c. ne précise pas clairement quels actes susceptibles d'être accomplis dans le cadre de l'instance judiciaire sont incompatibles avec l'intention de recourir à l'arbitrage. On se retrouve donc face au même problème que celui relevé lors de l'analyse du critère des autres initiatives procédurales retenu par la législature britanno-colombienne[798]. Le besoin de certitude et de prévisibilité si fortement ressenti par les opérateurs du commerce international aurait dû inciter l'Assemblée nationale à préférer le critère retenu par la CNUDCI afin d'éviter que ne surgissent des débats sur la distinction entre les actes sans conséquence et ceux susceptibles d'entraîner l'extinction du droit de demander le renvoi à l'arbitrage.

Ensuite, l'adoption par l'Assemblée nationale du critère de l'inscription de la cause pour enquête et audition ratifie implicitement un point très important, mais assez contestable, de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Zodiak*[799] : la partie défenderesse n'a pas l'obligation de présenter formellement à la Cour sa demande de renvoi à l'arbitrage au moment où elle annonce son intention de contester la compétence de cette dernière. La partie défenderesse ayant promptement soulevé l'incompétence de la Cour peut donc choisir de demander plus tard le renvoi à l'arbitrage, n'importe quand avant l'inscription de la cause pour enquête et audition ou – pire – en tout état de cause si l'affaire n'a pas à être inscrite

---

[797] *Dominion Bridge Corp.* c. *Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A. Qué.) à la p. 324, propos du juge M. BEAUREGARD.

[798] Voir *supra*, n° 304.

[799] *Zodiak International Productions Inc.* c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

pour enquête et audition. Tant qu'elle ne l'a pas fait, la partie demanderesse n'a cependant d'autre choix que de poursuivre l'instance, en assumant le risque que ses démarches s'avèrent en fin de compte inutiles, puisqu'elle n'a aucun moyen de provoquer elle-même l'examen par la Cour de l'incidence de la convention d'arbitrage sur sa propre compétence. L'approche privilégiée par l'Assemblée nationale est donc trop libérale, puisqu'elle est susceptible de mener à des abus par des parties défenderesses désireuses de gagner du temps et de causer de l'obstruction.

2) Inexistence d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge d'accueillir une demande de renvoi à l'arbitrage présentée tardivement

315. – Après avoir montré la diversité des critères relatifs au moment où peut être demandé le renvoi à l'arbitrage qui sont en vigueur au Canada, on peut se demander si le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accueillir, exceptionnellement, une demande de renvoi présentée tardivement. L'argument au soutien de l'existence d'un tel pouvoir pourrait s'appuyer sur le principe général de l'autonomie de la volonté des parties et de la nécessité d'assurer le respect des conventions d'arbitrage se rapportant à un différend du commerce international; si, dans les circonstances particulières d'une espèce, le juge est d'avis que le défaut de la partie demandant le renvoi à l'arbitrage est bénin et n'a pas causé de préjudice à l'autre partie, ne devrait-il pas pouvoir refuser d'exercer ou décliner sa compétence afin de permettre le recours à l'arbitrage ? L'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire ne serait-elle pas tout à fait opportune en ce que le juge pourrait ainsi corriger l'injustice susceptible de découler d'une application trop rigide du critère applicable ?

316. – Ce sont possiblement de telles considérations qui sous-tendent un courant jurisprudentiel reconnaissant l'existence d'un tel pouvoir et dont la manifestation la plus importante est probablement l'arrêt qu'a rendu en 1995 la Cour d'appel de l'Ontario dans une affaire *Bab Systems Inc.*[800]. Il s'agissait d'un autre de ces cas où la partie demanderesse demandait le renvoi à l'arbitrage de l'action qu'elle avait elle-même intentée devant un

---

[800] *Bab Systems Inc.* c. *McLurg*, [1995] O.J. (Quicklaw) No. 1344; CLOUT #118; voir *supra*, n° 301. Voir aussi les décisions suivantes, qui peuvent être invoquées au soutien de l'existence d'un tel pouvoir : *Navionics Inc.* c. *Flota Maritima Mexicana S.A.*, *Navionics Inc.* c. *Flota Maritima Mexicana S.A.*, [1989] F.C.J. (Quicklaw) No. 13; CLOUT #15 (C.F. 1ère inst.); *Canada (Attorney General)* c. *Marineserve Mg. Inc.*, 2002 A.C.W.S.J. LEXIS 2456 (N.S. S.C.). La question fut également soulevée, mais non tranchée, dans un arrêt de la Cour d'appel fédérale : *Ruhrkohle Handel Inter GmbH* c. *Fednav Ltd.*, (1992) 42 C.P.R. (3d) 414.

tribunal judiciaire. La demande de renvoi avait été accueillie par le juge de première instance, même si elle était clairement tardive eu égard au critère des premières conclusions quant au fond. La Cour d'appel conclut que même en tenant pour acquis que la demande de renvoi était tardive eu égard à l'art. 8(1) de la Loi type, elle était justifiée de refuser d'exercer sa compétence afin de permettre le recours à l'arbitrage, car la partie demanderesse avait avisé par téléphone la partie défenderesse de son intention d'invoquer la clause compromissoire quatre jours après le dépôt se son action et elle lui avait transmis, quelques jours plus tard – et avant que la partie défenderesse n'ait soumis conclusion que ce soit quant au fond dans l'instance judiciaire –, une demande d'arbitrage; la partie défenderesse n'avait donc, de l'avis de la Cour d'appel, subi aucun préjudice à la suite de la volte-face de la partie demanderesse.

317. – La thèse à laquelle a adhéré la Cour d'appel de l'Ontario n'est cependant pas à l'abri de certaines critiques qui, à la réflexion, s'avèrent convaincantes. D'abord, la prise en compte de l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international poursuivi par la CNUDCI et les législatures canadiennes[801] devrait inciter l'interprète à hésiter à conclure à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dont la Loi type ne fait pas mention. C'est d'autant plus vrai que le Secrétaire général de la CNUDCI, dans son commentaire analytique d'un projet de la Loi type, exhorte à une interprétation stricte du critère régissant le moment à partir duquel la participation à l'instance judiciaire emporte déchéance du droit de demander le renvoi à l'arbitrage[802]. Mais en sus des considérations liées à l'importance de favoriser l'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international, il ne semble pas que le pouvoir discrétionnaire dont fait état l'arrêt de la Cour d'appel d'Ontario dans *Bab Systems Inc.*[803] soit réellement opportun. S'il est vrai que dans certains cas l'exercice par le juge d'un tel pouvoir peut conduire à un résultat pouvant paraître plus équitable, il ne viserait en fin de compte qu'à profiter – là encore – aux litigants qui sont soit négligents, soit de mauvaise foi; or, l'intérêt des opérateurs du commerce international est-il vraiment mieux servi si l'on dilue la certitude et la prévisibilité des règles applicables – risquant du coup de compliquer et d'allonger les hostilités entourant la

[801] Sur la nécessité de tenir compte de cet objectif en interprétant les règles canadiennes de l'arbitrage commercial international, voir *supra*, n° 91et suiv.

[802] Voir le *Commentaire analytique d'un projet de Loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 8, n° 3.

[803] *Bab Systems Inc.* c. *McLurg*, [1995] O.J. (Quicklaw) No. 1344; CLOUT #118.

demande de renvoi à l'arbitrage – dans le but de protéger des litigants qui sont négligents ou de mauvaise foi ? On se permettra d'en douter. Voilà pourquoi il est préférable d'inciter les juges canadiens à privilégier la solution adoptée par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans une affaire *Stancroft*[804], où fut exclue toute possibilité qu'une partie puisse demander au-delà du délai prévu à l'art. 8 de l'*International Commercial Arbitration Act*[805] un sursis de l'instance judiciaire fondé sur l'existence d'une convention d'arbitrage.

§ II. Non-pertinence de certains facteurs parfois considérés dans l'appréciation du bien-fondé d'une demande de renvoi à l'arbitrage

318. – Deux autres facteurs sont parfois pris en considération dans l'analyse du bien-fondé d'une demande de renvoi. Le premier tient à l'opportunité du recours à l'arbitrage, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce (A), le second à l'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties (B). À la réflexion, les arguments avancés au soutien de l'existence de ces conditions n'emportent cependant pas la conviction.

A) L'opportunité du recours à l'arbitrage

319. – Dès lors qu'il est acquis que la convention d'arbitrage peut, sous certaines conditions, conduire le juge à se dessaisir de tout litige tombant dans son champ d'application, le rôle du juge peut être envisagé de deux manières.

320. – On peut, d'une part, juger souhaitable de lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire d'empêcher la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage, même lorsqu'il est établi que les parties ont validement convenu de renvoyer le différend à l'arbitrage, si l'arbitrage s'avèrerait – dans les circonstances particulières de l'espèce – inapproprié ou injuste. On permet en principe aux parties de se soustraire à la justice étatique afin de recourir à l'arbitrage, mais on considère qu'il est possible que la mise en œuvre de leur entente s'avère, une fois le différend né, injuste. L'État aurait donc un intérêt, supérieur à celui qu'ont les parties de voir leur volonté respectée, justifiant – dans des cas exceptionnels – de ne pas donner effet à une convention d'arbitrage par ailleurs parfaitement

---

[804] *Stancroft Trust Ltd.* c. *Can-Asia Capital Co.*, (1990) 43 B.C.L.R. (2d) 341; CLOUT #17 (B.C. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada rejetée).

[805] R.S.B.C. 1996, c. 233.

valide et applicable. Ce n'est pas la convention d'arbitrage elle-même qui poserait problème, mais plutôt *sa mise œuvre dans les circonstances de l'espèce.* La nécessité d'éviter certains inconvénients découlant du renvoi à l'arbitrage l'emporterait sur le respect de la volonté des parties. Puisque cette approche met, en quelque sorte, l'arbitrage sous la tutelle du pouvoir judiciaire, il n'est pas surprenant de constater qu'elle a traditionnellement été privilégiée dans les juridictions de common law. La loi et la jurisprudence anglaises reconnaissaient au juge le pouvoir de refuser d'ordonner le sursis de l'instance en présence de raisons valables de ne pas renvoyer le litige à l'arbitrage[806]. L'attente légitime de la partie défenderesse était notamment susceptible d'être déjouée si le différend soulevait surtout des questions de droit, si le renvoi à l'arbitrage était susceptible d'entraîner une multiplicité d'instances se rapportant à un même litige ou encore si l'arbitrage allait être trop coûteux[807].

321. – On peut, d'autre part, préférer ne pas reconnaître au juge un tel pouvoir discrétionnaire. Dès lors que l'existence, la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage sont établies, il *doit* se dessaisir du litige, sans se soucier des conséquences que le renvoi à l'arbitrage aura dans les circonstances de l'espèce. Cette approche accorde une place prépondérante à la volonté exprimée par les parties de recourir à l'arbitrage et favorise du coup la certitude et la prévisibilité. Les inconvénients susceptibles de découler de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage dans un cas donné étaient ou devaient être connus des parties; elles les ont acceptés en concluant la convention d'arbitrage et ne sauraient donc s'en plaindre une fois un litige né. De plus, aucun intérêt public ne justifie l'immixtion

---

[806] Voir, en ce sens : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 475 et suiv.; A. Tweeddale et K. Tweeddale, *A Practical Approach to Arbitration Law*, London, Blackstone, 1999 à la p. 24 et suiv. Cette approche était également privilégiée dans les juridictions canadiennes de common law avant les réformes législatives des années 80 : R.H. McLaren et E.E. Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell, 1982 à la p. 32 et suiv.; *Intertec Internationale Technische Assistenz, GmbH* c. *Neptune Bulk Terminals*, [1981] 5 W.W.R. 231 (B.C. C.A.). Ce pouvoir n'existe plus en Angleterre depuis l'entrée en vigueur de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23. L'article 86 de la loi en fait mention s'agissant des conventions d'arbitrage se rapportant à des différends internes, mais cette disposition n'est pas en vigueur et ne le sera vraisemblablement jamais; voir : A. Tweeddale et K. Tweeddale, *id.* aux pp. 58-59.

[807] On peut tracer un parallèle avec le traitement accordé aux conventions d'élection de for dans les juridictions de common law. Les juges anglo-saxons disposent d'une pouvoir discrétionnaire similaire de ne pas leur donner effet lorsqu'elle visent à exclure leur compétence et que leur mise en œuvre s'avèrerait injuste dans les circonstances particulières de l'espèce. Voir, par ex. : E. Peel, « Exclusive Jurisdiction Agreements : Purity and Pragmatism in the Conflict of Laws », [1998] L.M.C.L.Q. 182; G. Saumier, « *Forum Non Conveniens* : Where Are We Now ? », (2000) 12 S.C.L.R. (2d) 122; A.D. Haines, « Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire », Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. prél. No. 18, février 2002 à la p. 14 et suiv., n° 17 et suiv.; *Z.I. Pompey Industrie* c. *ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27.

subséquente du juge dans la convention d'arbitrage, puisque ces inconvénients ne concernent de toute manière que les personnes qui y sont parties. L'État n'a qu'un intérêt légitime, l'emportant sur celui des parties, à réglementer les *conditions de validité* de la convention d'arbitrage; il n'a pas d'intérêt légitime à *refuser d'y donner effet* dans un cas donné. C'est cette approche qu'ont traditionnellement adoptée les juridictions civilistes, en imposant au juge l'obligation de se dessaisir d'un litige visé par une convention d'arbitrage valablement conclue[808].

322. – Ni la Loi type, ni l'art. 940.1 du C.p.c. ne traitent expressément de cette question. Cependant, un courant jurisprudentiel, actuellement minoritaire, témoigne de l'adhésion de certains juges canadiens à la première approche. Un des meilleurs exemples est sans doute l'arrêt qu'a rendu la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Guns N' Roses*[809]. Un recours collectif avait été intenté à l'encontre d'un promoteur montréalais après la fin prématurée d'un spectacle rock. Le promoteur appela en garantie la société américaine constituée par les artistes impliqués. Le contrat conclu entre le promoteur et la société américaine contenait une clause compromissoire prévoyant le renvoi de tout litige s'y rapportant à un arbitrage AAA. La société américaine l'invoqua et demanda aux tribunaux québécois de se dessaisir de l'action en garantie. La Cour d'appel rejeta la demande de renvoi, non pas au motif que la

---

[808] Voir, par ex. : R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 aux pp. 291-293, n° 234; J. Robert, *L'arbitrage – Droit interne - Droit international privé*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1993 à la p. 102 et suiv., n° 123 et suiv. Voir aussi, s'agissant plus particulièrement de la possibilité – écartée en droit français – de rejeter la demande de renvoi à l'arbitrage afin d'éviter la multiplicité d'instances se rapportant à un seul et même litige : J. Rubellin-Devichi, « De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie dans le jurisprudence récente », Rev. arb. 1981.29; Cass. com., 8 novembre 1982, *Société Burmeister et Wain Engineering Cy Ltd.*, c. *Société Creusot-Loire*, Rev. arb. 1983.177 (note J. Rubellin-Devichi); E. Loquin, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », dans *Juris-Classeur de procédure civile*, t. 8, Paris, Éditions du Jusris-Classeur, 2001, fasc. 1034, à la p. 8 et suiv., n° 31 et suiv.; Cass. civ. 1ère, 16 octobre 2001, *Quarto Children's Books Ltd.* c. *Éditions du Seuil*, Rev. crit. dr. int. pr. 2002.555 (note F. Jault-Seseke).

[809] *Guns N' Roses Missouri Storm Inc.* c. *Productions musicales Donald K. Donald*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A. Qué.). Pour d'autres exemples de décisions, plus récentes, témoignant de l'adhésion de certains juges canadiens à cette première approche, voir : *Ferguson Brothers of St. Thomas* c. *Manyan Inc.*, [1999] O.J. (Quicklaw) No. 1887 (C.S.J. Ont.) aux nos 26 et 42-44; *Zeldin* c. *Goldis*, [2000] O.J. (Quicklaw) No. 3001 (C.S.J. Ont.). Peuvent également être invoqués, au soutien de cette thèse, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Iberfreight S.A.* c. *Ocean Star Container Line A.G.*, (1989) 104 N.R. 164; CLOUT #17 et la décision de la Cour fédérale dans *Continental Resources* c. *East Asiatic Co. (Canada)*, (1996) 2(2) M.A.L.Q.R. 64; [1994] A.C.F. (Quicklaw) No. 440; CLOUT #72 et #184 (C.F. 1ère inst.). Dans ces deux affaires, l'ordonnance de renvoi fut assortie de certaines conditions, ce qui n'est possible que si le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'évaluer le caractère approprié du renvoi à l'arbitrage : M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 475 et suiv., spéc. p. 482; A. Prujiner, « La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Article 8 de la Loi-type de la CNUDCI) », Rev. arb. 1994.569 à la p. 574.

clause compromissoire était inefficace d'un point de vue contractuel, mais bien parce qu'elle jugeait que l'arbitrage aurait été inapproprié dans les circonstances particulières de l'espèce.

En l'effet, la Cour fut d'avis que la règle générale prévoyant que la compétence internationale du juge québécois à l'égard de l'action principale s'étend à l'action en garantie[810] lui permettait de ne pas donner effet à une clause compromissoire pourtant valide et applicable lorsque cela s'avère justifié. L'arrêt témoigne très clairement du fait que le juge saisi d'une demande de renvoi dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire *et* qu'il peut l'exercer dans le but d'éviter les inconvénients découlant de la multiplicité des instances se rapportant à un seul et même litige. La Cour d'appel en rajouta deux ans plus tard dans son arrêt *Décarel*. Même s'il ne s'agissait pas d'une affaire se rapportant à un différend du commerce international, il importe de savoir qu'elle affirma que son arrêt *Guns N' Roses* témoignait d'une tendance à traiter au cas par cas les demandes de renvoi à l'arbitrage formulées à l'égard de litiges impliquant plus de deux personnes qui ne sont pas toutes parties à la convention d'arbitrage invoquée[811], ce qui suggère que la mise en œuvre de la convention d'arbitrage dans un tel contexte relèverait toujours de la discrétion du juge.

323. – Un courant majoritaire refuse cependant de reconnaître tout pouvoir discrétionnaire au juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage qui lui permettrait de refuser de se dessaisir en raison des inconvénients qu'engendrerait le renvoi à l'arbitrage. L'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Alberta dans l'affaire *Kaverit Steel*[812] en constitue une

---

[810] À l'époque, la règle reposait sur l'art. 71 du C.p.c., tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *A.S.G. Industries Inc.* c. *Corporation Superseal*, [1983] 1 R.C.S. 781. La règle est aujourd'hui codifiée à l'art. 3139 du C.c.Q. : « [l]'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle ».

[811] *Concordia Project Management Ltd.* c. *Décarel Inc.*, [1996] R.D.J. 484 (C.A. Qué.).

[812] *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, *Kaverit Steel and Crane Ltd.* c. *Kone Corp.*, (1992) 85 Alta. L.R. (2d) 287 (Alta. C.A.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée). Voir aussi : *Gulf Canada Resources Ltd.* c. *Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 114; CLOUT #31 (B.C. C.A.); *Continental Systems Corp.* c. *Telecheck International Inc.*, [1995] B.C.J. (Quicklaw) No. 2440; CLOUT #357 (B.C. S.C.); *Turnbridge (c.o.b. Turnbridge & Turnbridge)* c. *Cansel Survey Equipment (Canada) Ltd.*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) No. 333 (B.C. S.C.); *Kvaerner Enviropower Inc.* c. *Tanar Industries Ltd.*, (1994) 24 Alta. L.R. (3d) 365; CLOUT #112 (Alta.C.A.); *BWV Investments Ltd.* c. *Saskferco Products Inc.*, (1993) 108 Sask. R. 280; CLOUT #28 (Sask. C.A.); *Cangene Corp.* c. *Otapharma AG*, (2000) 147 Man. R. (2d) 228 (Man. Q.B.); *Boart Sweden Ab* c. *Nya Stromnes Ab*, (1988) 41 B.L.R. 295 (C. sup. Ont. (H.C.J.)); *Mind Star Toys Inc.* c. *Samsung Co. Ltd.* (1992), 9 O.R. (3d) 374; CLOUT #32 (C. Ont. (Div. gén.)); *Automatic Systems Inc.* c. *Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 257; (1996) 2(2) M.A.L.Q.R. 79; CLOUT # 73 et 183; *T1T2 Ltd. Partnership* c. *Canada*, (1994) 23 O.R. (3d) 66; CLOUT #113 (C. Ont. (Div. gén.)); *A Bianchi S.R.L.* c. *Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681; CLOUT # 186 (C.S. Qué.); *B.C. Navigation* c. *Canpotex Shipping Services Ltd.*, (1987) 16 F.T.R. 79; CLOUT #9 (C.F. 1ère inst.); *Miramichi Pulp & Paper Inc.* c. *Canadian*

excellente illustration. Le litige découlait d'un contrat, contenant une clause d'arbitrage CCI, conclu entre une société albertaine et une société finlandaise, en vertu duquel la première devenait distributrice, pour l'ouest du Canada, de certains des produits de la seconde. Après la naissance d'un différend, la société albertaine et d'autres personnes lui étant liées mais non parties au contrat de distribution, intentèrent une action en responsabilité contractuelle et délictuelle contre la société finlandaise et d'autres personnes lui étant liées mais qui n'étaient pas, elles non plus, parties au contrat de distribution. Lors d'une phase préliminaire de l'instance, la société finlandaise invoqua la clause compromissoire et demanda le renvoi de l'action à l'arbitrage. Le juge de première instance refusa au motif que puisque certaines réclamations n'étaient pas visées par la clause compromissoire invoquée, *tout le litige* – à l'égard de *toutes les parties* – devait être tranché par les tribunaux albertains, et ce afin d'éviter les inconvénients susceptibles de résulter de la poursuite d'instances parallèles se rapportant à un seul et même litige.

La Cour d'appel infirma cette décision. Après avoir relevé, à juste titre, que le renvoi à l'arbitrage ne pouvait être demandé par la société finlandaise qu'à l'égard de la société albertaine – les autres demandeurs n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage –, la Cour affirma que le juge n'a pas le pouvoir de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage par ailleurs valide et applicable. Le fait que la convention d'arbitrage ne vise qu'une partie des réclamations, ou qu'elle ne lie que certaines des parties à la poursuite, n'est d'aucune pertinence; les inconvénients dus à la multiplicité d'instances se rapportant à un seul et même litige ne peuvent en aucun cas faire obstacle à la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage.

324. – À la réflexion, c'est bien ce second courant jurisprudentiel qui doit être approuvé – sans aucune réserve –, et ce, pour deux raisons.

325. – D'abord, reconnaître au juge le pouvoir d'empêcher la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage heurte de plein fouet, et sans justification valable, un

---

Pacific Bulk Ship Services Ltd., (1992) 58 F.T.R. 81; CLOUT # 34 (C.F. 1ère inst.); *Continental Resources Inc.* c. *East Asiatic Co. (Canada)*, (1996) 2(2) M.A.L.Q.R. 64; [1994] A.C.F. (Quicklaw) No. 440 (C.F. 1ère inst.); CLOUT #72 et #184; *Nanisivik Mines Ltd.* c. *F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662; CLOUT #70 (C.A. Féd.); *Arbella S.A.* c. *« Aghia Markella »*, (1995) 94 F.T.R. 229 (C.F. 1ère inst.); *Fibreco Pulp Inc.* c. *Star Shipping A/S*, (2000) 257 N.R. 291; CLOUT #381 (C.A. Féd.).

véritable principe général de l'arbitrage commercial international – sans aucun doute le plus important – consacrant l'autonomie de la volonté des opérateurs du commerce international de recourir à l'arbitrage. On a déjà pu constater, en analysant l'objet de la Convention de New York[813], que ce principe s'explique par la nécessité d'accroître la certitude et la prévisibilité des transactions commerciales internationales, ce qui permet, en fin de compte, d'en réduire les coûts et donc d'en favoriser l'essor. De toute évidence, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge d'empêcher la réalisation de l'effet négatif d'une convention d'arbitrage par ailleurs valide et applicable est susceptible de menacer sérieusement la sécurité de telles transactions et d'en augmenter les coûts.

On pourrait néanmoins tenter de justifier l'existence d'un pouvoir discrétionnaire en faisant appel à d'autres principes généraux – comme celui favorisant la résolution d'un litige devant un seul et unique *forum*. Mais donner préséance à ces autres principes généraux n'est pas justifié sur le plan théorique puisque l'État n'a pas véritablement d'intérêt supérieur à celui des parties à éviter les inconvénients susceptibles de résulter du renvoi à l'arbitrage. Comme elles seules peuvent être renvoyées à l'arbitrage, elles seules sont réellement concernées par ces inconvénients, qu'elles étaient en mesure de connaître ou d'anticiper au moment où la convention d'arbitrage fut conclue. Comme l'a affirmé la Cour d'appel du Québec quelques années avant de rendre son arrêt *Guns N' Roses*[814], une partie ne saurait se plaindre des inconvénients d'un mécanisme contractuel qu'elle a elle-même accepté de mettre en place[815]. Par ailleurs, il est souvent possible de pallier les inconvénients invoqués par la partie s'opposant à la demande de renvoi autrement qu'en refusant de permettre la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Ainsi, afin de limiter les inconvénients découlant d'un renvoi à l'arbitrage ayant pour effet d'entraîner une multiplicité des instances se rapportant à un seul et même litige, les tribunaux canadiens, à l'instar de certains de leurs collègues américains, acceptent parfois d'ordonner le sursis des réclamations dont le juge demeure saisi jusqu'à ce l'arbitrage ait été complété[816].

---

[813] Voir *supra*, n° 69 et suiv.

[814] *Guns N' Roses Missouri Storm Inc.* c. *Productions musicales Donald K. Donald*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A. Qué.).

[815] *Condominuims Mont St-Sauveur Inc.* c. *Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A. Qué.) à la p. 2790.

[816] Voir, par ex. : *Boart Sweden Ab* c. *Nya Stromnes Ab*, (1988) 41 B.L.R. 295 (C. sup. Ont. (H.C.J.)); *BWV*

326. – Si le recours à la méthode des principes généraux permet donc de douter sérieusement du bien-fondé de la thèse reconnaissant un pouvoir discrétionnaire au juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage, la prise en compte des obligations internationales incombant au Canada au terme de l'art. II(3) de la Convention de New York – dont s'inspirent l'art. 8(1) de la Loi type et l'art. 940.1(1) du C.p.c. – confirme qu'il faut absolument l'écarter. Deux motifs permettent de conclure que la thèse favorisant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est incompatible avec l'art. II(3) de la Convention. D'abord, elle est clairement contraire à l'un des deux objets de la Convention de New York – déjà étudié et dont l'interprète *doit* tenir compte[817] –, qui est d'assurer le respect de la volonté exprimée par les parties à un différend commercial international d'avoir recours à l'arbitrage. Ensuite, elle a été, jusqu'à présent, très majoritairement rejetée par les tribunaux judiciaires s'étant penchés sur l'interprétation de l'art. II(3)[818]. Les travaux réalisés par A.J. VAN DEN BERG le démontrent de manière incontestable : la jurisprudence confirme que le dessaisissement découlant de l'existence d'une convention d'arbitrage se rapportant à un différend du commerce international est *obligatoire* et les inconvénients susceptibles de résulter du renvoi à l'arbitrage en raison des circonstances particulières d'une espèce donnée ne sauraient y faire obstacle[819]. Il semble donc que les décisions canadiennes ayant refusé, en raison de tels inconvénients, de permettre la réalisation de l'effet négatif d'une convention d'arbitrage visée par l'art. II(3) de la Convention de New York – comme l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Guns N' Roses*[820] – aient placé le Canada en violation de ses obligations internationales.

327. – Il faut donc conclure que le caractère approprié du recours à l'arbitrage dans les circonstances particulières de l'espèce ne doit jamais influencer le juge canadien saisi d'une

---

Investments Ltd. c. *Saskferco Products Inc.*, (1993) 108 Sask. R. 280 (Sask. C.A.); CLOUT #28. La Cour d'appel du Québec a agi de manière similaire dans un arrêt se rapportant à un différend commercial interne : *Kingsway Financial Services Inc.* c. *118997 Canada Inc.*, REJB 1999-15989; [1999] J.Q. (Quicklaw) No. 5922.

[817] Voir *supra*, n° 69 et suiv.

[818] Sur l'importance et la nécessité de tenir compte de la jurisprudence étrangère en interprétant la Convention de New York, voir *supra*, n° 73 et suiv.

[819] A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981 aux pp. 135-137 et 161-168; A.J. van den Berg, « New York Convention of 1958 Consolidated Commentary – Cases Reported in Volumes XX (1995) - XXI (1996) », (1996) XXI Yearbook Com. Arb. 394 aux pp. 440-441 et 457.

[820] *Guns N' Roses Missouri Storm Inc.* c. *Productions musicales Donald K. Donald*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A. Qué.).

demande de renvoi se rapportant à un différend du commerce international.

B) L'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties

328. – L'article II(3) de la Convention de New York prévoit que le juge « saisi d'un litige [...] » visé par une convention d'arbitrage valablement conclue renverra les parties à l'arbitrage à la demande de l'une d'elle; l'art. 8 de la Loi type est au même effet puisqu'il précise que le juge devant se dessaisir est celui « saisi d'un différend » visé par une telle convention. Certains privilégient une interprétation stricte de la notion de litige et y voient une condition particulière du dessaisissement du juge : celui-ci dépendrait de l'existence d'une *véritable question litigieuse opposant les parties*. En conséquence – et c'est ici que la théorie présente un très grand intérêt d'un point de vue pratique –, le juge pourrait refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage, *même en présence d'une convention d'arbitrage valablement conclue et applicable*, s'il s'avère que les réclamations visées par la demande de renvoi sont *manifestement bien fondées*. Cette théorie a reçu un appui important lorsque A.J. VAN DEN BERG a écrit que la loi de mise en œuvre adoptée par le Parlement anglais en 1975 – qui permet au juge de rejeter une demande de renvoi à l'arbitrage pour cause d'absence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, même si la convention s'avère applicable d'un point de vue strictement contractuel[821] – n'a fait que rendre explicite une condition qui découlerait inéluctablement de l'art. II(3) de la Convention de New York[822]. A.I. OKEKEIFERE semble être du même avis[823].

---

[821] L'article 1(1) de l'*Arbitration Act 1975*, 1975 c. 3, prévoit que le juge peut rejeter une demande de renvoi s'il est satisfait que « there is not in fact any dispute between the parties with respect to the matter agreed to be referred ». La Chambre des Lords a confirmé, dans *Nova (Jersey) Knit Ltd.* c. *Kammgarn Spinnerei*, [1977] 2 All E.R. 463, que l'absence d'une véritable question litigieuse opposant les parties peut faire obstacle à une demande de renvoi à l'arbitrage tombant dans le champ d'application de l'art. II(3) de la Convention de New York; voir aussi l'arrêt *Channel Tunnel Group Ltd.* c. *Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334. La jurisprudence de Cayman a donné la même interprétation à une disposition législative similaire à l'art. 1(1) de l'*Arbitration Act 1975*, 1975, c. 3 : *Bank America Trust and Banking Corporation* c. *Trans-World Telecom Holdings Ltd.*, (2000) XXY Yearbook Com. Arb. 683 (Grand Ct. Cay. Il.). Voir aussi l'art. 3 de l'*Indian Arbitration Act 1961*.

[822] A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981 à la p. 147.

[823] A.I. Okekeifere, « Stay-of-Court Proceedings Pending Arbitration in Nigerian Law », (1996) 13(3) J. Int. Arb. 119 à la p. 127, où l'auteur affirme qu'une disposition de la loi nigérienne s'inspirant de l'art. 8 de la Loi type (*Arbitration and Conciliation Act 1990*, Cap. 19, Laws of the Federation 1990, art. 4) – qui ne mentionne pas expressément la possibilité qu'une demande de renvoi soit rejetée pour cause d'inexistence d'une véritable question litigieuse opposant les parties – ne pourrait faire obstacle à l'exercice par un juge nigérien de son

N'est-il pas aussi possible de voir, dans la jurisprudence française admettant la compétence du juge pour statuer sur une demande de référé-provision même en présence d'une convention d'arbitrage commercial international[824], un appui indirect à cette thèse ? L'article 809, al. 2 du N.C.P.C. prévoit que « [d]ans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, [le Président du Tribunal] peut accorder une provision au créancier ». En théorie, l'ordonnance accueillant une telle demande est de nature provisoire et ne préjuge aucunement du fond. En pratique, plusieurs observateurs sont d'avis qu'une telle ordonnance s'apparente davantage à un jugement sur le fond rendu par voie sommaire puisque – dans la très grande majorité des cas – elle met fin au litige[825]; ne revient-on donc pas à admettre, en réalité, que la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge de trancher des réclamations manifestement bien fondées[826] ?

329. – La thèse voulant que le dessaisissement du juge soit conditionnel à l'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties serait justifiée par des considérations pragmatiques. Il serait souhaitable que la partie défenderesse ne puisse invoquer la convention d'arbitrage afin de retarder l'obtention par la partie demanderesse d'un jugement portant sur une ou plusieurs réclamations qui sont – en réalité – manifestement bien fondées, d'autant plus que le droit anglais confère au juge le pouvoir d'accueillir de telles réclamations par voie sommaire, et donc plus rapidement – la théorie postule-t-elle – que si les parties devaient recourir à l'arbitrage[827]. Ces considérations pragmatiques furent au cœur

---

pouvoir de rendre un jugement sommaire dans de telles circonstances.

[824] Voir, sur cette jurisprudence : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 728-733, n^{os} 1339-1345, ainsi que les références s'y trouvant.

[825] Voir notamment, en ce sens : H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. civ. 1ère, 6 mars 1990, *Horeva* c. *Sitas*, Rev. arb. 1990.633 à la p. 645; A. Hory, note sous Cass. com., 29 juin 1999, *Société Firma Waibel* c. *Kaeuffer*, Rev. arb. 1999.817 à la p. 818; J. Normand, note sous CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime BV* c. *Deco-Line*, et Cass. civ. 1ère, 13 avril 1999, *Bachy* c. *Soc. Bebetoes*, R.C.D.I.P., 1999.340 à la p. 356, n° 13; M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 aux pp. 66-67, n^{os} 98-100.

[826] Si c'est le cas, il faudrait tout de même reconnaître que l'appui de la jurisprudence française à cette thèse n'est que partiel, car il est aujourd'hui bien établi qu'une demande de référé-provision ne sera accordée, en présence d'une convention d'arbitrage, qu'en cas d'urgence et seulement avant la constitution du tribunal arbitral : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 731-733, n^{os} 1344-1345; M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 67 et suiv., n° 101 et suiv.

[827] Voir notamment, en ce sens : F.A. Mann, « Dispute by Silence ? », (1982) 98 L.Q.R. 530; A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French,*

d'un rapport préparé en 1927 par un comité parlementaire[828] et ayant incité le Parlement anglais à modifier la loi de mise en œuvre du Protocole de Genève en 1930[829]. Elles sous-tendent aussi la jurisprudence française admettant que la compétence du juge saisi d'une demande de référé-provision n'est pas toujours affectée par une convention d'arbitrage[830].

330. – La thèse voulant que l'art. II(3) de la Convention de New York permette au juge de rejeter une demande de renvoi à l'arbitrage pour cause d'absence de véritable question litigieuse opposant les parties ne fait cependant pas l'unanimité. Elle a été rejetée en 1994 par la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, pour qui l'absence d'une disposition semblable à l'art. 1(1) de la loi anglaise de 1975 signifiait que le juge ne peut rejeter une demande de renvoi tombant dans le champ d'application de la Convention de New York pour ce motif[831]. Des décisions en ce sens ont également été rendues à Hong Kong[832] et à Singapour[833], mais elles sont plus nuancées; la jurisprudence exclut toute possibilité que la demande de renvoi soit rejetée au motif que la partie défenderesse n'a aucune défense sérieuse à faire valoir à l'encontre des réclamations visées, mais elle admet cependant qu'elle peut l'être si la partie

---

Swedish, Swiss, U.S. and West German Law, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 149.

[828] *MacKinnon Committee Report of 1927*, Cmd. 2817. L'extrait suivant fut analysé et commenté dans *Hayter* c. *Nelson*, [1990] Lloyd's Rep. 265 (Q.B.): « Our attention has been called to a point that arises under the Arbitration Clauses (Protocol) Act 1924. Section 1 of that Act in relation to a submission to which the Protocol applies deprives the English Court of any discretion as regards granting a stay of an action. It is said that cases have already not infrequently arisen, where (eg) a writ has been issued claiming the price of goods sold and delivered. The defendant has applied to stay the action on the grounds that the contract of sale contains an arbitration clause without being able, or condescending, to indicate any reason why he should not pay for the goods, or the existence of any dispute to be decided by arbitration. It seems absurd that in such a case the English Court must stay the action, and we suggest that the Act might at any rate provide that the court shall stay the action if satisfied that there is a real dispute to be determined by arbitration. Nor would such a provision appear to be inconsistent with the protocol ».

[829] *Arbitration Clauses (Protocol) Act 1924*. L'amendement fut introduit par l'*Arbitration Clauses (Protocol) Act, 1924*.

[830] Voir, en ce sens : J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », Rev. trim. dr. civ. 1985.203 à la p. 201.

[831] *Baltimar Aps Ltd.* c. *Nalder & Biddle Ltd.*, [1994] 3 N.Z.L.R. 129; (1995) XX Yearbook Com. Arb. 755 (N.Z. C.A.). La Cour évoqua toutefois la possibilité qu'un juge rejette une demande de renvoi à l'arbitrage présentée par une partie de mauvaise foi, et donc de manière abusive.

[832] Voir surtout l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans : *Tai Hing Cotton Mill Ltd.* c. *Glencore Grain Rotterdam BV & Anor*, [1996] 1 H.K.C. 363; CLOUT #128. Voir également les décisions suivantes : *Nassetti Ettore S.p.a.* c. *Lawton Development Ltd.*, CLOUT #129 (H.C. H.K.); *Louis Dreyfus Trading Ltd.* c. *Bonarich International (Group) Ltd.*, [1997] 3 H.K.C. 597 (H.C. H.K.); *F & D Buildings Services Engineering Co. Ltd.* c. *Chevalier (E & M Contracting) Ltd.*, [2001] 3 H.K.C. 403 (H.C. H.K.); *Hercules Data Comm. Co. Ltd.* c. *Koywa Communications Ltd.*, [2001] 1 H.K.C. 75 (H.C. H.K.); *Tim* c. *Builders Federal (Hong Kong) Ltd.*, [2001] 3 H.K.C. 527 (H.C. H.K.); *Getwick Engineers Ltd.* c. *Pilecon Engineering Ltd.*, 2002 2002 H.C.K.U. LEXIS 1418 (H.C. H.K.).

[833] *Coop International Pte Ltd.* c. *Ebel S.A.*, [1998] 3 S.L.R. 670; (2001) XXVI Yearbook Com. Arb. 832 (H.C. Sing.).

demanderesse établit clairement que les réclamations en question ont été admises par la partie défenderesse.

Le droit anglais a récemment évolué dans la même direction. À la suite de la recommandation d'un comité d'experts chargé d'étudier la réforme anglaise de l'arbitrage[834], le Parlement a décidé de ne pas inclure dans l'*Arbitration Act 1996*[835] une disposition permettant au juge saisi d'une demande de renvoi de la rejeter pour cause d'inexistence d'une véritable question litigieuse. Dans un arrêt rendu en 1997, la Cour d'appel a affirmé que cette modification avait eu pour effet d'anéantir le pouvoir qu'on reconnaissait jadis au juge anglais de rejeter une demande de renvoi au motif que les réclamations visées étaient manifestement bien fondées[836]. Cette conclusion, qui rejoint l'opinion de la plupart des auteurs anglais[837], s'oppose à la thèse voulant que ce pouvoir soit réservé par l'art. II(3) de la Convention de New York. La jurisprudence anglaise continue cependant de considérer, à l'instar de celle de Hong Kong et de Singapour, que le juge peut rejeter la demande de renvoi si la partie demanderesse établit clairement que les réclamations en question ont été admises par la partie défenderesse[838].

331. – Au Canada, les lois régissant spécialement l'arbitrage commercial international ne contiennent aucune disposition similaire à l'art. 1(1) de l'*Arbitration Act 1975*[839]. La question de savoir si la demande de renvoi à l'arbitrage peut, depuis les réformes des années 80, être rejetée pour cause d'inexistence d'une véritable question litigieuse opposant les parties s'est néanmoins posée. En 1998, la Cour fédérale a rejeté une demande de renvoi à

---

[834] Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, « 1996 Report on the Arbitration Bill », (1997) 13 Arb. Int. 275 à la p. 286, n° 55.

[835] 1996, c. 23.

[836] *Halki Shipping Corp.* c. *Sopex Oils Ltd.*, [1998] 1 Lloyd's Rep 465; (1998) XXIII Yearbook Com. Arb. 802. Pour un commentaire de cet arrêt, voir : M. Whiteley, « Stays and Summary Judgment Under the Arbitration Act 1996 », [1998] L.M.C.L.Q. 164.

[837] Voir, en ce sens : D. Fraser, « English Arbitration Act 1996 : Arbitration of International Commercial Disputes Under English Law », (1997) 8 Am. Rev. Int'l Arb. 1 à la p. 8; D. St.J. Sutton, J. Kendall et J. Gill, *Russell on Arbitration*, 21e éd., London, Sweet & Maxwell, 1997 à la p. 330, n° 7-013; J. Rawlings, « A Mandatory Stay », (1997) 13 Arb. Int. 421.

[838] Voir, en ce sens : *Wealands* c. *CLC Contractors Ltd.*, [1999] 2 Lloyd's Rep. 739 (C.A. Engl.). Un arrêt rendu par la Cour d'appel en 1997 semblait cependant avoir écarté cette possibilité : *Davies Middleton & Davies Ltd.* c. *Toyo Engineering Corp.*, (1997) 85 B.L.R. 59 (sur cet arrêt, voir les propos de A. Tweeddale et K. Tweeddale, *A Practical Approach to Arbitration Law*, London, Blackstone, 1999 aux pp. 51-52).

[839] 1975, c. 3.

l'arbitrage soulevée dans le cadre d'un différend commercial international pour ce motif[840]. À première vue, on est cependant tenté de considérer que cette décision n'appuie pas réellement la thèse voulant que l'existence d'une véritable question litigieuse constitue – *en elle-même* – une condition du dessaisissement du juge. En effet, l'argument présenté par la partie demanderesse afin de contester la demande de renvoi à l'arbitrage se situait uniquement sur le plan contractuel; elle ne prétendait pas que le fait que ses réclamations étaient manifestement bien fondées faisait en sorte qu'il n'existait aucun différend au sens de l'art. 8 de la Loi type, mais plutôt qu'il n'existait aucun différend *au sens de la convention d'arbitrage* et que celle-ci n'était donc pas applicable. Le jugement de la Cour ne semble ainsi reposer que sur l'idée voulant qu'une convention d'arbitrage ne visant expressément que des « différends » ne soit applicable qu'aux réclamations qui ne sont pas manifestement bien fondées ou mal fondées, et non pas sur la possibilité qu'une demande de renvoi à l'arbitrage soit rejetée pour cause d'inexistence d'une véritable question litigieuse opposant les parties *même en présence d'une convention d'arbitrage valablement conclue et applicable.*

Une interprétation aussi stricte du jugement rendu par la Cour fédérale doit cependant être rejetée. En analysant l'incidence de l'inexistence d'une véritable question litigieuse opposant les parties sur une demande de renvoi, la Cour s'est appuyée sur un extrait du traité de M.J. MUSTILL et S.C. BOYD[841] évoquant le fait que les tribunaux anglais rejetaient parfois des demandes de renvoi pour ce motif; la Cour sembla donc d'avis que l'approche adoptée en Angleterre avant l'entrée en vigueur de l'*Arbitration Act 1996*[842] était aussi applicable au Canada. Or, les tribunaux anglais – comme le soulignent d'ailleurs M.J. MUSTILL et S.C. BOYD[843] – n'ont jamais situé l'analyse sur le plan contractuel, comme le fit la partie

---

[840] *Methanex New Zealand Ltd.* c. *Kinugawa (The)*, [1998] 2 C.F. 583; CLOUT # 382 (C.F. 1ère inst.).

[841] M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 12.

[842] 1996, c. 23.

[843] M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 124 : « One further point must be mentioned. The first of the question listed above is whether the arbitrator has jurisdiction over a claim to which there is no defence. Since he has jurisdiction only where there is a dispute, the answer must be 'No', if the logic of the existing practice is carried through. For if there is no sufficient dispute to justify a stay, there can be no dispute empowering the arbitrator to enter upon a reference and make a valid award. *This result makes commercial nonsense, and so far as we are aware, no court has ever suggested that it is correct. For practical reasons, the law simply proceeds on the hypothesis that in cases where the defence is very weak, both the Court and the arbitrator can properly assume jurisdiction over the claim* » [italiques ajoutés]. Voir aussi, en ce sens : M. Whiteley, « Stays and Summary Judgment Under the Arbitration Act 1996 », [1998] L.M.C.L.Q. 164 aux pp. 165-166 ainsi que les propos du juge SAVILLE dans *Hayter* c.

demanderesse. Le jugement rendu par la Cour fédérale peut donc être aussi invoqué au soutien de la thèse voulant que l'art. II(3) de la Convention de New York et l'art. 8 de la Loi type permettent à un juge saisi d'une demande de renvoi de la rejeter pour cause d'inexistence d'une véritable question litigieuse, et ce, même en présence d'une convention d'arbitrage valablement conclue et applicable.

332. – À la réflexion, cette thèse s'avère cependant inacceptable, tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pragmatique. Sur le plan théorique, l'objection à laquelle elle se heurte est évidente. Permettre au juge de rejeter la demande de renvoi si les réclamations dont il est saisi sont manifestement bien fondées est nécessairement contraire à l'intention exprimée par les parties d'empêcher tout tribunal judiciaire de connaître du fond du litige. La thèse est donc incompatible avec le principe général consacrant l'autonomie de la volonté des opérateurs du commerce international de recourir à l'arbitrage, lequel sous-tend notamment – on l'a vu – l'art. II(3) de la Convention de New York et l'art. 8 de la Loi type[844]. L'attente légitime de la partie défenderesse de voir le litige l'opposant à la partie demanderesse tranché par un tribunal arbitral neutre, en dehors de l'appareil judiciaire étatique – et donc de manière privée – est totalement déjouée lorsqu'un juge, estimant les réclamations manifestement bien fondées, décide de les trancher par voie sommaire[845]. Quel intérêt légitime l'État a-t-il à outrepasser la volonté d'opérateurs du commerce international de recourir à l'arbitrage dans de telles circonstances ? Aucun. En supposant même que le renvoi à l'arbitrage d'une réclamation manifestement bien fondée entraîne effectivement des inconvénients pour la partie demanderesse, on peut raisonnablement présumer que ceux-ci étaient connus – ou du moins, pouvaient l'être – par les parties lorsque la convention d'arbitrage fut conclue; en quoi l'intérêt public commanderait-il que la partie demanderesse puisse subséquemment s'en plaindre ?

La thèse s'avère d'autant plus boiteuse que les arguments pragmatiques qu'on avance

Nelson, [1990] Lloyd's Rep. 265 (Q.B.).

[844] Voir en particulier *supra*, n° 69 et suiv.

[845] La doctrine anglaise a d'ailleurs souvent douté du bien-fondé de la thèse sur le plan théorique; voir tout particulièrement, sur ce point : J. Rawlings, « A Mandatory Stay », (1997) 13 Arb. Int. 421 à la p. 422. Pour des critiques similaires d'auteurs français au sujet du référé-provision qui, malgré son caractère provisoire en théorie, a souvent pour effet de mettre fin au litige comme si le juge avait statué au fond par voie sommaire : B. Oppetit, note sous Cass. civ. 1ère, *The General Authority for Supply Commodities Cairo-Estram* c. *Ipitrade International*, 20 mars 1989, J.D.I. 1989.1045 aux pp. 1048-150; H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. civ. 1ère, 6 mars 1990, *Horeva* c. *Sitas*, Rev. arb. 1990.633 aux pp. 645-647.

pour la défendre ne sont pas convaincants. S'il était sans doute vrai, à une certaine époque, que l'arbitrage conventionnel ne permettait pas, bien souvent, de disposer efficacement et rapidement de réclamations manifestement bien fondées, ce n'est certainement plus le cas aujourd'hui – du moins dans le contexte commercial international, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les pouvoirs très larges que reconnaissent désormais aux arbitres les lois régissant spécialement l'arbitrage commercial international ainsi que les règlements d'arbitrage adoptés par les institutions et organismes favorisant l'essor des échanges commerciaux internationaux leur permettent d'adopter – s'ils l'estiment approprié – une procédure rendant possible la disposition par voie sommaire de réclamations manifestement bien fondées. En second lieu, on reconnaît aujourd'hui aux arbitres internationaux le pouvoir d'ordonner à une partie d'assumer – en grande partie, voire en totalité – les frais de l'arbitrage, ce qui leur permet de sanctionner le comportement répréhensible de la partie défenderesse refusant d'acquiescer à une réclamation manifestement bien fondée[846]. En somme, cette théorie voulant que le juge puisse refuser de se dessaisir au motif qu'aucune véritable question litigieuse n'oppose les parties ne semble pas compatible avec la Convention de New York.

333. – Il faut enfin s'interroger sur le bien-fondé de l'approche adoptée récemment à Hong Kong, à Singapour et en Angleterre, où l'on refuse de permettre au juge de rejeter une demande de renvoi au motif que les réclamations dont il est saisi sont manifestement bien fondées tout en lui permettant cependant de le faire si les réclamations ont été admises par la partie défenderesse. À bien y penser, on voit mal en quoi cette situation se distingue réellement de celle où l'on allègue le bien-fondé manifeste des réclamations dont le juge est saisi. Lorsque la partie défenderesse oppose une demande de renvoi aux réclamations de la partie demanderesse, elle conteste du coup – nécessairement – toute allégation voulant qu'elle ait admis les réclamations en question. Pour disposer de la demande de renvoi, le juge devrait alors nécessairement trancher cette question et renvoyer les parties à l'arbitrage s'il s'avère que les réclamations n'ont pas été admises et rendre jugement s'il s'avère, au

---

[846] Voir, entre autres : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 686, n° 1255 : « It is increasingly common for the arbitral tribunal to order the party which is defeated on the merits of a dispute to pay all or a substantial part of the costs of the arbitration. This is traditionally the practice in some civil law jurisdictions such as France or Switzerland. In reaching their decision on the allocation of costs between the parties, arbitrators may take into account the attitude of the parties during the arbitral proceedings ».

contraire, qu'elles l'ont été. La reconnaissance d'une telle exception au dessaisissement du juge revient donc à lui reconnaître le pouvoir de connaître et de trancher un aspect du fond différend[847] ce qui, pour les motifs exposés au paragraphe précédent, s'avère inacceptable. C'est aux arbitres, et non au juge, de trancher une contestation opposant les parties sur la question de savoir si les réclamations de la partie demanderesse ont été admises par la partie défenderesse.

Section II. L'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet positif : l'assistance visant à assurer la constitution du tribunal arbitral

334. – On a vu que, suivant la conception communément admise, l'effet positif de la convention d'arbitrage implique que les parties doivent soumettre à l'arbitrage les différends qui les opposent et qui tombent dans son champ d'application[848]. Cependant, cette affirmation n'est peut-être pas rigoureusement exacte au plan théorique, puisqu'un différend est rarement soumis à un tribunal – qu'il soit arbitral ou judiciaire – par *toutes* les personnes qui y sont parties; il ne l'est que par la partie ou les parties qui agissent en demande. À l'instar de la convention d'élection de for – qui n'oblige pas, à proprement parler, les parties à soumettre un différend au tribunal judiciaire désigné, mais qui ne fait qu'exprimer leur consentement à s'assujettir à la compétence de ce dernier[849] –, il est probablement plus juste d'affirmer que la convention d'arbitrage implique plutôt, dans son effet positif, *l'assujettissement des personnes y étant parties à la compétence exclusive d'un tribunal privé*. Quoi qu'il en soit, une chose est certaine : ce tribunal privé n'est jamais préconstitué ou préexistant, comme le sont les tribunaux judiciaires. Un tribunal arbitral en mesure de trancher un litige doit donc toujours être constitué afin que la convention d'arbitrage puisse produire tous ses effets.

335. – La réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage dépend donc toujours de la constitution du tribunal arbitral. Pour cette raison, on peut concevoir l'intervention judiciaire qui vise à assurer la constitution du tribunal arbitral – c'est-à-dire celle qui a pour

---

[847] Pour un exemple éloquent, voir la décision rendue par un tribunal de première instance de Hong Kong dans l'affaire *Getwick Engineers Ltd.* c. *Pilecon Engineering Ltd.*, 2002 H.C.K.U. LEXIS 1418 (H.C. H.K.).

[848] Voir *supra*, n° 265.

[849] Pour une étude comparative de la convention d'arbitrage et de la convention d'élection de for, voir : N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, pr. M. Fallon, av.-prop. P. Mayer, Paris, L.G.D.J., 1999.

objectif d'assurer que les parties ont effectivement accès à un tribunal arbitral en mesure de trancher le litige – comme ayant fondamentalement trait à la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage[850]. Deux cas d'intervention, dont les conditions d'ouverture doivent être étudiées, servent cette fin au Canada : l'un vise à assurer la nomination d'un arbitre (I), l'autre à révoquer la mission d'un arbitre (II).

§ I. L'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre

336. – Dans tous les systèmes juridiques qui accordent leur soutien à l'arbitrage commercial international, les modalités de constitution du tribunal arbitral reposent – conformément à la philosophie utilitariste sur laquelle est fondé tout le système – sur le principe général de l'autonomie de la volonté[851]. Celles-ci sont, à la base, toujours libres de convenir du nombre d'arbitres et de leur identité. Elles ont aussi le choix entre convenir directement de l'identité de l'arbitre ou des arbitres, ou plutôt d'une procédure de constitution du tribunal arbitral. Afin de faciliter la mise en place du tribunal arbitral, les droits internes prévoient très souvent des procédures de nomination applicables en l'absence d'entente des parties soit sur l'identité de l'arbitre ou des arbitres, soit sur une procédure de constitution du tribunal arbitral[852].

337. – Quelle que soit la manière dont les arbitres doivent être nommés – accord direct des parties, procédure convenue par les parties, procédure supplétive prévue dans la loi applicable –, la constitution du tribunal arbitral dépend toujours, d'abord et avant tout, de l'accomplissement d'un ou plusieurs actes par une ou plusieurs personnes : une partie nomme, les parties ou les arbitres qu'elles ont nommés consentent à nommer, un tiers désigné par les parties nomme. Or, il existe toujours un risque qu'un de ces actes ne soit pas accompli : la partie défenderesse peut refuser, à tort ou à raison, de nommer un arbitre; les parties ou les arbitres qu'elles ont nommés peuvent, même de bonne foi, être incapables de

---

[850] Voir notamment, dans cet esprit : Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 545-546, n° 691.

[851] Voir notamment, sur ce point : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 452 et suiv., n° 752 et suiv.

[852] Voir, par ex., l'art. 11(3) de la Loi type et les art. 16 et suiv. de la loi anglaise (*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23). Aucune procédure supplétive n'est cependant prévue en droit français de l'arbitrage commercial international : voir l'art. 1493 du N.C.P.C.; il revient donc aux parties, lorsqu'elles n'ont convenu d'aucune procédure de nomination, de s'entendre sur le nombre et l'identité des arbitres.

s'entendre sur l'identité d'un arbitre; le tiers désigné par les parties peut refuser le mandat que cherchent à lui confier les parties, être incapable de l'accepter, ou tout simplement négliger d'accomplir l'acte que les parties lui ont demandé d'accomplir. Autrement dit, il est toujours possible qu'un *blocage* survienne dans le processus de constitution du tribunal arbitral et empêche ainsi la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage. Dans ces cas, l'intervention du juge devient nécessaire et s'avère donc, au plan théorique, parfaitement justifiée[853].

338. – En étudiant les conditions de l'intervention du juge canadien visant à nommer un arbitre, il convient de distinguer celles ayant trait à sa compétence internationale (A) de celles qui sont de nature substantielle (B).

A) La compétence internationale du juge saisi d'une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre

339. – On consacrera quelques développements à la règle générale selon laquelle le juge ne peut intervenir que si la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu du siège de l'arbitrage sur le territoire du for (1), avant de préciser les conditions dans lesquelles le juge canadien devrait pouvoir, exceptionnellement, intervenir afin de nommer un arbitre lorsque le lieu du siège de l'arbitrage n'a pas été fixé dans la convention d'arbitrage invoquée (2).

1) La règle générale : le juge ne peut intervenir que si la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu du siège de l'arbitrage sur le territoire du for

340. – L'article 1(2) de la Loi type précise que les dispositions de l'art. 11, qui permettent l'assistance judiciaire visant à assurer la nomination d'un arbitre, sont applicables lorsque le lieu du siège est situé sur le territoire du for[854]. Cet article, qui est repris dans toutes les lois régissant l'arbitrage commercial international dans les juridictions canadiennes

---

[853] Il n'est donc aucunement surprenant de constater que « [l]e recours au juge d'appui pour aider à la constitution du tribunal arbitral est maintenant universellement admis » (Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 547, n° 694); voir aussi, sur ce point : J.C. Fernández Rozas, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 2001.290.9 à la p. 138, n° 79.

[854] Sur le domaine d'application dans l'espace de la Loi type et sur le fait que la CNUDCI ait considéré, puis écarté la possibilité de retenir comme critère pertinent celui de l'autonomie de la volonté, voir *supra*, n° 176 et suiv.

de common law, consacre une solution – aujourd'hui admise quasi universellement – qui est tout à fait satisfaisante, du moins lorsque le lieu du siège de l'arbitrage est effectivement fixé dans la convention d'arbitrage invoquée[855]. D'abord, la désignation du for comme lieu du siège crée un lien entre le litige et le for qui assure le respect des considérations d'ordre et d'équité qui sous-tendent l'ensemble des règles de droit international privé en vigueur au Canada[856], ainsi que le respect des exigences constitutionnelles relatives à l'existence d'un lien réel et substantiel entre le for et le litige[857]. Ensuite, lier la compétence internationale du juge saisi au lieu du siège de l'arbitrage est parfaitement logique d'un point de vue matériel, puisque son intervention s'intéresse davantage à l'instance arbitrale à proprement parler qu'au fond du litige, auquel cas il aurait été plus logique de lier sa compétence internationale à des éléments s'y rapportant ou encore à des facteurs propres aux parties elles-mêmes, comme le domicile de la partie défenderesse. Enfin, cette solution est sans doute celle qui est la plus efficace aux yeux des parties à une convention d'arbitrage se rapportant à un litige du commerce international, puisqu'elle correspondra la plupart du temps à leur attente légitime : en localisant le siège de l'arbitrage dans un ordre juridique donné, elles s'attendent en principe à pouvoir solliciter l'assistance du juge du for en cas de besoin.

341. – Ni la Loi type, ni les lois régissant l'arbitrage commercial international dans les juridictions canadiennes de common law ne permettent au juge d'intervenir afin d'assurer la nomination d'un arbitre lorsque la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu du siège de l'arbitrage ailleurs que sur le territoire du for. Puisqu'une telle possibilité est prévue dans les lois régissant l'arbitrage commercial international de plusieurs États, on peut se demander si les législatures canadiennes n'auraient pas dû étendre la compétence internationale du juge saisi d'une demande en ce sens. Concrètement, on le fait surtout afin de permettre au juge d'intervenir au soutien d'un tribunal arbitral siégeant à l'étranger lorsque les parties ont

---

[855] Voir, entre autres : Ph. Fouchard, « L'assistance du Président du Tribunal de Grande Instance à la constitution du tribunal arbitral en matière internationale », Rev. arb. 1988.699 aux pp. 708-709.

[856] Voir, sur ces considérations : *Spar Aerospace Ltée* c. *American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78 au n° 20 et suiv.

[857] Sur ces exigences, qui font l'objet d'une littérature de plus en plus importante, voir notamment : G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 43 et suiv., n° 21 et suiv.; G. Saumier, « The Recognition of Foreign Judgments in Quebec – The Mirror Crack'd », (2002) 81 R. du B. can. 677 à la p. 704 et suiv. L'arrêt qu'a rendu la Cour suprême dans l'affaire *Spar Aerospace Ltée* c. *American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78 soulève cependant des doutes au sujet de l'existence de telles limites s'agissant d'une affaire mettant en cause un différend réellement international et non simplement interprovincial.

convenu d'assujettir la procédure arbitrale à la loi du juge saisi[858]. On défend généralement cette solution en soulignant qu'elle est plus respectueuse de la volonté des parties : si elles ont exprimé le désir d'assujettir l'arbitrage à la loi d'un État, c'est sans doute parce qu'elles ont voulu que *toutes* les dispositions de nature procédurale de cet État soient applicables, y compris celles relatives à l'intervention judiciaire[859].

Mais est-ce vraiment le cas ? Veulent-elles alors vraiment que les dispositions de la loi désignée relatives à l'intervention judiciaire soient également applicables ? On peut en douter. En effet, cette solution présuppose que les parties ne voudraient alors qu'aucune conséquence juridique ne découle de la fixation du lieu du siège de l'arbitrage, ce qui ne semble pas réaliste étant donné qu'il est aujourd'hui acquis que le concept de siège de l'arbitrage exprime un rattachement juridique – qui, certes, s'est grandement atténué au cours des dernières décennies, mais qui n'a tout de même pas totalement disparu – de l'instance arbitrale à un ordre juridique interne[860]. Ainsi, le choix exprimé par les parties, dans une telle hypothèse, de voir l'arbitrage régi par une loi différente de celle du lieu du siège devrait plutôt être interprété comme ne visant que les règles applicables dans le cadre même de l'instance arbitrale, à l'exclusion des règles s'intéressant à l'intervention judiciaire. Cette solution semble d'autant plus satisfaisante que d'un point de vue pragmatique, il est douteux que les parties qui choisissent d'assujettir la procédure arbitrale à la loi d'un État autre que celui dans lequel se déroule l'arbitrage veuillent réellement rendre applicables les règles s'intéressant à l'intervention des tribunaux du premier État; on leur attribuerait alors l'intention de se doter d'une procédure potentiellement assez inefficace en raison des conflits de compétence et du *forum shopping* susceptibles de survenir entre les tribunaux de l'État dont la loi d'arbitrage fut choisie et ceux du lieu du siège de l'arbitrage[861]. À la réflexion, il

---

[858] Voir, par ex., l'art. 1493 du N.C.P.C. français. La loi égyptienne, qui est en grande partie inspirée de la Loi type, est au même effet; voir, à ce sujet : B. Fillion-Dufourleur et Ph. Leboulanger, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », Rev. arb. 1994.665 à la p. 674 et suiv.; A.H. El-Ahdab, « The New Egyptian Arbitration Act in Civil and Commercial Matters », (1995) 12(2) J. Int. Arb. 65.

[859] Voir, par ex. : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 489-490, n° 841.

[860] Voir, par ex. : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 674, n° 1239; G. Kaufmann-Kohler, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation – Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », Rev. arb. 1998.517.

[861] En effet, dans la grande majorité – voire la totalité – des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international, la désignation d'une loi d'arbitrage étrangère n'entraînera pas, en règle générale, l'incompétence – au plan international – des tribunaux judiciaires du for, quoiqu'elle pourrait possiblement être interprétée comme écartant conventionnellement les règles non impératives s'intéressant à l'intervention de ces

semble donc que la décision des législatures concernées de ne pas étendre la compétence internationale du juge lorsque le lieu du siège est fixé dans la convention d'arbitrage invoquée fut la bonne.

342. – La règle générale voulant que le juge ne puisse intervenir afin d'assurer la nomination d'un arbitre que si la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu du siège de l'arbitrage sur le territoire du for est-elle aussi applicable au Québec ? On sait que l'art. 1(2) de la Loi type n'a pas été repris par le Législateur québécois, ce qui soulève la question du domaine d'application dans l'espace des dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. qui permettent au juge d'intervenir à cette fin. On peut cependant y répondre en adoptant un raisonnement analogue à celui adopté lors de l'analyse du domaine d'application dans l'espace de l'art. 940.3 du C.p.c., qui reprend l'art. 5 de la Loi type[862] : en l'absence d'éléments pouvant donner à penser que le Législateur ait réellement voulu s'écarter de la Loi type – l'art. 3133 du Code civil, on l'a vu, ne saurait avoir d'incidence sur le domaine d'application dans l'espace des dispositions du C.p.c. s'intéressant à l'intervention judiciaire en matière d'arbitrage[863] –, il n'existe aucune raison de ne pas donner préséance à l'intention qu'a exprimée l'Assemblée nationale d'assurer que la loi québécoise constitue le « reflet fidèle » de la Loi type, de sorte qu'il convient de conclure que la compétence internationale du juge québécois saisi d'une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre ne sera en principe établie que lorsque la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu du siège de l'arbitrage au Québec.

2) L'exception : le juge doit pouvoir intervenir même si le lieu du siège de l'arbitrage n'est pas fixé dans la convention d'arbitrage invoquée afin de prévenir un déni de justice

343. – On a vu que l'art. 1(2) de la Loi type ne régit pas de manière exhaustive la compétence internationale du juge saisi d'une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre; il faut reconnaître l'applicabilité de règles internes de compétence internationale afin de lui permettre d'intervenir même lorsque le lieu du siège de l'arbitrage n'est pas fixé dans la convention d'arbitrage invoquée, si son intervention s'avère nécessaire

tribunaux.

[862] Voir *supra*, n° 178 et suiv.

[863] Voir *supra*, n^os^ 178-179.

à la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage et à la prévention d'un déni de justice[864]. Il convient maintenant d'analyser les règles sur lesquelles une telle intervention peut s'appuyer et de préciser les circonstances dans lesquelles elle pourrait survenir.

344. – Si l'on examine d'abord la question du point de vue du juge québécois, on constate que l'application de la règle générale s'intéressant aux actions personnelles à caractère patrimonial – qui découle de l'art. 3148 du C.c.Q.[865] et qui est *a priori* pertinente puisque l'intervention du juge vise à assurer l'exécution d'un droit personnel de source contractuelle – ne serait pas pleinement satisfaisante. Sa compétence internationale serait d'une part trop étendue, car il pourrait intervenir même lorsque les tribunaux d'un autre État sont en mesure d'assurer la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé; ce ne serait pas acceptable puisque le principe général de l'autonomie de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage ne peut justifier une exception au critère territorial énoncé à l'art. 1(2) de la Loi type que lorsque l'intervention du juge québécois s'avère nécessaire à la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage, ce qui ne serait pas le cas dans une telle hypothèse.

D'autre part, l'application de l'art. 3148 du C.c.Q. serait inopportune, car elle introduirait des limites non souhaitables à la compétence du juge québécois. Celui-ci ne pourrait intervenir que si la partie défenderesse à la demande d'assistance judiciaire est domiciliée au Québec ou y a sa résidence (art. 3148, al. 1° du C.c.Q.) ou encore s'il était démontré qu'une faute fut commise au Québec, un préjudice y fut subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant de la convention d'arbitrage devait y être exécutée (art. 3148, al. 3° du C.c.Q.). Or, les critères du domicile et de la résidence de la partie défenderesse énoncés à l'al. 1° ne sont pas satisfaisants, puisque lorsqu'un blocage survient indépendamment de toute faute ou négligence de la part d'une des parties – ce qui survient

---

[864] Voir *supra*, n° 246 et suiv.

[865] Cette disposition se lit comme suit : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants: 1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec; 2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec; 3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée; 4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; 5° Le défendeur a reconnu leur compétence. Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises ».

assez fréquemment en pratique[866] –, l'une ou l'autre d'elles peut légitimement vouloir requérir l'assistance du juge, de sorte que faire reposer la compétence internationale du juge sur le domicile ou la résidence *de seulement l'une d'entre elles* s'avèrerait, dans ces cas, assez arbitraire[867]. Par ailleurs, l'application des critères énoncés à l'al. 3° limiterait aussi les pouvoirs du juge québécois de manière assez arbitraire en ne lui permettant d'intervenir que si le blocage de la procédure de constitution du tribunal arbitral est effectivement dû à une faute ou un fait dommageable de l'une des parties.

Voilà pourquoi la règle de compétence internationale découlant de l'art. 3136 du C.c.Q., qui permet au juge québécois, « si une action à l'étranger s'avère impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, [d']entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec », s'avère presque parfaitement adaptée au présent problème, de sorte qu'il y a lieu d'en recommander l'application sans réserve : l'intervention du juge serait alors strictement limitée aux cas où un déni de justice serait autrement susceptible de survenir – donc lorsque les tribunaux d'aucun autre État intéressé par le litige ne sont en mesure d'intervenir efficacement[868] – et les critères de rattachement que prévoient la règle sont extrêmement larges et rejoignent, en fin de compte, l'exigence constitutionnelle d'un lien réel et substantiel entre le for et le litige. L'opportunité d'appliquer cette règle à l'intervention du juge visant la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé a

---

[866] Comme par ex. lorsque les parties sont incapables de s'entendre sur l'identité de l'arbitre unique, lorsqu'une autorité de nomination fait défaut de s'exécuter ou lorsque les arbitres nommés par les parties sont incapables de s'entendre sur l'identité du troisième arbitre.

[867] Il est intéressant de noter que les lois allemande et néerlandaise (*supra*, note 648) permettent au juge de nommer un arbitre même lorsque le lieu du siège de l'arbitrage n'a pas été fixé dans la convention d'arbitrage invoquée si la partie demanderesse ou la partie défenderesse a sa résidence ou son domicile sur le territoire du for. On a donc évité de limiter arbitrairement la compétence internationale du juge saisi en s'écartant de l'approche commune – adoptée à l'art. 3148, al. 1° du C.c.Q. – mettant l'accent sur le domicile ou la résidence de la partie défenderesse. Mais le fait que la partie demanderesse ait sa résidence ou son domicile sur le territoire du for suffit-il à lui seul pour légitimer, sur le plan théorique, l'intervention du juge ?

[868] Sur le fait que l'art. 3136 C.c.Q. n'est applicable que lorsqu'un déni de justice est susceptible de survenir, voir : H.P. Glenn, « Droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires »), Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 671 à la p. 745, n° 74; J.A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires »), Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801 aux pp. 902-903, n^{os} 422-424; *Lamborghini (Canada) Inc.* c. *Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58 (C.A. Qué.); G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 aux pp. 319-321, n° 135; *Dobexco Foods International Inc.* c. *Van Barneveld Gouda BV*, REJB 1997-00521 (C.S. Qué.); *2726349 Canada Inc.* c. *Rogers Cantel Inc.*, REJB 1998-06854 (C.S. Qué.); *JS Finance Canada Inc.* c. *JS Holding SA*, REJB 1999-12408 (C.A. Qué.).

d'ailleurs d'être confirmée par la Cour d'appel de Paris dans une affaire, dont on a déjà discuté, mettant aux prises l'État d'Israël et une société publique iranienne[869]. La Cour affirma l'existence d'une exception à l'art. 1493, al. 2 du N.C.P.C. – qu'elle justifia par l'importance d'assurer le respect de la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage – permettant au juge français de prêter assistance à la constitution du tribunal arbitral avant que le lieu du siège n'ait été déterminé et décida que l'exercice de ce pouvoir exceptionnel était assujetti à une règle générale de compétence internationale, quasi identique à celle découlant de l'art. 3136 du C.c.Q., dont la jurisprudence française a reconnu l'existence il y a déjà plusieurs décennies[870]. Certains ont contesté le recours à cette règle au motif que si la convention d'arbitrage s'avère impossible à mettre en œuvre, « il restera à l'évidence toujours la possibilité d'obtenir une décision étatique »[871]; le déni de justice ne se matérialiserait donc jamais. En réalité, l'argument ne convainc pas, puisque la difficulté rencontrée n'affecte aucunement, comme c'est par exemple le cas en présence d'une clause compromissoire pathologique, la réalité et l'efficacité de l'accord des parties de soustraire le litige de la compétence des tribunaux judiciaires en recourant à l'arbitrage; un jugement ne pourrait donc pas être validement rendu, du moins pas par un tribunal d'un État partie à la Convention de New York. C'est donc à très juste titre que Ph. FOUCHARD a approuvé l'utilisation par la cour parisienne de cette règle de compétence internationale[872].

345. – L'analyse n'est pas la même si c'est l'assistance des tribunaux des juridictions

---

[869] Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 (note Ph. Fouchard); J.D.I. 2002.498 (note D. Cohen); R.T.D. com. 2001.651 (note E. Loquin); (2002) 17(6) Mealey's Int. Arb. Rep. 2002 35 (note Ph. Pinsolle).

[870] Sur cette règle, voir notamment : B. Audit, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Economica, 2000 aux pp. 314-315, n° 348 et la jurisprudence y étant citée.

[871] D. Cohen, note sous Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, J.D.I. 2002.498 aux pp. 507-508.

[872] Ph. Fouchard, note sous Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427 aux pp. 449-451, nos 18-23. Cette affaire est également intéressante en ce qu'elle illustre bien le type de difficultés susceptibles de survenir lorsque doit être vérifiée la suffisance du lien entre le litige et le for. Le seul lien qui existait entre la France et le litige relatif à la constitution du tribunal arbitral était assez mince : les parties – l'une iranienne, l'autre israélienne – avaient convenu qu'en cas de difficulté quant à la nomination du troisième arbitre, le « Président de la Chambre de commerce internationale de Paris » interviendrait. La Cour d'appel de Paris a jugé ce lien suffisant et sa décision doit être approuvée. En effet, cette mention créait un lien réel entre le contrat au cœur du litige dont étaient saisis les juges français – la convention d'arbitrage, dont on cherchait à assurer la pleine exécution dans son effet positif – et le for. Les parties avaient elles-mêmes envisagé la possibilité qu'une personne domiciliée en France intervienne afin d'assurer la mise en œuvre de leur convention d'arbitrage, de sorte que l'on ne saurait reprocher à la Cour parisienne d'être intervenue de manière illégitime. Voir cependant, exprimant un avis contraire : D. Cohen, note sous Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, J.D.I. 2002.498 à la p. 509.

canadiennes de common law qui est sollicitée, puisque les règles internes s'intéressant, de manière générale, à leur compétence internationale diffèrent sensiblement, tant par leur nature que par leur contenu, de celles en vigueur au Québec. Dans les provinces de common law et les territoires fédéraux, la compétence internationale des tribunaux judiciaires dépend de règles législatives qui, dans l'esprit de la tradition anglo-saxonne, visent d'abord et avant tout à préciser les circonstances dans lesquelles un acte introductif d'instance peut être signifié à la partie défenderesse dans un litige présentant des éléments d'extranéité[873]. La compétence internationale de la Cour fédérale, quant à elle, ne tient pas à des règles s'intéressant à la signification des procédures introductives d'instance; lorsque son intervention est sollicitée afin d'assurer la nomination d'un arbitre – soit parce que le litige survient en matière maritime, soit parce qu'il implique la Couronne fédérale[874] –, les règles en vertu desquelles sa compétence internationale peut être étendue sont celles qui s'intéressent spécialement à de tels litiges[875].

L'analyse des règles internes de compétence internationale en vigueur dans les juridictions canadiennes de common law révèle que le déni de justice ne peut jamais, à lui seul, déclencher la compétence internationale des tribunaux des provinces de common law, des territoires fédéraux ou de la Cour fédérale à l'égard de litiges présentant par ailleurs un lien suffisant avec le for. Ce qui est malheureux, puisqu'en raison des critères de rattachement visés par les règles générales de compétence internationale qui y sont en vigueur – comme la présence, le domicile ou la résidence de la partie défenderesse, ou bien le lieu de conclusion du contrat en litige, le droit le régissant ou le lieu de la commission d'une faute s'y rapportant –, elles s'avèrent assez mal adaptées au problème sous étude. En effet, reconnaître leur pleine applicabilité à l'assistance judiciaire visant à assurer la nomination d'un arbitre permettrait au juge d'intervenir même lorsque ce n'est pas nécessaire pour prévenir un déni de justice, puisque sa compétence internationale ne s'éteindrait pas même s'il était établi que les tribunaux d'un autre État intéressé par le litige sont en mesure de

---

[873] Pour une présentation et une analyse des principales règles de compétence internationale en vigueur dans les provinces canadiennes de common law et dans les territoires fédéraux, voir : J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997 à la p. 199 et suiv.

[874] Voir les art. 5(2) et 6 de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2e supp.).

[875] Voir, par ex., s'agissant de l'étendue de la compétence internationale de la Cour fédérale en matière maritime : J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997 à la p. 229 et suiv. Voir aussi, de manière générale : D. Sagyias, M. Kinnear, D.J. Rennie et B.J. Saunders, *Federal Court Practice – 2003*, Toronto, Carswell, 2002 à la p. 180, à la p. 239 et suiv. et à la p. 245 et suiv.

débloquer la procédure de nomination; d'autre part, ces règles limiteraient trop sa compétence lorsqu'un risque de déni de justice s'est réellement matérialisé, puisque l'on voit mal pourquoi sa compétence internationale devrait alors dépendre d'autre chose qu'un lien suffisant avec le for.

Pour pallier ce problème, on pourrait penser qu'il suffit d'inciter les juges des juridictions canadiennes de common law à ne pas appliquer ces règles et à reconnaître plutôt l'existence d'une règle – qui serait donc de source prétorienne – analogue à celle découlant de l'art. 3136 du C.c.Q. Ce serait, certes, la solution la plus satisfaisante, mais encore faudrait-il que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'ils acceptent de reconnaître l'existence d'autres règles de compétence internationale que celles expressément prévues dans la Loi. Or, il ne semble pas que ce soit possible, puisque l'on refuse généralement, dans la tradition anglo-saxonne, de reconnaître aux juges toute initiative s'agissant de la création de règles de compétence internationale. L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *The Siskina*[876] en témoigne de manière particulièrement éloquente. La Cour d'appel avait reconnu que les tribunaux anglais étaient compétents – au plan international – à l'égard d'un litige dès lors qu'il est établi que la partie défenderesse possède en Angleterre des biens pouvant, eu égard aux circonstances de l'espèce, faire l'objet d'une injonction provisoire de type *Mareva*[877]. Mais la Chambre des Lords, jugeant qu'un tel cas n'était pas prévu dans les dispositions législatives précisant la compétence internationale des tribunaux anglais, infirma cet arrêt en insistant sur le fait qu'il ne revenait pas aux juges, mais bien seulement au Législateur, de déterminer l'étendue de la compétence internationale des tribunaux anglais[878]. Puisque les juges des juridictions canadiennes de common law n'accepteraient donc probablement pas de reconnaître eux-mêmes l'existence d'une règle de compétence internationale fondée sur la doctrine du for de nécessité, on doit se résigner à les inciter à ne s'autoriser à intervenir afin d'assurer la nomination d'un arbitre sur le fondement de règles générales de compétence

---

[876] *Siskina (Owners of a cargo lately laden on board)* c. *Distos Cia Naviera S.A., The Siskina*, [1979] A.C. 210.

[877] Sur ce type d'injonction, voir : M.S. Hoyle, *The Mareva Injunction and Related Orders*, 3e éd., London, LLP, 1997; C. Kessedjian, « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et comparé », Conférence de La Haye de droit international privé, Exécution des jugements, Doc. prél. No. 10, 1998 à la p. 5 et suiv., n° 9 et suiv.; G. Steven, *Mareva Inunctions and Anton Piller Relief*, 4e éd., London, Sweet & Maxwell, 1998.

[878] *Siskina (Owners of a cargo lately laden on board)* c. *Distos Cia Naviera S.A., The Siskina*, [1979] A.C. 210 à la p. 260 et aux pp. 262-263.

internationale proprement internes que lorsque cela s'avère nécessaire afin d'éviter un déni de justice.

B) Les conditions substantielles de l'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre

346. – Il convient maintenant d'étudier les conditions substantielles de l'intervention du juge canadien visant à assurer la nomination d'un arbitre. Des diverses dispositions législatives en vigueur, on peut en dégager une première, qui reflète bien les fondements théoriques de ce type d'intervention judiciaire et le fait que le juge appelé à intervenir à cette fin exerce d'abord et avant tout des fonctions d'assistance visant à assurer la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage : le juge canadien ne peut intervenir qu'en présence d'un blocage[879] de la procédure de constitution du tribunal arbitral applicable (1). La Loi ne fait aucunement état de la seconde – et seule autre – condition, qui fait actuellement l'objet d'une jurisprudence contradictoire au Canada et dont l'existence – qu'il convient de reconnaître – témoigne du fait que le juge saisi d'une telle demande d'assistance peut aussi être appelé à exercer indirectement un certain contrôle de la compétence arbitrale : son intervention n'est justifiée que si l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante a été démontrée (2).

1) L'existence d'un blocage de la procédure de nomination applicable[880]

347. – Lorsque la convention d'arbitrage invoquée par la partie sollicitant l'intervention du juge ne prévoit l'application d'aucune procédure de nomination – ou lorsque la procédure

---

[879] Sur cette notion de blocage de la procédure de nomination d'un arbitre, voir *supra*, n° 337.

[880] Les parties conviennent parfois d'une procédure de nomination qui prévoit expressément l'intervention d'un juge, comme par ex. lorsque la clause compromissoire prévoit que tout litige sera tranché par un arbitre à être désigné, à défaut d'accord des parties, par le juge en chef de la Cour supérieure du Québec. Cette hypothèse d'assistance du juge n'est envisagée ni par la Loi type, ni par le C.p.c. québécois, mais il ne s'ensuit cependant pas qu'un juge canadien ne peut intervenir dans le processus de nomination d'un arbitre sur le seul fondement d'une telle convention. Le silence de la Loi s'explique plutôt par le fait que le juge sollicité dans une telle hypothèse l'est non pas en qualité de juge, mais plutôt en qualité d'autorité de nomination. Son rôle doit alors être assimilé à celui joué par tout autre acteur non judiciaire – comme par ex. une institution d'arbitrage, le président d'une chambre de commerce donnée ou un bâtonnier – auquel les parties pourront avoir cherché à confier des fonctions d'assistance à la constitution du tribunal arbitral (voir, en ce sens : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 228 et suiv; Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 542, n° 688, note 9).

convenue par les parties est nulle car contraire à une règle d'ordre public du for[881] –, les dispositions pertinentes de la Loi type ne souffrent aucune ambiguïté[882]. Si le tribunal doit n'être composé que d'un seul arbitre, l'art. 11(3)*b*) de la Loi type donne au juge le pouvoir de *nommer*[883] l'arbitre – il n'est expressément autorisé à effectuer aucun autre acte – si, et seulement si, les parties sont incapables de s'entendre sur l'identité de celui-ci[884]. Le fait que les parties n'aient pu s'entendre sur l'identité de l'arbitre unique entraîne un blocage de la procédure de nomination supplétive prévue à l'art. 11(3)*b*) de la Loi type, blocage qui donne alors ouverture à la nomination de l'arbitre par le juge, en lieu et place des parties. Lorsque les parties n'ont convenu d'aucune procédure de nomination, mais que le tribunal doit être composé de trois arbitres, l'art. 11(3)*a*) prévoit une procédure de nomination assez classique, en vertu de laquelle un blocage peut survenir dans l'une des deux hypothèses suivantes : soit lorsque la partie défenderesse ne nomme pas son arbitre dans un délai de trente jours de la réception d'une demande en ce sens, soit lorsque les deux premiers arbitres ne s'entendent pas sur l'identité du troisième dans un délai de trente jours suivant leur désignation; ce n'est qu'en présence d'un tel blocage que le juge est autorisé à *effectuer la nomination* soit d'un

---

[881] Comme par ex. dans l'hypothèse où la procédure de nomination prévue dans la convention d'arbitrage invoquée devant un juge québécois contrevient à l'art. 2641 du C.c.Q., qui interdit toute « stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres ». La procédure supplétive prévue à l'art. 941.1 du C.p.c. québécois trouverait alors application (voir, par analogie : *Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée* c. *Animation Produlik Inc.*, REJB 1997-00588 (C.Q.)).

[882] Les travaux préparatoires sont eux aussi très clairs quant aux fins servies par l'intervention judiciaire dans une telle hypothèse : « [d]ans les deux cas [visés au par. 11(3) de la Loi type], un dernier recours au Tribunal visé à l'art. 6 est envisagé afin d'éviter tout blocage de la procédure de nomination » (*Commentaire analytique d'un projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 11, n° 6).

[883] En pratique, le juge aura plus souvent qu'autrement reçu d'une ou des parties des noms de candidats ayant manifesté leur intérêt et leur disponibilité à agir à titre d'arbitre. Voir, par ex. : *Lavergne* c. *Pure Tech International Inc.*, [1998] J.Q. (Quicklaw) No. 2308 (C.S. Qué.); *Robitaille* c. *Centre Rail-Control Inc.*, [2001] J.Q. (Quicklaw) No. 2507 (C.S. Qué.). Dans l'affaire *Tanguay* c. *Assurances générales des Caisses Desjardins*, [2000] J.Q. (Quicklaw) No. 5172 (C.S. Qué.), un juge québécois a rejeté une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre au motif que la partie requérante n'avait pas établi que les candidats qu'elle proposait avaient manifesté leur accord pour agir à titre d'arbitre et aussi au motif qu'aucune convention quant à leur rémunération n'était intervenue. On voit mal en quoi cette seconde considération pouvait être d'une quelconque pertinence, puisque ce n'est qu'après la nomination de l'arbitre qu'une telle convention peut être conclue. Au lieu de rejeter la demande d'assistance dont elle était saisie, la Cour aurait plutôt dû suspendre l'instance et inviter la partie requérante à lui fournir la preuve de l'accord des candidats proposés pour agir à titre d'arbitres.

[884] Cette disposition se lit comme suit : « [e]n cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 ». Comme on l'a vu précédemment, en analysant l'importance devant être accordée aux dispositions du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. dans l'interprétation des règles de l'arbitrage commercial international en vigueur au Québec, le fait que l'art. 11(3)*b*) de la Loi type n'ait pas été expressément repris par le Législateur québécois ne saurait conduire l'interprète à conclure que le juge québécois ne peut intervenir dans les circonstances envisagées à cette disposition : *supra*, n° 242.

arbitre en lieu et place de la partie défenderesse, soit du troisième arbitre.

Ni la Loi type, ni le C.p.c. québécois n'envisagent expressément l'intervention du juge lorsque la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante ne prévoit aucune procédure de nomination, mais prévoit – ce qui serait tout à fait possible[885] – que le tribunal sera composé de deux ou de plus de trois arbitres. Est-ce à dire que, dans une telle hypothèse, un juge ne pourrait intervenir en l'absence d'accord des parties sur le choix des arbitres ? Une telle conclusion serait des plus malheureuses, compte tenu de l'importance que l'on accorde aujourd'hui au principe général favorisant le respect de la volonté des parties à un litige du commerce international de recourir à l'arbitrage[886]. Certains auteurs ont proposé de considérer que l'intervention du juge dans de telles circonstances ne fait pas partie des « questions régies par la Loi type » au sens de l'art. 5, de sorte que le juge pourrait intervenir sur le fondement de règles proprement internes lui permettant de le faire[887]. L'argument ne convainc cependant pas, étant donné que, comme on l'a vu précédemment, il convient plutôt de donner à cette notion de « questions régies par la loi type » une interprétation large, englobant tous les cas d'assistance judiciaire à l'instance arbitrale et de contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage[888]. De plus, la solution proposée n'est pas idéale, puisqu'il est tout à fait possible qu'aucune règle interne ne permette au juge d'intervenir, ou d'intervenir efficacement, dans de telles circonstances afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral. Une autre solution, à la fois plus simple et plus efficace, est envisageable : il s'agit d'invoquer le principe général favorisant le respect de la volonté des parties à un litige du commerce international de recourir à l'arbitrage – qui ne saurait tolérer l'absence de mécanismes visant à assurer la réalisation efficace de l'effet positif d'une convention d'arbitrage – au soutien d'une interprétation généreuse et dynamique de l'art. 11(4) de la Loi type et de l'art. 941.2 du C.p.c. québécois, de manière à voir dans ces dispositions une justification suffisante à l'intervention du juge, et ce, même si elles ne visent

---

[885] Voir l'art. 10(1) de la Loi type et les observations de H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 348-349; voir aussi : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 459-460, n° 770. Au Québec, c'est l'effet combiné des art. 940 et 941 du C.p.c. qui consacre la liberté des parties de convenir du nombre d'arbitres.

[886] Voir notamment *supra*, n° 69 et suiv.

[887] Voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 348-349.

[888] Voir *supra*, n° 168 et suiv.

expressément que les cas où la convention d'arbitrage invoquée par la partie sollicitant l'intervention du juge prévoit une procédure de nomination.

348. – Par ailleurs, en vertu de ces art. 11(4) de la Loi type et 941.2 du C.p.c., il est clair que lorsque la convention d'arbitrage prévoit effectivement une telle procédure, le juge peut intervenir lorsque survient un véritable blocage qui en empêche la réalisation. Un tel blocage peut même survenir, comme la CNUDCI l'a très justement précisé à l'art. 11(4)*c*) de la Loi type, lorsque les parties ont délégué à un tiers – comme une institution d'arbitrage – la mission d'accomplir certains actes afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral en cas de refus d'une partie de nommer un arbitre ou encore en cas d'incapacité des parties, ou des arbitres qu'elles ont nommés, de s'entendre sur l'identité d'un ou plusieurs arbitres. Il est en effet possible que le tiers désigné par les parties refuse le mandat qu'ont voulu lui confier les parties, qu'il soit incapable de l'accepter, ou qu'il néglige tout simplement d'accomplir un ou plusieurs actes envisagés dans la procédure de nomination convenue par les parties, rendant ainsi non seulement justifiée, mais nécessaire, l'intervention du juge[889].

À la lecture de l'art. 11(4) de la Loi type et des travaux préparatoires[890] s'y rapportant, il est clair que *seul* un blocage de la procédure de nomination prévue dans la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante peut donner ouverture à l'intervention judiciaire : en lui permettant de « prendre la mesure voulue », on n'a envisagé que l'hypothèse de l'accomplissement par le juge d'un acte – soit la nomination d'un arbitre, soit

---

[889] La Cour supérieure du Québec – dans un jugement qu'a confirmé en *obiter dictum* la Cour d'appel – a donc possiblement eu tort de conclure qu'en s'assujettissant à un règlement d'arbitrage ayant vocation à régir l'ensemble de l'instance arbitrale et ne prévoyant pas expressément une telle forme d'intervention judiciaire – il s'agissait dans cette affaire du Règlement général d'arbitrage commercial du CACNIQ (devenu depuis le CCAC) –, les parties expriment nécessairement l'intention d'écarter l'intervention judiciaire envisagée aux art. 11(4) de la Loi type et 941.2 du C.p.c. (*Microtec Sécuri-T Inc.* c. *Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec*, REJB 2003-39494; [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2918 (C.S. Qué.); REJB 2003-43412 (C.A. Qué.)). La même critique peut être formulée à l'endroit de l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Air France* (*Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); [2000] J.Q. (Quicklaw) No. 410; CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2900; [2003] R.J.Q. 1040; [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.)). Elle y a conclu qu'en s'assujettissant au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les parties à un litige du commerce international expriment l'intention d'écarter toute forme d'intervention judiciaire non impérative et qui n'est pas prévue dans ce règlement; cette affirmation doit donc être nuancée, puisque l'on voit mal pourquoi les parties voudraient exclure la possibilité de recourir aux tribunaux judiciaires dans l'éventualité où survenait un blocage de la procédure de nomination dont elles ont convenu.

[890] « L'intervention fournie par le Tribunal [en vertu de l'art. 11(4) de la Loi type] vise à éviter tout blocage ou tout retard indu dans la procédure de nomination » (*Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 11, n° 4.

un acte tendant vers la nomination d'un arbitre – qui devait être accompli dans l'un des trois cas de blocage envisagés aux al. *a*), *b*) et *c*), mais qui, dans les faits, ne l'a jamais été[891]. Cette disposition ne saurait donc être interprétée de manière à permettre au juge de vérifier la conformité d'une nomination déjà effectuée à la procédure convenue par les parties.

En lisant l'art. 941.2 du C.p.c., qui ne reprend pas fidèlement l'art. 11(4) de la Loi type, on réalise cependant qu'il n'est pas évident que ce soit également le cas au Québec. Cette disposition permet au juge, en cas de *difficulté* dans la *mise en œuvre* de la procédure de nomination prévue dans la convention d'arbitrage, de *prendre toute mesure nécessaire pour assurer cette nomination*. Ne pourrait-on pas soutenir, d'une part, que la notion de *difficulté* vise non seulement un blocage dans la procédure de nomination convenue par les parties, mais aussi toute incertitude quant à la régularité d'une nomination déjà effectuée et, d'autre part, que le concept de *mesure nécessaire pour assurer la nomination d'un arbitre* est assez large pour permettre au juge de prendre non seulement une mesure visant à débloquer la procédure de nomination, mais aussi toute mesure visant à assurer la nomination *régulière* d'un arbitre ? La Cour supérieure du Québec, dans une décision qu'a confirmée en *obiter dictum* la Cour d'appel, a rejeté l'argument dans une affaire où était attaquée, en cours d'instance arbitrale, la légalité d'une décision d'une institution d'arbitrage nommant, en lieu et place des parties, tous les membres d'un tribunal arbitral. Selon la partie requérante, la procédure de nomination convenue par les parties n'avait pas été respectée par l'institution; elle demandait donc l'annulation de la décision et l'octroi de mesures destinées à assurer qu'un tribunal arbitral soit constitué conformément à la procédure de nomination

---

[891] L'extrait suivant des travaux préparatoires de la Loi type est pertinent à cet égard, puisqu'il révèle que la CNUDCI n'entrevoyait pas que l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 11(4) puisse servir d'autres fins : « [e]n ce qui concerne la fonction confiée au Tribunal par le paragraphe de l'article [11], le Groupe de travail a estimé d'un commun accord que les mots 'prendre la mesure voulue' signifiaient que le Tribunal devait prendre lui-même la mesure voulue (c'est-à-dire procéder à la nomination) et non, par exemple, ordonner à une autorité de nomination qui ne l'avait pas fait de s'acquitter de la fonction que lui avaient conféré les parties » (*Rapport du groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa septième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 186 à la p. 190, n° 32; H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 362). Il est possible que l'acte qui devait être accompli – et qui, dans les faits, ne l'a pas été – ne consistait pas en la nomination d'un arbitre à proprement parler. On peut penser par ex. à ces procédures de nomination qui prévoient qu'en l'absence d'accord des parties sur le choix d'un ou plusieurs arbitres, un tiers pourra intervenir non pas afin de le ou les nommer en lieu et place des parties, mais seulement afin de désigner une autorité de nomination, laquelle aura alors la tâche de nommer l'arbitre ou les arbitres. Dans l'hypothèse où ce tiers n'agissait pas comme les parties l'ont entendu, la « mesure » que devrait prendre le juge appelé à intervenir en vertu de l'art. 11(4) devrait, logiquement, consister en la désignation d'une autorité de nomination et non en la nomination de l'arbitre.

convenue[892]. À la réflexion, l'argument n'emporte cependant pas la conviction – c'est donc à juste titre que la Cour l'a rejeté –, pour deux raisons. Premièrement, on ne trouve dans les travaux préparatoires du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. rien qui puisse révéler une quelconque intention de la part du Législateur québécois de s'écarter, d'un point de vue substantiel, de l'art. 11(4) de la Loi type. Le ministre chargé de la réforme du droit québécois de l'arbitrage s'est contenté d'affirmer, lors de l'étude de l'art. 941.2 du C.p.c. en commission parlementaire, que cette disposition vise à éviter les blocages de la procédure de nomination convenue par les parties, sans jamais évoquer la possibilité qu'il puisse aussi donner lieu à un contrôle judiciaire direct de la régularité d'une nomination déjà effectuée[893]. L'importance d'interpréter les règles québécoises s'intéressant à l'arbitrage commercial international conformément à la Loi type devrait donc conduire l'interprète à refuser de donner un sens aussi large à l'art. 941.2 du C.p.c.[894]. L'autre raison pour laquelle l'argument ne s'avère pas convaincant en est une de principe. Comme on l'a vu, un principe général de l'arbitrage commercial international tend à reporter *a posteriori* le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage afin d'éviter que l'intervention du juge soit sollicitée de manière abusive et dilatoire avant le prononcé de la sentence[895]; les art. 946.4, al. 5° et 947.2 du C.p.c., tout comme les 34(2)*a*)*iv*) et 36(1)*a*)*iv*) de la Loi type, prévoient d'ailleurs expressément que le juge appelé à examiner la régularité de la sentence peut vérifier si la procédure de nomination convenue par les parties fut respectée. L'interprétation stricte, niant toute possibilité que l'art. 941.2 du C.p.c. puisse donner ouverture à un contrôle judiciaire direct de la régularité de la nomination d'un arbitre, est donc nettement préférable. Ainsi, les seules *difficultés* qui y sont envisagées sont des situations de réel blocage de la procédure de nomination analogues à celles dont fait état l'art. 11(4) de la Loi type et les seules *mesures* qu'est autorisé à prendre le juge sont – à l'instar de celles envisagées à l'art. 11(4) de la Loi type – celles qui devaient être prises par une partie, les parties ou les arbitres qu'elles ont nommés

---

[892] *Microtec Sécuri-T Inc.* c. *Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec*, REJB 2003-39494; [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2918 (C.S. Qué.); REJB 2003-43412 (C.A. Qué.).

[893] Québec, *Journal des débats – Commission permanente des institutions* (16 septembre 1986) à la p. 560 (propos du ministre H. MARX); voir aussi, en ce sens, R. Tremblay, « Commentaire des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394 à la p. 413.

[894] Sur ce point, voir *supra*, n° 238 et suiv.

[895] Voir *supra*, n° 223 et suiv.

ou encore un tiers, mais qui n'ont pas, dans les faits, été prises[896].

349. – L'existence d'un blocage de la procédure de nomination applicable est donc la seule condition de nature substantielle de l'assistance du juge canadien visant à assurer la nomination d'un arbitre qui est expressément envisagée par la Loi. Il est remarquable – et tout à fait justifié au plan théorique – que le mécanisme d'assistance judiciaire prévu dans la Loi type ne confère au juge sollicité aucun pouvoir discrétionnaire en vertu duquel l'opportunité du recours à l'arbitrage constituerait une condition additionnelle de son intervention, comme il semble que ce soit encore le cas en droit anglais[897]. On a déjà pu constater que reconnaître au juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage un pouvoir discrétionnaire de refuser de permettre la réalisation de l'effet *négatif* de la convention d'arbitrage heurte de plein fouet, et sans justification valable, le principe général consacrant la liberté des parties à un litige du commerce international de recourir à l'arbitrage[898]; il serait tout aussi inacceptable que l'intervention du juge visant à assurer la réalisation de l'effet *positif* de la convention d'arbitrage puisse dépendre du caractère approprié du recours à l'arbitrage.

350. – Est-ce à dire que l'existence d'un blocage de la procédure de nomination applicable constitue la seule condition substantielle de l'assistance du juge canadien visant à assurer la nomination d'un arbitre ? À bien y penser, il semble qu'il faille répondre à cette question par la négative et reconnaître l'existence d'une seconde condition, non expressément envisagée par la loi : l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage.

---

[896] C'est donc à tort que les juges québécois omettent parfois, en présence d'un blocage dans la procédure de nomination convenue par les parties, de limiter leur intervention à la prise de la mesure qui devait être prise mais qui, dans les faits, ne l'a pas été. Par ex., dans l'affaire *Lamothe* c. *Lamothe*, [2001] J.Q. (Quicklaw) No. 1530 (C.S. Qué.), les parties avaient convenu d'une procédure de nomination similaire à celle établie à l'art. 11(3)*a*) de la Loi type. Devant le refus de la partie défenderesse de nommer son arbitre, la partie demanderesse sollicita l'intervention du juge en invoquant l'art. 941.2 du C.p.c. Cependant, au lieu de nommer directement un arbitre, la Cour accorda à la partie défenderesse un délai additionnel de 30 jours pour nommer son arbitre, tout en réservant le droit de la partie demanderesse de se présenter à nouveau en Cour dans l'éventualité où la partie défenderesse ne s'exécutait pas. En plus de ne pas être strictement conforme à l'art. 941.2 du C.p.c., une telle ordonnance complique et retarde inutilement la constitution du tribunal arbitral. Dans une autre affaire, *Opron Inc.* c. *Aero System Engineering Inc.*, [1999] J.Q. (Quicklaw) No. 420 (C.S. Qué.), le juge refusa aussi, sans s'expliquer, de nommer directement un arbitre en lieu et place des parties et – alors que cette éventualité n'était même pas envisagée dans la procédure de nomination applicable – ordonna au Bâtonnier de Montréal de constituer le tribunal arbitral. L'ordonnance qui fut rendue est d'autant plus surprenante que le Bâtonnier de Montréal ne semble pas avoir été partie à cette instance.

[897] Voir, par ex. : *R.* c. *Durtnell & Sons Ltd.* c. *Secretary of State for Trade and Industry*, [2001] 1 Lloyds' Rep. 275 (Q.B.) et les décisions qui y sont citées.

[898] Voir *supra*, n° 319 et suiv.

2) L'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage

351. – Il ne fait aucun doute que l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante n'est pas une condition de l'intervention du juge appelé à intervenir sur le fondement de l'art. 11 de la Loi type et des dispositions correspondantes du C.p.c. québécois[899]. Cela ressort clairement d'une lecture parallèle des art. 8 et 11 de la Loi type, puisque si les rédacteurs de la Loi type avaient voulu que le juge puisse vider la question de la compétence du tribunal arbitral dans le cadre d'une telle demande, ils auraient évoqué, comme ils l'ont fait à l'art. 8, la possibilité qu'il rejette une demande d'assistance visant à assurer la constitution du tribunal arbitral pour cause d'inefficacité de la convention d'arbitrage invoquée. L'interdiction faite au juge de vider la question de la compétence arbitrale est par ailleurs parfaitement justifiée sur le plan théorique, puisqu'elle constitue une conséquence particulière du principe général, dont les fondements et l'importance ont déjà été discutés, tendant à reporter *a posteriori* le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage[900]. Comme la pleine efficacité de la convention d'arbitrage ne doit pas être considérée comme une condition du renvoi d'un litige à l'arbitrage au motif que la CNUDCI a voulu pleinement consacrer la règle de la priorité qu'envisage l'effet négatif du principe de la compétence-compétence[901], il serait illogique qu'elle puisse constituer une condition de l'intervention judiciaire visant à assurer la nomination d'un arbitre.

Ici aussi, la jurisprudence canadienne – à l'instar de celle émanant des autres pays ayant mis en œuvre la Loi type[902] – n'est pas des plus cohérentes. Les juges appelés à intervenir sur le fondement des dispositions législatives pertinentes tiennent souvent pour acquis, sans réellement justifier leur prise de position, qu'une partie peut s'opposer à une telle demande en invoquant l'inefficacité de la convention d'arbitrage sur laquelle s'appuie la partie

---

[899] Voir notamment, dans cet esprit : J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit qubécois interne », [1987] C.P. du N. 507 à la p. 561, n° 117.

[900] Voir *supra*, n° 223 et suiv.

[901] Voir *supra*, n° 281 et suiv.

[902] Comparer, d'une part, les affaires *Fung Sung Trading Ltdé* c. *Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd.*, [1992] 1 H.K.L.R. 40; (1992) XVII Yearbook. Com. Arb. 298; CLOUT #20 (H.C. H.K.); *Private Company 'Triple V Inc.'* c. *Star (Universal) Co. Ltd.*, [1995] 3 H.K.C. 129 (H.K. C.A.), et, d'autre part, *H. Small Limited* c. *Goldroyce Garment Limited*, décision inédite, 13 mai 1994, CLOUT #64 (H.C. H.K.), *Oonc Lines Limited* c. *Sino-American Trade Advancement Co. Ltd.*, décision inédite, 2 févier 1994, CLOUT #62 (H.C. H.K.), *Pacific International Lines (PTE) Ltd.* c. *Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*, (1992) H.K. L.D. G5; CLOUT #40 (H.C. H.K.).

requérante[903]. En revanche, certains juges ont adopté une solution plus respectueuse de la lettre et de l'esprit de la Loi type en refusant, à juste titre, de vider la question de la compétence arbitrale afin de respecter la compétence du tribunal arbitral de se prononcer en premier sur sa propre compétence[904].

352. – Si l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante ne constitue pas une condition de l'assistance du juge appelé à assurer la nomination d'un arbitre, on ne saurait cependant aller jusqu'à affirmer qu'il ne devrait *jamais* se soucier de la compétence du tribunal arbitral et qu'il devrait ainsi *toujours* donner suite à une demande d'intervention dès lors que survient un blocage dans la procédure de nomination applicable. En effet, son intervention n'est réellement justifiable, sur le plan théorique, que si est au moins établie l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage sur laquelle repose la demande qui lui est présentée. Lorsque ce n'est pas le cas, lorsque cette convention est manifestement inefficace – soit parce qu'elle est manifestement inexistante, manifestement invalide ou manifestement inapplicable *rationae materiae* –, on ne saurait sérieusement exiger du juge qu'il assure la constitution d'un tribunal arbitral assurément incompétent. Comme l'a souligné Ph. FOUCHARD, en traitant précisément de cette question, le juge saisi d'une telle demande d'intervention n'est pas un « robot », ni un « 'distributeur automatique'

---

[903] Voir, par ex., l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Banque nationale du Canada* c. *Premdev Inc.*, [1997] A.Q. (Quicklaw) No. 689, où fut tranché un argument portant sur l'existence de la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante alors que les tribunaux québécois n'étaient saisis que d'une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre. Voir aussi : *2860-8826 Québec Inc.* c. *160059 Canada Ltée*, [1996] A.Q. (Quicklaw) No. 4656 (C.S. Qué.); *Voynaud* c. *Les Éditions La Pensée Inc.*, REJB 1998-06770 (C.S. Qué.); *Lamothe* c. *Lamothe*, [2001] J.Q. (Quicklaw) No. 1530 (la Cour supérieure accepte de trancher la question de la validité de la clause compromissoire invoquée mais refuse de trancher celle de sa portée *rationae materiae* en raison du pouvoir du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence); *Robitaille* c. *Centre Rail-Control Inc.*, [2001] J.Q. (Quicklaw) No. 2507, où la Cour supérieure du Québec écrit, au n° 16 : « La requérante demande au tribunal de désigner un arbitre conformément à l'art. 941 C.p.c. Une condition préliminaire à une telle désignation est évidemment la conclusion qu'il existe une convention d'arbitrage valide liant les parties, ce que nie l'intimée »; *Finances-Film Canada (1998) Ltée* c. *La Banque nationale du Canada*, C.S. Montréal, 500-05-0066270-016, 7 août 2001, où la Cour affirme pouvoir vérifier pleinement la validité de la clause compromissoire invoquée mais non celle de la compétence des arbitres, une réserve qui doit probablement être interprétée comme visant la question de la portée *rationae materiae* de la convention d'arbitrage. Voir aussi : S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne - droit international privé*, préf. A. de Mestral, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 aux pp. 84-86.

[904] Voir, par ex. : *Lanctic Sugar Ltd.* c. *Immeubles Cadimont Inc.*, [1996] A.Q. (Quicklaw) No. 250 (C.S. Qué.); *Groulx* c. *Bouchard*, J.E. 99-1182 (C.S. Qué.); *Lamothe* c. *Lamothe*, [2001] J.Q. (Quicklaw) No. 1530 (cette décision ne soutenant qu'en partie cette affirmation, pour les raisons évoquées à la note précédente); *Finances-Film Canada (1998) Ltée* c. *Banque nationale du Canada*, C.S. Montréal, 500-05-0066270-016, jugement inédit, 7 août 2001 (cette décision ne soutenant qu'en partie cette affirmation, pour les raisons évoquées à la note précédente); *Masterfile Corporation* c. *Graphic Images Ltd.*, 2002 Ont. Sup. C.J. LEXIS 1291.

de désignation d'arbitres »[905]; en acceptant l'argument contraire, on nierait au juge le pouvoir de refuser de donner suite à une initiative procédurale abusive, ce qui serait carrément choquant.

Il est important de savoir que la thèse prônant l'existence du pouvoir du juge de refuser de donner suite à une demande d'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre pour cause d'inefficacité manifeste de la convention d'arbitrage invoquée est expressément consacrée dans la loi suisse[906] et est défendue par la doctrine française la plus autorisée[907]. Ainsi, même dans des systèmes que l'on sait compter parmi les plus favorables à l'autonomie de l'arbitrage commercial international et au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage, on refuse de concevoir de manière absolue l'interdiction faite au juge saisi d'une telle demande d'assistance de vérifier l'efficacité de la convention d'arbitrage. On peut donc en déduire qu'il existe, au sein de la communauté des États accordant leur concours à l'arbitrage commercial international, un certain consensus sur le fait que ce principe général ne saurait l'emporter sur le pouvoir dont doit disposer le juge de refuser de donner suite à des demandes abusives. Ce constat constitue un indicateur très pertinent de l'importance qui devrait être accordée à ce principe du contrôle judiciaire *a posteriori* en interprétant l'art. 11 de la Loi type et les dispositions correspondantes du C.p.c. québécois[908], indicateur qui milite fortement en faveur de la thèse voulant que l'efficacité *prima facie* de la

---

[905] Ph. Fouchard, « La coopération du Président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage », Rev. arb. 1985.5 à la p. 34. Voir aussi : Ph. Fouchard, « Nouvelles interventions du Président du tribunal de Grande Instance en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral », Rev. arb. 1987.179 à la p. 195; K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 aux pp. 227-228. A. SAMUEL a critiqué l'idée de reconnaître au juge le pouvoir de refuser de donner suite à une demande de nomination d'un arbitre pour cause d'inefficacité manifeste de la convention d'arbitrage invoquée. Il juge cette approche inefficace, puisqu'elle serait susceptible de donner lieu à des débats importants sans que les parties ne soient assurées d'obtenir une décision finale sur la compétence arbitrale (A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 195). Sa critique n'est cependant pas convaincante, puisque le juge n'aura jamais besoin que de tels débats soient engagés afin de vérifier l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée ou, autrement dit, que cette convention n'est pas manifestement inefficace.

[906] Voir l'art. 179(3) de la L.D.I.P. suisse, qui se lit comme suit : « [l]orsqu'un juge est appelé à nommer un arbitre, il donne suite à la demande de nomination qui lui est adressée, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage ».

[907] Voir *supra*, note 905; elle a d'ailleurs été, à au moins une reprise, acceptée par la jurisprudence : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 495, n° 854.

[908] Sur la pertinence de tenir compte d'indicateurs relatifs au poids et à l'importance des principes généraux de l'arbitrage commercial émanant non seulement des autres États ayant adopté ou adapté la Loi type, mais aussi de l'ensemble des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international, voir *supra*, n° 148 et suiv.

convention d'arbitrage invoquée constitue bel et bien une condition substantielle de l'assistance du juge canadien visant à assurer la nomination d'un arbitre.

353. – Un récent jugement ontarien, rendu dans une affaire d'arbitrage commercial international, semble soutenir implicitement cette thèse. La partie s'opposant à une demande d'assistance judiciaire fondée sur l'art. 11 de la Loi type plaidait qu'elle n'était pas partie à la convention d'arbitrage invoquée par la partie requérante. Après avoir rappelé qu'en vertu de l'art. 16 de la Loi type, le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, la Cour souligna qu'il n'était pas possible d'affirmer que l'argument soulevé par la partie s'opposant à l'intervention judiciaire était *clairement* bien fondé. La Cour jugea que, pour cette raison, il convenait de laisser aux arbitres le soin de se prononcer d'abord sur cette question[909]. Voilà une approche qui mérite donc d'être approuvée sans réserve[910].

§ II. La révocation de la mission d'un arbitre

354. – Afin d'assurer la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage, non seulement faut-il que les arbitres soient nommés, encore faut-il qu'ils *puissent* accomplir leur mission en menant l'instance arbitrale à son terme et – bien sûr – qu'ils le *fassent* dans les faits. Lorsque surviennent des événements qui rendent impossible l'accomplissement par un arbitre de sa mission ou lorsqu'un arbitre fait défaut d'accomplir sa mission sans être – à proprement parler – dans l'impossibilité de le faire, le respect de la volonté des parties de voir le différend les opposant tranché par un tribunal arbitral n'est plus assuré. Les parties pourront évidemment pallier elles-mêmes de tels problèmes en convenant de mettre fin à la mission de l'arbitre; l'existence d'une vacance au sein du tribunal arbitral et l'applicabilité des règles de la procédure arbitrale s'y intéressant seront alors incontestables[911]. Mais si les

---

[909] *Masterfile Corporation* c. *Graphic Images Ltd. Masterfile Corporation* c. *Graphic Images Ltd.*, 2002 Ont. Sup. C.J. LEXIS 1291 au n° 12.

[910] Voir aussi, en ce sens : *Private Company 'Triple V Inc.'* c. *Star (Universal) Co. Ltd. Private Company 'Triple V Inc.'* c. *Star (Universal) Co. Ltd.*, [1995] 3 H.K.C. 129 (H.K. C.A.).

[911] En pratique, les règles de procédure arbitrale applicables – que ce soient celles prévues dans la convention d'arbitrage ou, en l'absence d'accord des parties, les règles supplétives de la loi du siège régissant l'arbitrage commercial international – prévoiront, dans la grande majorité des cas, le remplacement de l'arbitre. Le remplacement devra parfois être effectué suivant la procédure de nomination initialement applicable (voir, par ex., l'art. 14 de la Loi type l'art. 942.8 du C.p.c. québécois); mais, afin d'atténuer les risques de démission abusive et dilatoire d'un arbitre qui cherche à favoriser la partie qui l'a nommé, le remplacement devra parfois être effectué suivant une procédure autre que celle initialement applicable (voir, par ex., l'art. 21(1) du *Règlement d'arbitrage international* du Centre canadien d'arbitrage commercial et, sur l'utilité de prévoir une

parties ne s'entendent pas sur la fin de la mission de l'arbitre – une partie prétend qu'il faut révoquer la mission d'un arbitre afin d'assurer la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage, l'autre le nie –, la situation est plus délicate. Idéalement, elles conviendront, ou auront convenu, d'un mécanisme leur permettant de demander à un tiers de décider s'il y a effectivement lieu de constater la survenance d'un tel événement et, du coup, de révoquer la mission de l'arbitre visé[912]. Mais lorsque ce n'est pas le cas, ou lorsqu'une défaillance du mécanisme convenu par les parties empêche que la question soit efficacement résolue par le tiers désigné, il devient nécessaire – et donc parfaitement justifié au plan théorique – de permettre aux parties de demander l'assistance d'un juge.

355. – Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur la compétence internationale du juge dont l'assistance est sollicitée afin de révoquer la mission d'un arbitre. La Loi type ne prévoit cette possibilité que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for[913]. La règle est tout à fait justifiée, et ce, pour les mêmes raisons que celles qui furent discutées lors de l'étude de la compétence internationale du juge dont l'intervention est sollicitée afin d'assurer la nomination d'un arbitre[914]. Aucune raison ne permet de croire que la règle devrait être différente au Québec, où – on l'a vu – la compétence internationale du juge appelé à intervenir avant et durant un arbitrage commercial international n'a pas été précisée par le Législateur[915].

On peut donc se concentrer sur les conditions substantielles de l'intervention du juge canadien appelé à révoquer la mission d'un arbitre. Il en existe deux. La première soulève

---

procédure de remplacement autre que la procédure de nomination initialement applicable, E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759 à la p. 784 et suiv. et E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 614-615, n° 1136). Il est également possible que les règles de procédure arbitrale applicables prévoient la possibilité, en présence d'un tribunal arbitral composé de trois arbitres, de ne pas remplacer un arbitre dont la mission prend fin durant l'instance arbitrale; il s'agit d'un autre moyen – considéré un peu trop radical par certains – d'atténuer les risques de démission abusive et dilatoire d'un arbitre qui cherche à favoriser la partie qui l'a nommé (voir, par ex., l'art. 11(1) des *International Arbitration Rules* de l'American Arbitration Association et E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 615-616, n° 1136; Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 545-546, n° 691 et à la p. 728, n° 967).

[912] Voir, par ex. : art. 20(2) du *Règlement d'arbitrage international* du Centre canadien d'arbitrage commercial; art. 12(2) du *Règlement d'arbitrage de la CCI*.

[913] Voir l'art. 1(2).

[914] Voir *supra*, n° 340 et suiv.

[915] L'analyse de la compétence internationale du juge québécois appelé à intervenir afin d'assurer la nomination d'un arbitre est en tous points applicable ici : voir *supra*, n° 342.

peu de difficultés : l'existence de l'un de deux motifs donnant ouverture à la révocation judiciaire de la mission d'un arbitre doit être établie (A); la seconde est – sauf au Québec – moins évidente en raison de l'imprécision de l'art. 14 de la Loi type, mais elle doit néanmoins être affirmée : il ne doit exister aucun accord entre les parties permettant de régler efficacement un désaccord sur l'existence de l'un de ces motifs autrement que par l'intervention du juge (B).

A) L'existence d'un motif donnant ouverture à la révocation de la mission d'un arbitre

356. – C'est avec satisfaction que l'on constate qu'en vertu de l'art. 14(1) de la Loi type et des dispositions correspondantes du C.p.c. québécois[916], l'intervention du juge canadien est possible dès lors qu'est établie l'existence de l'un des deux motifs qui viennent d'être identifiés en discutant des fondements théoriques de son intervention : l'impossibilité d'agir (1) et le défaut d'agir dans un délai raisonnable (2).

1) L'impossibilité d'agir

357. – L'intérêt pratique de ce premier motif n'est pas très grand puisqu'il est difficile d'imaginer des cas où un désaccord sur la survenance d'un événement rendant impossible – en fait ou en droit, précise l'art. 14 de la Loi type[917] – l'accomplissement par l'arbitre de sa mission pourrait subsister au point où l'intervention d'un juge, ou même celle d'un tiers, deviendrait nécessaire[918]. Une hypothèse plausible est celle où survient un événement – une maladie, par exemple – qui rend seulement temporairement impossible l'accomplissement

---

[916] Qu'on trouve aux art. 942.5 et 942.6.

[917] L'impossibilité de droit ou de fait dont fait mention l'art. 14 de la Loi type est inspirée de l'art. 13(2) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (voir : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 438 et suiv.).

[918] Voir notamment, en ce sens, P. Sanders, « Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules », (1977) II Yearbook Com. Arb. 172 à la p. 192, n° 8.2, qui souligne le caractère particulièrement exceptionnel du motif d'impossibilité d'agir dans son commentaire de l'art. 13(2) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*. Voir aussi le *Commentaire analytique d'un projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 14, n° 2 : « [l]'assistance est rarement nécessaire en ce qui concerne l'impossibilité de droit ou de fait et est plus souvent liée au motif moins précis de 'carence' ». Voir aussi, au sujet de l'art. 12(2) *Règlement d'arbitrage de la CCI* : W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2000 au ch. 13, p. 101, § 13.06.

par l'arbitre de sa mission[919]. La condition énoncée à l'art. 14 de la Loi type serait-elle alors remplie ? On pourrait être tenté d'interpréter strictement la notion d'impossibilité d'agir, afin qu'elle ne vise que les événements qui affectent de manière permanente la faculté de l'arbitre de remplir sa mission; on pourrait soutenir qu'une interprétation littérale des dispositions pertinentes de la Loi type et des dispositions correspondantes du C.p.c. s'avère justifiée en raison de la philosophie de la Loi type, qui tend à restreindre l'intervention judiciaire en cours d'instance arbitrale. À la réflexion, il semble qu'il serait cependant préférable de considérer qu'il est possible que la condition soit remplie en présence d'une impossibilité d'agir temporaire, et qu'elle l'est dès lors qu'il est établi que l'événement en question empêchera l'arbitre d'accomplir sa mission *dans un délai raisonnable*; la révocation de la mission de l'arbitre pourra de toute manière être demandée à l'expiration d'un tel délai[920] et il serait donc inutile d'attendre jusque-là avant d'y procéder.

358. – Quoi qu'il en soit, une chose est certaine : la Cour d'appel de l'Alberta a clairement eu tort de laisser entendre, dans un arrêt rendu en 1992, qu'il pouvait y a avoir impossibilité d'agir au sens de l'art. 14 de la Loi type non seulement lorsque survient un événement qui empêche l'arbitre d'accomplir sa mission – c'est-à-dire de mener l'instance arbitrale à son terme et de *rendre une sentence* – mais aussi lorsque survient un événement qui entache la régularité de l'arbitrage et qui, du coup, empêcherait l'arbitre de rendre une sentence *valide*[921]. La Cour accepta de révoquer la mission des trois membres du tribunal arbitral au motif qu'ils avaient fait défaut de rendre leur sentence avant l'expiration du délai d'arbitrage convenu par les parties. N'étant donc plus en mesure de rendre une sentence valide, les arbitres étaient, selon la Cour, dans l'impossibilité d'accomplir leur mission au sens de l'art. 14.

Le recours en révocation de la mission d'un arbitre constituerait non seulement un mécanisme d'assistance à l'arbitrage, ayant pour but d'assurer la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage, il constituerait aussi un mécanisme de contrôle de la légalité de

---

[919] Comme par ex. dans l'affaire *Robert* c. *Lavigne*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 5029 (C.S. Qué.), où une maladie de l'arbitre unique a retardé le déroulement de l'instance. La Cour n'était cependant pas saisie, dans cette affaire, d'une demande de révocation de la mission de l'arbitre, mais plutôt d'une demande d'annulation d'une sentence rendue après l'expiration du délai d'arbitrage convenu par les parties.

[920] Voir *infra*, n° 359 et suiv., sur la possibilité de demander la révocation de la mission de l'arbitre dès lors qu'il est établi qu'il n'agit pas dans un délai raisonnable.

[921] *Petro-Canada* c. *Beattie*, [1992] A.J. (Quicklaw) No. 168 (Alta C.A.).

l'arbitrage permettant – dès lors que survient un événement susceptible d'affecter la régularité de la sentence arbitrale à être rendue – à un juge d'intervenir pour en apprécier la pertinence et pour mettre fin, lorsqu'une irrégularité est constatée, à l'instance arbitrale. Or, ce raisonnement ne convainc pas, pour deux raisons. D'abord, une telle interprétation de l'art. 14 de la Loi type est fondamentalement incompatible avec le principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage, dont l'importance est aujourd'hui universellement reconnue et qui sous-tend très clairement l'ensemble des dispositions de la Loi type[922], puisqu'elle revient à permettre au juge d'intervenir *à tout moment durant l'instance arbitrale afin de contrôler la régularité de l'arbitrage*; il est donc impossible de défendre le raisonnement adopté par la Cour d'appel sans vider de tout son sens ce principe général de l'arbitrage commercial international. Par ailleurs, ce raisonnement se heurte à un second argument, en lui-même tout aussi déterminant. La révocation par le juge de la mission d'un arbitre ne peut avoir qu'une seule conséquence, soit d'entraîner une vacance au sein du tribunal arbitral qui déclenchera l'application des règles pertinentes de la procédure arbitrale, qui prévoiront soit le remplacement de l'arbitre visé, soit la poursuite de l'instance sans celui-ci[923]. Cela ressort clairement de l'art. 15 de la Loi type, qui prévoit que « [l]orsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article [...] 14, [...] un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé ». Il s'agit, certes, d'une disposition supplétive – les parties peuvent donc convenir d'une autre procédure applicable en cas de révocation de la mission d'un arbitre –, mais elle témoigne néanmoins très clairement du fait que la CNUDCI n'a jamais envisagé que la révocation par le juge de la mission d'un arbitre puisse avoir d'autre conséquence que d'entraîner une vacance au sein du tribunal arbitral. Si le recours prévu à l'art. 14 de la Loi type pouvait constituer un moyen de contrôle de la légalité de l'arbitrage, comme l'a cru la Cour d'appel albertaine, on aurait prévu la possibilité que la révocation de la mission d'un arbitre ait une autre conséquence, beaucoup plus logique : la fin de l'instance arbitrale[924].

---

[922] Voir *supra*, n° 223 et suiv.

[923] Sur ce point, voir *supra*, note 911.

[924] On peut avancer un troisième argument à l'encontre du raisonnement adopté par la Cour d'appel albertaine. Il tient au fait que l'art. 14 de la Loi type est inspiré de l'art. 13(2) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (voir *supra*, note 917). Cette dernière disposition prévoit qu'une décision sur la révocation de la mission d'un arbitre doit être prise par l'autorité de nomination désignée par les parties ou, à défaut, par le

2) Le défaut d'agir dans un délai raisonnable

359. – L'article 14 de la Loi type et l'art. 942.5 du C.p.c. prévoient également, comme il se doit, la possibilité que la mission de l'arbitre soit révoquée par le juge s'il fait défaut de l'accomplir dans un délai raisonnable. En effet, afin que l'effet positif de la convention d'arbitrage soit réalisé, non seulement faut-il que l'arbitre *puisse* accomplir sa mission, il faut qu'il le *fasse* effectivement; il est donc souhaitable que sa mission puisse être révoquée s'il ne l'a pas accomplie à l'expiration d'un délai raisonnable.

360. – Cette notion de délai raisonnable, qui n'est pas mentionnée à l'art. 13(2) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, mérite cependant quelques précisions[925]. Elle fut incluse à la suite d'une suggestion faite lors de la réunion de la CNUDCI du printemps 1985, au terme de laquelle la Loi type fut adoptée. La CNUDCI venait alors d'écarter, heureusement, une proposition visant à préciser que la mission de l'arbitre pouvait être révoquée lorsqu'il ne s'acquitte pas de ses fonctions « avec la diligence voulue et de façon efficace »[926]. Même s'il incombe toujours à l'arbitre d'agir avec diligence[927], la proposition risquait de donner ouverture à une révision par le juge d'aspects substantiels du litige[928]. On ajoutera que cette précision aurait été difficilement justifiable au plan théorique, puisqu'il n'est aucunement nécessaire de permettre à un juge d'intervenir en cours d'instance arbitrale afin de révoquer la mission d'un arbitre qui fait défaut d'agir avec diligence et efficacité; à lui seul, ce défaut ne met pas en péril la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage puisqu'il ne met pas nécessairement en doute la faculté de l'arbitre d'accomplir sa mission.

Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (voir l'art. 6 du Règlement), et non par un juge. Or, il est clair que la notion d'impossibilité d'agir visée à l'art. 13(2) ne peut être interprétée comme l'a entendu la Cour d'appel albertaine, puisque les autorités de nomination ne se voient jamais – en pratique – confier des pouvoirs généraux de contrôle de la légalité de l'arbitrage, leurs tâches étant de nature administrative (voir notamment, sur ce dernier point : Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 687 et suiv., n° 902 et suiv.).

[925] Cette différence est sans incidence au plan substantiel, puisqu'il est évident que ce n'est qu'après l'expiration d'un délai raisonnable qu'il peut y avoir « carence » au sens de l'art. 13(2) du Règlement; voir, en ce sens : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 439.

[926] Voir P. Binder, *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell, 2000 à la p. 97, n° 3-079.

[927] Voir, sur ce point : Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 613 et suiv., n° 795 et suiv.

[928] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, 3 au 21 juin 1985*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 32, n° 138.

La révocation judiciaire de la mission d'un arbitre ne doit donc être possible que dans les cas extrêmes, où le juge est en mesure de constater à la face même du dossier, sans avoir à procéder à un examen approfondi de l'affaire, que les délais dont se plaint la partie requérante – qui doivent évidemment être attribuables, directement ou indirectement, à l'arbitre – sont si importants qu'il y a lieu de considérer que l'instance est paralysée, *de telle sorte qu'il y a lieu de croire que le tribunal arbitral n'accomplira pas sa mission*. Comme l'ont justement observé H.M. HOLTZMANN et J.E. NEUHAUS : « Article 14 invites review only of the question of whether the arbitration is moving along, not whether the conduct of the proceedings is wise and efficacious. It is intended to catch the egregious cases and not to place a judge with a stopwatch over the shoulder of every arbitrator »[929].

361. – Il faut ensuite se demander si cette notion de délai raisonnable ne devrait pas être conçue différemment lorsque les parties ont convenu d'un délai d'arbitrage, ce qui n'est pas rare en pratique[930]. On pourrait alors soutenir que le tribunal arbitral qui n'a pas encore rendu sa sentence est en défaut d'agir dans un délai déraisonnable, au sens de l'art. 14 de la Loi type, dès l'expiration du délai d'arbitrage. Une récente décision de la Cour supérieure du Québec[931] laisse entendre, à l'instar de H.M. HOLTZMANN et J.E. NEUHAUS, qu'une telle interprétation est possible[932]. Mais à bien y penser, cette thèse n'est pas satisfaisante. Comme on vient de le souligner, la conséquence de la révocation par le juge de la mission de l'arbitre est d'entraîner une vacance au sein du tribunal arbitral, déclenchant du coup l'application de règles procédurales qui prévoiront soit le remplacement de l'arbitre, soit la poursuite de l'instance par un tribunal arbitral tronqué. Or, cette conséquence ne correspond pas du tout à celle – beaucoup plus radicale – que les parties envisagent réellement dans l'éventualité où le tribunal arbitral faisait défaut de rendre sa sentence à l'intérieur d'un délai

---

[929] H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 440.

[930] Plusieurs règlements d'arbitrage précisent que les arbitres devront rendre leur sentence à l'intérieur d'un délai donné. Voir, par ex., l'art. 31(1) du Règlement d'arbitrage international du CCAC : « [l]e tribunal rend sa sentence dans les six mois suivant la date où le dossier lui est transmis » (il est à noter que l'art. 9(6) prévoit cependant que ce délai peut être prorogé par le Centre).

[931] *Robert* c. *Lavigne*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 5029 (C.S. Qué.) au n° 31. *Contra* : *Sliverberg* c. *Hooper*, décision inédite, C.S. Montréal, 1er août 1990.

[932] Leurs propos sont cependant plus nuancés : « [it] is fairly clear that an advance agreement of the parties setting a deadline for an award should be taken into account in deciding whether to terminate the madate of the arbitrators for failure to act 'without undue delay' under Article 14 » (H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 870, note 27).

déterminé : l'expiration de la convention d'arbitrage et, partant, la fin de l'instance arbitrale[933].

Le problème qui surgit lorsqu'une partie prétend que le tribunal arbitral a fait défaut de respecter un délai d'arbitrage n'a rien à voir avec la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage. Il touche plutôt à la régularité de l'arbitrage, qui est alors mise en doute. Autrement dit, le respect par le tribunal arbitral d'un délai d'arbitrage est nécessaire afin d'assurer la légalité de l'arbitrage et non pas afin d'assurer le respect de la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage. La différence est très importante au plan théorique, puisqu'elle implique que lorsque le juge est appelé à intervenir au sujet des conséquences du défaut du tribunal d'avoir respecté un délai d'arbitrage, on lui demande d'exercer des fonctions de *contrôle de la légalité de l'arbitrage*, alors qu'il n'est appelé qu'à exercer des fonctions d'*assistance* à l'arbitrage lorsque c'est le défaut du tribunal d'agir dans un délai raisonnable qui est allégué. Il ne s'ensuit cependant pas que la partie qui prétend au non-respect du délai d'arbitrage soit sans recours. Comme l'argument touche en réalité à la compétence de ce dernier[934], elle devra d'abord – conformément au principe général de la compétence-compétence[935] – lui demander de statuer sur la question; si le tribunal arbitral rejette l'argument et confirme sa compétence, la question pourra être examinée par un juge, soit dans le cadre d'un recours en révision dans l'hypothèse où la décision du tribunal arbitral fut rendue en cours d'instance[936], soit dans le cadre d'un recours en annulation dans l'hypothèse où la question avait plutôt été tranchée dans le cadre d'une sentence arbitrale.

---

[933] Voir, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 445, n° 740; Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 730-731, n^{os} 971-972; voir aussi, s'agissant du délai légal applicable en droit français de l'arbitrage interne : Ph. Grandjean, « La durée de la mission des arbitres », Rev. arb. 1995.39 aux pp. 49-50; J.-G. Betto, « Expiration du délai d'arbitrage : la jurisprudence relative à la prorogation tacite n'est-elle pas dans une impasse ? », Rev. arb. 2002.899.

[934] Voir, en ce sens, *infra*, n° 448 et suiv.

[935] Voir, sur ce principe général, *supra*, n° 281 et suiv.

[936] Sur le recours en révision d'une décision du tribunal arbitral confirmant sa compétence, voir *infra*, n° 439 et suiv.

B) L'absence d'accord des parties permettant de régler efficacement un désaccord sur l'existence d'un motif donnant ouverture à la révocation de la mission d'un arbitre autrement que par l'intervention du juge

362. – D'un point de vue théorique, l'intervention judiciaire visant à révoquer la mission d'un arbitre qui ne peut plus agir ou qui – dans les faits – fait défaut d'agir n'est réellement justifiée que si les parties n'ont pas elles-mêmes convenu d'un mécanisme permettant de régler efficacement un désaccord sur l'existence d'un événement mettant en péril la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage. En effet, il n'existe aucune raison valable de ne pas donner pleinement effet à une telle convention des parties, comme il n'existe d'ailleurs aucune raison valable de ne pas donner effet à l'accord des parties relatif au mode de nomination des arbitres[937]. L'intervention du juge ne devrait donc être possible que lorsque les parties n'ont convenu d'aucune procédure de révocation, ou encore lorsque survient un blocage dans la procédure de révocation dont elles ont convenu.

363. – Le caractère subsidiaire de l'intervention judiciaire visant à révoquer la mission d'un arbitre découle assez clairement des dispositions pertinentes du C.p.c. québécois. L'Assemblée nationale a expressément envisagé, à l'art. 942.6 du C.p.c., l'hypothèse où les parties ont convenu d'une procédure de révocation de la mission d'un arbitre, en précisant que le juge peut intervenir en cas de « difficulté » – de blocage[938], donc – dans la mise en œuvre de la procédure de révocation applicable. On doit assurément en déduire que l'art. 942.5, qui reprend en substance l'art. 14 de la Loi type et qui n'est pas une disposition d'ordre public[939], n'est applicable qu'en l'absence d'une telle convention des parties[940].

364. – La Loi type ne contient aucune disposition similaire à l'art. 942.6 du C.p.c., ce qui soulève un doute assez sérieux sur le caractère subsidiaire de ce cas d'intervention intervention judiciaire dans les juridictions canadiennes de common law. On pourrait être

---

[937] C'est pourquoi il est pleinement justifié que le juge ne puisse intervenir, dans une telle hypothèse, qu'en cas de blocage de la procédure de nomination convenue par les parties : voir *supra*, n° 348.

[938] Comme l'a noté à très juste titre un auteur : « Cet article est au même effet que l'article 941.2 *C.p.c.* quant à la nomination des arbitres. Les parties peuvent l'écarter, mais il devrait toujours être conservé pour pallier à [sic] la défaillance de la procédure particulière de récusation ou de révocation choisie par les parties » (R. Tremblay, « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394 à la p. 417).

[939] Puisqu'il n'est pas énuméré à l'art. 940 du C.p.c.

[940] En effet, on ne pourrait raisonnablement soutenir que l'art. 942.5 du C.p.c. est applicable même en présence d'une telle convention, puisque l'art. 942.6 n'aurait alors aucune utilité.

tenté de déduire du silence des rédacteurs qu'ils n'ont pas voulu permettre aux parties d'écarter conventionnellement l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 14 en convenant d'une procédure alternative : s'ils l'avaient voulu, n'auraient-ils pas tout simplement rédigé l'art. 14 d'une manière similaire à l'art. 11, qui affirme de manière claire et non équivoque le caractère subsidiaire de l'intervention du juge visant à assurer la nomination d'un arbitre ? L'argument ne convainc cependant pas, puisque l'on peut y répondre que si les rédacteurs de la Loi type avaient réellement voulu consacrer le caractère impératif de l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 14, ils l'auraient dit expressément, comme ils l'ont fait à l'art. 13(1) s'agissant de l'intervention judiciaire relative à la récusation d'un arbitre[941]. Le texte des dispositions pertinentes de la Loi type ne permet donc pas vraiment de résoudre l'ambiguïté de manière satisfaisante. Les travaux préparatoires ne sont pas plus utiles, puisque la question n'a jamais été directement abordée lors de l'élaboration de la loi type[942], de sorte qu'il semble n'y avoir aucune raison valable de ne pas privilégier l'interprétation qui est la plus compatible avec les principes généraux de l'arbitrage commercial international – en l'occurrence celui consacrant la liberté des parties de convenir des règles de la procédure arbitrale[943] – et d'affirmer le caractère subsidiaire de l'intervention du juge; ce dernier ne devrait donc pouvoir intervenir que lorsque les parties n'ont convenu d'aucune procédure alternative de révocation de la mission d'un arbitre, sauf évidemment dans l'hypothèse où un blocage survient de la procédure dont elles ont effectivement convenu[944].

---

[941] Sur ce cas d'intervention judiciaire, voir *infra*, n° 463 et suiv.

[942] Voir, sur ce point, l'analyse de H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 408 et 409.

[943] Voir notamment *supra*, n° 129.

[944] H. HOLTZMANN et J.E. NEUHAUS se sont exprimés en faveur de la reconnaissance du caractère supplétif de l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 14 de la Loi type en faisant valoir un autre argument : « [T]he better reading of the language Article 14, together with Article 2(d), appears to be that the courts have the power to decide on terminations for failure to act only if the parties have not agreed on a procedure for doing so. Article 14 provides that the parties may 'agree on the termination'. It is this clause that, pursuant to Article 2(d) gives force to the parties' agreement to have an arbitral institution, for example, decide the matter. Article 14 only assumes that this agreement will bring the matter to an end, for it is only '[o]therwise' that a court is provided with the authority to resolve the controversy » (H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 441). À la réflexion, cet argument ne s'avère cependant pas très convaincant. On ne pourrait considérer qu'il y a entente des parties sur la révocation de la mission de l'arbitre concerné au sens de l'art. 14 que si la révocation *a effectivement été ordonnée* par le tiers à qui les parties ont choisi de faire appel. L'argument ne permet pas de conclure que le juge ne pourrait intervenir si la partie requérante – au lieu de procéder de la manière prévue à la procédure convenue par les partie – choisissait de solliciter directement son intervention, ni dans l'hypothèse où la partie requérante ayant choisi de procéder suivant la procédure convenue

Conclusion du Chapitre I

365. – Le présent chapitre a d'abord permis de montrer que, d'un point de vue théorique, l'intervention judiciaire peut être nécessaire afin d'assurer l'exécution en nature d'une convention d'arbitrage commercial international et – partant – l'efficacité et l'attrait de l'arbitrage aux yeux des justiciables. Divers événements sont susceptibles, en pratique, de mettre en péril l'exécution en nature d'une convention d'arbitrage, tant dans son effet négatif que dans son effet positif. Il est donc essentiel, dans tout système juridique où l'on accepte de favoriser et de promouvoir le recours à l'arbitrage commercial international, que les juges puissent intervenir afin d'assurer, premièrement, le respect de la volonté des parties de ne pas recourir aux tribunaux judiciaires et, deuxièmement, que les parties aient effectivement accès à un tribunal arbitral en mesure de trancher un litige qu'elles ont souhaité soumettre à l'arbitrage. Voilà pourquoi il fallait permettre aux juges canadiens d'intervenir afin de se dessaisir d'un litige du commerce international au profit d'un tribunal arbitral, ou encore afin d'assurer la constitution d'un tribunal arbitral lorsque des litigants ont choisi de soumettre un tel litige à l'arbitrage.

366. – On a encore pu constater la pertinence et l'utilité de l'ouverture aux faits normatifs transnationaux susceptibles d'influer sur les conditions de l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international, surtout dans l'analyse des conditions de son dessaisissement au profit d'un tribunal arbitral. Elle a d'abord permis de révéler que seule l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée devrait être pertinente, d'un point de vue substantiel, dans l'appréciation du bien-fondé d'une demande de renvoi à l'arbitrage. De cette conclusion primordiale – qui confirme par ailleurs que le mécanisme de dessaisissement sert d'abord et avant tout à *assister* l'arbitrage commercial international – en découlent trois autres, auxquelles on espérera que les juges canadiens accorderont davantage d'importance : le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage ne doit pas se livrer à un contrôle étendu de la compétence du tribunal arbitral et il ne doit se soucier ni du caractère approprié du recours à l'arbitrage, ni de l'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties. Ensuite, d'un point de vue procédural, l'analyse a

---

par les parties avait été déboutée au terme de celle-ci. Voir aussi, en faveur du caractère subsidiaire de l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 14 de la Loi type : P. Binder, *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell, 2000 aux pp. 99-100, n^{os} 3-085 à 3-088.

premièrement permis de mettre en lumière la malheureuse diversité des règles s'intéressant au moment où doit être demandé le renvoi à l'arbitrage, diversité due à la décision des législatures de Colombie-Britannique et du Québec de s'écarter, assez maladroitement, du critère – pourtant connu, éprouvé et, dans l'ensemble, assez satisfaisant – des premières conclusions quant au fond du différend retenu par la CNUDCI. On a également pu conclure, en s'appuyant ici aussi sur certains faits normatifs transnationaux, qu'il fallait récuser l'idée – à laquelle a déjà adhéré la Cour d'appel d'Ontario – voulant que le juge canadien dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refuser d'accueillir une demande de renvoi à l'arbitrage présentée tardivement.

367. – On a ensuite montré que l'intervention du juge canadien visant à assurer la constitution du tribunal peut prendre deux formes : l'assistance visant à assurer la nomination d'un arbitre et l'assistance visant à révoquer la mission d'un arbitre dans l'impossibilité ou en défaut d'agir. Cette dualité de fonctions est parfaitement justifiée au plan théorique, car afin d'assurer la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage, non seulement faut-il que les arbitres soient nommés, encore faut-il qu'ils soient en mesure de mener l'instance arbitrale à son terme et – aussi – qu'ils le fassent effectivement. L'analyse a également permis d'établir que l'intervention du juge canadien visant à assurer la constitution du tribunal arbitral revêt toujours – c'est sa caractéristique fondamentale – un caractère subsidiaire. Le juge ne doit intervenir que lorsque les parties ne peuvent régler elles-mêmes, ou à l'aide d'un tiers, un blocage empêchant la nomination d'un arbitre ou un désaccord sur la révocation de la mission d'un arbitre. Cette caractéristique fondamentale s'avère parfaitement logique, puisqu'elle contribue à assurer le respect de la volonté des parties d'organiser la procédure arbitrale comme bon leur semble tout en limitant l'intervention du juge aux seuls cas où son assistance s'avère réellement nécessaire à la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage.

L'analyse de la compétence internationale du juge canadien appelé à intervenir afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral a permis de montrer que la règle générale limitant son intervention aux arbitrages se déroulant sur le territoire du for était parfaitement justifiée au plan théorique. Mais il faut reconnaître une exception à cette règle lorsque le lieu du siège de l'arbitrage n'a pas été fixé dans la convention d'arbitrage invoquée et que l'intervention du juge canadien s'avère nécessaire afin d'éviter un déni de justice et de

respecter le principe général de l'arbitrage commercial international favorisant le respect de l'intention des parties de recourir à l'arbitrage. Le juge québécois devrait alors pouvoir intervenir sur le fondement de l'art. 3136 du C.c.Q., qui codifie la doctrine du for de nécessité et qui s'avère, dans l'ensemble, parfaitement adaptée à ce problème. Le risque qu'un déni de justice survienne ne pouvant cependant pas, à lui seul, justifier la compétence internationale des juges des juridictions canadiennes de common law, leur pouvoir d'intervention serait, dans une telle hypothèse, plus restreint : il semble qu'ils ne pourraient alors prêter assistance à l'arbitrage qu'en présence d'un facteur de rattachement consacré par les règles générales de compétence internationale qui seraient applicables.

Chapitre II. L'assistance visant à assurer l'efficacité de la procédure arbitrale

368. – *A priori*, l'idée que le juge puisse se mêler de la procédure arbitrale, qu'il puisse prendre part à l'instance arbitrale et rendre des décisions l'affectant, semble indéfendable d'un point de vue théorique. Toute intrusion du juge dans l'instance arbitrale n'est-elle pas incompatible avec l'effet négatif de la convention d'arbitrage ? N'est-elle pas contraire à l'intention des parties d'exclure la compétence des tribunaux judiciaires, qui est une conséquence logique de leur désir de recourir à l'arbitrage ? Ne doit-elle donc pas être formellement interdite dès lors qu'est affirmé le droit des parties à un litige du commerce international de recourir à l'arbitrage ? En principe oui, mais une nuance essentielle doit être apportée.

369. – Il est certain que dès lors que le droit de recourir à l'arbitrage est reconnu, il faut exclure toute possibilité qu'un juge prenne une mesure procédurale que le tribunal arbitral est lui-même en mesure de prendre – et de prendre *efficacement*. Par exemple, on ne saurait permettre à un juge d'intervenir afin de fixer la date à laquelle la partie défenderesse devra produire ses écritures, de trancher une objection à l'admissibilité d'une preuve, d'ordonner à la partie demanderesse de fournir un cautionnement pour frais[945] ou encore afin de déterminer les règles en vertu desquelles le litige sera tranché. Le pouvoir juridictionnel dont dispose le tribunal arbitral lui permet non seulement de trancher le fond du litige, il lui

---

[945] Comme c'était le cas en droit anglais avant l'entrée en vigueur de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23. Sur cette question, voir en particulier : *Bank Mellat* c. *Helliniki Techniki S.A.*, [1984] 1 Q.B. 291 (C.A. Engl.); *K/S A/S Bani* c. *Korea Shipbuilding and Engineering Corporation*, [1987] 2 Lloyds' Rep. 445 (C.A. Engl.); M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 335 et suiv.; *Coppée Lavalin S.A./N.V.* c. *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Limited*, [1994] 2 All E.R. 449; (1995) XX Yearbook Com. Arb. 223 (H.L.); Cl. Reymond, « Security for Costs in International Arbitration », (1994) 110 L.Q.R. 501, surtout aux pp. 504-505; B. Davenport, « The Ken-Ren Case : Much Ado About Nothing Very Much », (1994) 10 Arb. Int. 303; D. Branson, « The Ken-Ren Case : It is an Ado Where More Aid is Less Help », (1994) 10 Arb. Int. 313; S. Nappert, « The House of Lords on Security for Costs and ICC Arbitration : *Coppée Lavalin S.A./N.V.* v. *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Limited*, (1994) 73 R. du B. can. 582; D. Kapeliuk-Klinger, note sous cette même affaire, Rev. arb. 1995.525; L. Craig, « Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 1 à la p. 52 et suiv.; O. Sandrock, « The *Cautio Judicatum Solvi* in Arbitration Proceedings or the Duty of an Aliant Claimant to Provide Security for Costs of the Defendant », (1997) 14(2) J. Int. Arb. 17; N. Rubins, « In God We Trust, All Others Pay Cash : Security for Costs in International Commercial Arbitration », (2000) 11 Am. Rev. Int'l. Arb. 307. La nouvelle loi anglaise exclut toute intervention du juge en matière de cautionnement pour frais, tout en précisant que le tribunal arbitral a le pouvoir d'accorder une demande en ce sens (voir l'art. 38(3) et, de manière générale : P. Fitzpatrick, « Security for Costs Under the Arbitration Act 1996 », (1998) 1 Int. Arb. L. Rev. 139). Sur cette question, voir aussi *infra*, n° 399 et suiv.

permet aussi – nécessairement, quoiqu'accessoirement – de rendre toute ordonnance qu'il *peut* rendre et qui s'avère *nécessaire ou utile* afin de mener l'instance arbitrale à terme[946]. En conséquence, l'effet négatif de la convention d'arbitrage implique forcément que le juge doit non seulement s'abstenir de trancher le fond du différend, il faut aussi – afin de respecter pleinement l'intention des parties et, partant, la compétence arbitrale – qu'il s'abstienne d'empiéter sur le pouvoir qu'a le tribunal arbitral de rendre de telles ordonnances.

Le pouvoir du tribunal arbitral à cet égard n'est cependant pas aussi étendu que celui dont dispose un tribunal judiciaire. D'abord, n'étant pas une juridiction préconstituée ou préexistante, un tribunal arbitral ne peut prendre de mesure procédurale s'il n'est pas effectivement constitué. Ensuite, puisqu'il tire ses pouvoirs de la convention d'arbitrage, il ne dispose d'aucun pouvoir de rendre des mesures procédurales à l'endroit de tiers. Enfin, comme il ne fait pas partie de l'appareil judiciaire étatique, il ne dispose d'aucun pouvoir de mettre en œuvre des mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique; les mesures procédurales qu'il prend ne sont donc jamais, en elles-mêmes, exécutoires[947].

370. – Il est maintenant acquis que ces limites au pouvoir de tout tribunal arbitral sont susceptibles d'affecter l'efficacité de l'arbitrage aux yeux des opérateurs du commerce international au point où il faut leur permettre d'obtenir autrement des mesures procédurales qui sont utiles au bon déroulement de l'instance, mais que le tribunal arbitral est incapable de rendre – ou de rendre efficacement[948]. La mise en place de mécanismes permettant au juge d'intervenir afin d'octroyer de telles mesures s'avère donc parfaitement justifiée, d'un point

---

[946] Voir, dans cet esprit : P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 437 à la p. 442, n° 7 (« On ne peut confier à un arbitre la mission de dire le droit sans lui donner en même temps le *pouvoir d'organiser la procédure et d'ordonner la production des éléments de preuve* qui lui seraient nécessaires à cette fin. Il n'est donc pas nécessaire que les parties lui aient expressément confié ces pouvoirs; leur attribution est implicite » [italiques dans l'original]).

[947] Sur ce point, voir tout particulièrement : Ch. Jarrosson, « Réflexion sur l'*imperium* », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245; P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 437.

[948] Voilà pourquoi la très grande majorité des règlements d'arbitrage commercial international – des instruments développés avec le concours des opérateurs du commerce international et dans le but de répondre à leurs besoins – réservent aux parties le droit de saisir un juge afin d'obtenir des mesures de cette nature. Voir, par ex., l'art. 26(3) du *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*; l'art. 23(2) du *Règlement d'arbitrage de la CCI*; l'art. 25.3 du *Règlement d'arbitrage de la LCIA*; l'art. 26(2) du *Règlement d'arbitrage international* du CCAC. Voir aussi, sur ce point : A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », J.D.I. 1998.853 aux pp. 854-855.

de vue théorique, dès lors *qu'elles sont nécessaires au bon déroulement de l'instance arbitrale* et *que le tribunal arbitral n'est pas en mesure de les prendre – ou de les prendre efficacement*; l'intervention judiciaire répond alors à un besoin que sont réellement susceptibles de ressentir les opérateurs du commerce international, sans d'aucune manière empiéter sur la compétence arbitrale.

371. – C'est sur cette toile de fond théorique qu'il convient maintenant d'entreprendre l'étude des pouvoirs dont disposent les juges canadiens, en se penchant plus particulièrement sur les conditions de leur intervention lorsqu'elle est destinée à servir une telle fin. Il faut surtout traiter de l'assistance judiciaire relative à des mesures procédurales à proprement parler (Section I), mais il faudra aussi consacrer quelques développements à l'assistance pouvant être sollicitée des juges des provinces canadiennes de common law et des territoires fédéraux relativement à la jonction d'instances arbitrales parallèles (Section II).

Section I. L'assistance relative aux mesures de nature procédurale

372. – Comme c'est le cas dans la très grande majorité des États qui accordent aujourd'hui leur soutien à l'arbitrage commercial international, l'assistance que le juge canadien est susceptible de prêter à un arbitrage commercial international touche à deux types de mesures : les premières ont trait à l'obtention de preuves (§ I); les secondes sont dites provisoires ou conservatoires (§ II).

§ I. L'assistance relative à l'obtention de preuves

373. – L'assistance du juge s'agissant de l'obtention de preuves peut surtout s'avérer nécessaire dans l'une des deux hypothèses suivantes[949]. Premièrement, un tiers peut détenir une information pertinente que le tribunal arbitral est disposé à admettre en preuve; si ce tiers refuse de la communiquer volontairement, seul un juge sera en mesure de rendre une ordonnance susceptible d'exécution forcée lui enjoignant de le faire[950]. Deuxièmement, une partie peut vouloir rechercher l'exécution forcée d'une mesure relative à l'obtention d'une

[949] Il y en a d'autres – comme par ex. lorsqu'un tiers ayant le contrôle de lieux que le tribunal arbitral juge utile de visiter refuse de collaborer –, mais elles sont plus rares en pratique.

[950] Voir, de manière générale : T.H. Webster, « Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration », (2001) 17(2) J. Int. Arb. 143.

preuve ordonnée par le tribunal à l'endroit de l'une des parties, lorsque cette dernière refuse d'y donner suite volontairement; seul un juge pourra alors mettre en marche les mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique[951]. D'un point de vue théorique, l'assistance du juge dans l'obtention de preuves utiles ne s'avère donc justifiée que si on lui demande d'*ordonner à un tiers de fournir une preuve dont le tribunal arbitral est prêt à permettre la production* ou d'*exécuter une ordonnance rendue par le tribunal arbitral à l'endroit d'une partie.*

374. – Toujours en guise d'introduction, il convient de souligner qu'il n'existe aucune raison de ne pas reconnaître aux parties à un arbitrage commercial international le droit d'exclure conventionnellement l'assistance judiciaire se rapportant à l'obtention de preuves. En pratique, il est tout à fait possible que les parties veuillent se priver d'une telle forme d'assistance judiciaire; leur désir d'assurer la pleine autonomie de l'instance arbitrale – ce pourrait être pour assurer d'éviter des retards dans le déroulement de la procédure arbitrale, ou encore pour en rehausser le caractère confidentiel – sera alors si fort qu'elles seront prêtes à accepter les inconvénients découlant de l'absence de mécanismes d'assistance judiciaire relative à l'obtention de preuves. Or, ces mécanismes sont mis en place uniquement afin de servir les intérêts des usagers de la justice arbitrale. L'État n'a aucun intérêt prépondérant à garantir l'accès à de tels mécanismes qui pourrait l'emporter sur celui des parties de voir leur volonté d'organiser comme bon leur semble la procédure arbitrale respectée. Les parties devraient donc pouvoir[952] renoncer à les utiliser[953].

---

[951] Il faut souligner qu'en pratique, le fait que le tribunal arbitral puisse tirer des conclusions du refus d'une partie de donner volontairement suite à une mesure procédurale visant la communication d'une preuve fait en sorte qu'une telle mesure sera, la plupart du temps, exécutée volontairement. Le besoin de recourir à l'assistance judiciaire se fait donc surtout ressentir lorsqu'une preuve doit être obtenue d'une personne qui n'est pas partie à l'arbitrage. Voir, sur ce point : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 aux pp. 458-459; M.E. Schneider, « Article 184 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 433 à la p. 451.

[952] On comprend donc mal la décision du Législateur anglais d'affirmer le caractère impératif de l'art. 43 de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, qui permet l'assistance judiciaire relative à l'obtention de preuves (voir la liste de dispositions impératives dressée à l'annexe 1 de la Loi).

[953] Mais cherchent-elles à le faire lorsqu'elles s'assujettissent à un règlement d'arbitrage ne prévoyant pas expressément la possibilité d'une telle assistance des tribunaux judiciaires ? La question est importante puisque les règlements d'arbitrage international sont généralement silencieux sur la question, alors qu'ils envisagent par ailleurs expressément la possibilité qu'une partie sollicite l'intervention d'un juge afin d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire (voir *supra*, note 948). On pourrait en déduire que les parties ont eu l'intention d'exclure l'intervention judiciaire relative à l'obtention de preuves (voir, dans cet esprit, l'arrêt de la Cour

375. – Ces remarques préliminaires étant faites, il convient maintenant d'analyser les conditions de l'intervention du juge canadien en distinguant celles se rapportant à un arbitrage dont le siège est situé sur le territoire du for (A) de celles se rapportant à un arbitrage dont le siège est situé à l'étranger (B).

A) Lorsque le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for

376. – C'est en vertu de l'art. 27 de la Loi type que l'assistance des tribunaux des juridictions canadiennes de common law peut être sollicitée s'agissant de mesures relatives à l'obtention de preuves. Cette disposition – qui n'est sans doute pas impérative[954] – comporte deux caractéristiques importantes.

377. – Elle consacre d'abord l'idée suivante, qui est capitale : le juge peut octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international se déroulant sur le territoire du for les mêmes mesures relatives à l'obtention de preuves que celles qu'il peut octroyer dans le cadre de toute instance judiciaire. La CNUDCI a donc voulu consacrer l'*existence* du pouvoir d'assistance du juge – ce qui était nécessaire en raison des divergences relevées dans les

---

d'appel du Québec dans *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1 (obs. F. Bachand); 2001 R.T.D. com. 66 (note É. Loquin); CLOUT #392 (C.S. Qué.); [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2900; [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.), où il fut décidé que lorsque les parties s'assujettissent au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, elles expriment l'intention d'exclure toute forme d'intervention judiciaire, à l'exception de celle se rapportant à des mesures provisoires ou conservatoires). Or, cette interprétation de l'intention des parties n'est peut-être pas la meilleure. En effet, des auteurs particulièrement autorisés laissent entendre qu'il ne faudrait pas déduire du seul assujettissement à un règlement de cette nature l'intention des parties d'exclure une telle forme d'assistance judiciaire (voir : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 727-728, n° 1337, citant en exemple un cas où un tribunal CCI a requis l'assistance des tribunaux suisses dans l'obtention de preuves; D. Hascher, note sous *Ordonnance rendue dans l'affaire n° 6401*, J.D.I. 1995.1065; voir aussi : A. Hory, « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », Rev. arb. 1996.191 à la p. 200, n° 15). Il est également remarquable que les *IBA Rules on Taking Evidence in International Commercial Arbitration* – qui furent développées par un groupe d'experts de l'arbitrage commercial international provenant du monde entier et qui prévoient expressément, dans leur préambule, qu'elles sont destinées à être utilisées conjointement avec des règlements d'arbitrage international institutionnel ou *ad hoc* – envisagent, à deux reprises, la possibilité pour le tribunal arbitral de faire le nécessaire pour contraindre une personne à communiquer une preuve qu'elle refuse de divulguer volontairement (voir les art. 3(8) et 4(10)). Ces dispositions semblent bel et bien réserver l'assistance judiciaire relative à l'obtention de preuves. Or, il est fort douteux que l'on aurait inclut de telles dispositions dans les *IBA Rules* si les parties s'assujettissant à des règlements tels ceux de la LCIA, de la CNUDCI, de l'AAA ou de la CCI avaient réellement l'intention d'exclure une telle forme d'intervention judiciaire.

[954] En effet, le texte même de l'art. 27 ne comporte aucune indication pouvant laisser croire que les rédacteurs de la Loi type aient voulu lui conférer un caractère impératif. Sur la possibilité d'exclure conventionnellement les dispositions de la Loi type qui ne précisent pas expressément leur caractère non impératif, voir *supra* n° 102, ainsi que la décision rendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand).

droits nationaux[955]–, sans pour autant rechercher l'harmonisation des règles s'intéressant à la *nature* et aux *types* de mesures pouvant être prises par le juge, un domaine si étroitement lié aux particularités de l'organisation judiciaire des États qu'il aurait été irréaliste de croire en la possibilité d'un consensus sur le contenu de dispositions s'y rapportant[956]. Cet aspect de l'art. 27 doit être approuvé[957]. En effet, dès lors que l'on admet qu'il faut parfois autoriser le juge à intervenir afin d'octroyer des mesures relatives à l'obtention de preuves, il n'y a aucune raison de ne pas lui permettre de se servir de tous les outils procéduraux que le droit judiciaire privé du for met à sa disposition dans le cadre d'une instance judiciaire : pourquoi courir le risque de diminuer l'efficacité de son assistance en ne lui permettant d'octroyer que certaines des mesures procédurales normalement mises à sa disposition ?

378. – Mais dans quelles circonstances le juge est-il autorisé à intervenir à cette fin ? Voilà la seconde question cruciale qu'aborde l'art. 27 de la Loi type, en précisant qu'il ne peut le faire qu'à la demande du tribunal arbitral ou avec son approbation. La CNUDCI avait donc très clairement à l'esprit la nécessité d'éviter que l'intervention du juge empiète sur le pouvoir qu'a le tribunal arbitral de prendre des mesures procédurales qu'il peut rendre et qui s'avèrent nécessaires ou utiles afin de mener l'instance arbitrale à terme. Il s'agit d'un objectif tout à fait louable, mais on peut se demander si le moyen qu'a choisi la CNUDCI pour l'atteindre – l'exigence de l'approbation du tribunal arbitral, que l'on retrouve par ailleurs de plus en plus fréquemment en droit comparé[958] – est en lui-même réellement suffisant. Autrement dit, faire dépendre l'intervention du juge de la seule approbation du tribunal arbitral suffit-il afin d'éviter un empiétement sur la compétence arbitrale ?

379. – À la réflexion, il semble que ce ne soit pas le cas. Si l'approbation du tribunal arbitral était la seule condition pertinente de l'intervention du juge, il s'ensuivrait que le juge qui constate qu'elle est remplie devrait traiter la demande d'intervention qui lui est présentée de la même manière que si elle lui avait été présentée dans le cadre d'une instance judiciaire,

---

[955] Voir *supra*, n° 232.

[956] Sur les difficultés liées aux efforts d'harmonisation des règles internes touchant à la procédure civile, voir, de manière générale : Ph. Fouchard, dir., *Vers un procès civil universel ? Les règles trasnationales de procédure civile de l'*American Law Institute, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001.

[957] Son inapplicabilité lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for doit, en revanche, être déplorée : voir *supra*, n° 252 et suiv., et *infra*, n° 383 et suiv.

[958] Voir, par ex., les art. 43(2) et 44(4) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, l'art. 184(2) de la *Loi sur le droit international privé* suisse et l'art. 1041(2) du Code de procédure civile néerlandais de 1986.

ce qui l'amènerait inévitablement à apprécier l'utilité de la mesure recherchée par la partie requérante afin de trancher le différend dont est saisi le tribunal arbitral[959]; il s'agirait, en réalité, d'une *réappréciation* par le juge de l'utilité de la mesure recherchée, puisque si son intervention a déjà été approuvée par le tribunal arbitral, c'est forcément parce que ce dernier a jugé que la mesure recherchée était utile. Or, l'idée que le juge puisse apprécier *de novo* l'utilité de la mesure recherchée semble indéfendable au plan théorique. Non seulement le tribunal arbitral est parfaitement en mesure de juger de cette question – même lorsque la mesure recherchée vise un tiers –, mais il est incontestablement dans une meilleure position pour le faire. Afin d'assurer le respect par le juge de la compétence arbitrale – afin d'assurer que son intervention constitue véritablement une *assistance* à l'arbitrage, comme l'envisage d'ailleurs expressément l'art. 27 de la Loi type, et non un *empiétement* sur la compétence arbitrale –, il est essentiel qu'il tienne compte de la décision du tribunal arbitral constatant l'utilité de la mesure recherchée et même qu'il la respecte, du moins en principe. Il faut donc inciter les juges canadiens appelés à intervenir sur le fondement de l'art. 27 de la Loi type à reconnaître qu'ils doivent en principe respecter la décision du tribunal arbitral et refuser de s'attarder à l'utilité de la mesure recherchée, contrairement à ce qu'ils feraient si la demande leur avait été présentée dans le cadre d'une instance judiciaire[960].

On doit cependant admettre l'existence d'une exception à cette *règle de déférence du juge*

---

[959] Par ex., si une partie lui demande, avec l'autorisation du tribunal arbitral, d'ordonner à un tiers de se soumettre à un interrogatoire, l'application des règles internes pertinentes amènerait assurément, et toujours, le juge à apprécier – au moins – l'utilité de ce témoignage pour résoudre le différend dont est saisi le tribunal arbitral.

[960] En plus de pouvoir s'appuyer sur l'emploi par la CNUDCI du mot « assistance » à l'art. 27 de la Loi type, cet argument peut aussi s'appuyer sur le principe général favorisant le respect de l'intention des parties à un litige du commerce international de recourir à l'arbitrage (voir notamment *supra*, n° 69 et suiv.). En effet, la prise en compte de ce principe général de l'arbitrage commercial international – qui explique évidemment pourquoi le juge doit, de manière générale, respecter la compétence arbitrale – justifie une interprétation stricte des pouvoirs du juge saisi d'une demande d'assistance judiciaire relative à l'obtention de preuves. Par ailleurs, il semble possible d'invoquer au soutien de cet argument une décision rendue par la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Delphi Petroleum Inc.* c. *Derin Shipping and Trading Ltd.*, (1993) 73 F.T.R. 241; CLOUT #68. La partie requérante sollicitait l'intervention de la Cour afin d'interroger une personne située au Canada dans le cadre d'un arbitrage se déroulant à New York. La Cour a considéré que la mesure recherchée constituait une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'art. 9 de la Loi type – ce qui est discutable (voir sur la nature des mesures provisoires *infra*, n° 387 et la note 998; voir aussi, sur ce point, la décision de la High Court of Hong Kong dans *Vibroflotation A.G.* c. *Express Builders Co.*, (1996) 2(3) M.A.L.Q.R. 24; CLOUT # 77) – et qu'elle pouvait donc l'octroyer, même si le siège de l'arbitrage était situé à l'étranger et même si la permission du tribunal arbitral n'avait pas été obtenue. Mais, dans un *obiter dictum* remarquable, la Cour discuta du rôle du juge saisi d'une demande d'assistance fondée sur l'art. 27 de la Loi type de la manière suivante : « [a]n inquiry into the reasons for the request is *likely not necessary* because the request issues from the arbitral tribunal and *the role of the court is merely to exercise for the arbitral tribunal the compulsion power which the arbitral tribunal may not have* » [italiques ajoutés].

envers la décision du tribunal arbitral constatant l'utilité de la mesure recherchée : si l'octroi de la mesure recherchée ou autorisée par le tribunal arbitral est susceptible de porter atteinte à une règle d'admissibilité des preuves qui touche à l'ordre public, le juge doit pouvoir refuser de l'accorder. Il est parfaitement acceptable, voire nécessaire, de lui permettre de refuser de mettre en œuvre les mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique afin d'assurer le respect de l'ordre public. Par exemple, si le tiers visé par la demande d'assistance judiciaire est un avocat et que le témoignage recherché porte sur des faits couverts par le secret professionnel, le juge doit pouvoir refuser d'y donner suite même si le tribunal arbitral l'a autorisée. En revanche, il ne devrait accorder aucun poids à des arguments présentés par la partie s'opposant à la demande d'assistance judiciaire invoquant, par exemple, la non-pertinence de la preuve recherchée, l'inadmissibilité du ouï-dire ou encore la prohibition de la preuve testimoniale d'un acte juridique; puisqu'il n'existe aucun risque que l'ordre public soit menacé par le refus du juge de tenir compte de telles considérations, il n'existe aucune raison valable de ne pas exiger du juge qu'il respecte pleinement la compétence arbitrale et, partant, la décision des arbitres constatant l'utilité de la mesure recherchée.

380. – Il faut consacrer des développements particuliers à la situation du juge québécois, compte tenu de la décision de l'Assemblée nationale de s'écarter de manière assez importante du texte de l'art. 27 de la Loi type. Le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. contient deux dispositions non impératives[961] en vertu desquelles un juge québécois peut prêter assistance à un arbitrage commercial international afin de faciliter l'obtention de preuves. La première est l'art. 944.6, qui prévoit qu'un juge peut, à la demande d'une partie, assigner une personne afin qu'elle témoigne ou encore, sous certaines conditions, ordonner la détention d'une personne qui refuse de répondre à une telle assignation[962]. La seconde est l'art. 944.8, qui prévoit la possibilité qu'un témoin qui refuse de répondre à une question ou de communiquer

[961] Elles ne sont pas énumérées à l'art. 940 du C.p.c., qui identifie les dispositions impératives du Titre 1 du Livre VII du C.p.c.

[962] Cette disposition se lit comme suit : « Les témoins sont assignés conformément aux articles 280 à 283. Lorsqu'une personne régulièrement assignée et à qui ses frais de déplacement ont été avancés fait défaut de comparaître, une partie peut demander à un juge de l'y contraindre selon l'article 284 ». L'intervention du juge en ce qui concerne l'assignation des témoins est prévue aux art. 280, 282 et 283 du C.p.c. L'article 284 du C.p.c. traite du mandat d'amener.

un document en sa possession soit cité pour outrage au tribunal[963].

381. – On remarque d'entrée de jeu que l'approche adoptée par l'Assemblée nationale se démarque de celle privilégiée par la CNUDCI en ce que l'idée voulant que le juge puisse accorder au soutien d'un arbitrage les mêmes mesures que celles qu'il peut octroyer dans le cadre de toute instance judiciaire n'a, curieusement, pas été reprise dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. On a préféré ne mettre à sa disposition que trois mesures : l'assignation d'un témoin pour comparaître lors de l'audition au fond, le mandat d'amener et la citation pour outrage au tribunal d'un témoin qui, ayant comparu, refuse de répondre ou de communiquer une pièce. La différence n'est certainement pas sans incidence au plan pratique : par exemple, il s'ensuit que le Titre 1 du Livre du VII du C.p.c. ne permet pas au juge de prendre des mesures visant à obtenir une preuve située à l'étranger[964], de prendre des mesures de contrainte permettant la visite de lieux[965] ou d'ordonner que soit exhibé un élément matériel de preuve[966], ce qu'il aurait pu faire si le Législateur avait adopté l'approche privilégiée par la CNUDCI[967]. Parce qu'elle a donc pour effet d'empêcher le juge de se servir de tous les outils procéduraux auxquels il a accès dans le cadre d'une instance judiciaire[968], et parce que – comme on vient de le voir – une telle situation est difficilement justifiable d'un point de vue théorique[969], la décision de l'Assemblée nationale de s'écarter de l'approche qu'a privilégiée la CNUDCI est malheureuse.

---

[963] Cette disposition se lit comme suit : « [l]orsqu'un témoin, sans raison valable, refuse de répondre ou, ayant en sa possession quelque élément matériel de preuve d'intérêt pour le différend, refuse de le produire, une partie peut, avec la permission des arbitres, demander à un juge l'émission de l'ordonnance prévue à l'article 53 ».

[964] Voir les art. 426 et suiv. du C.p.c. concernant la tenue d'une commission rogatoire; sur ces dispositions, voir : G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 450, n° 193; J.-Cl. Royer, *La preuve civile*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 à la p. 455 et suiv., n° 646 et suiv. En jurisprudence, voir : *Mourinha* c. *Immeubles Durante Ltée*, [1986] R.J.Q. 1682 (C.A. Qué.); *Wightman* c. *Dunn*, REJB 1997-03835 (C.A. Qué.).

[965] Voir l'art. 290 du C.p.c.

[966] Voir l'art. 312 du C.p.c.

[967] La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'art. 27 de la Loi type permet à un juge ontarien d'intervenir, au soutien d'un arbitrage commercial international, sur le fondement des dispositions domestiques visant l'obtention de preuves situées à l'étranger : *Corporacion Transnacionale de Inversiones, S.A.* c. *STET International, S.p.a.*, (2000) 49 O.R. (3d) 414; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 5 (note F. Bachand); CLOUT # 391

[968] Cette conclusion paraît inéluctable puisqu'en raison de la règle découlant de l'art. 940.3 du C.p.c. (au sujet de laquelle voir *supra*, n° 159 et suiv.), on ne saurait admettre que les juges québécois puissent reconnaître eux-mêmes la possibilité d'octroyer des mesures procédurales visant l'obtention de preuves autres que celles expressément prévues au Titre 1 du Livre VII du C.p.c., comme celles relatives à la tenue de commissions rogatoires.

[969] Voir *supra*, n° 377.

382. – On remarque aussi que le Législateur québécois a voulu réglementer différemment l'incidence de la compétence arbitrale sur le pouvoir du juge saisi d'une demande d'assistance judiciaire visant l'obtention de preuves. Alors que l'intervention visant à amener le juge à citer un témoin pour outrage doit avoir été autorisée par le tribunal arbitral, celle visant l'assignation d'un témoin et celle visant l'émission d'un mandat d'amener n'ont pas à l'être. L'approche du Législateur est assez difficile à comprendre, car elle a pour effet d'accroître les risques que le juge empiète de manière inacceptable sur la compétence arbitrale, alors que l'on aurait pu s'attendre – puisque l'Assemblée nationale s'est montrée plus favorable à l'autonomie de l'instance arbitrale que la CNUDCI – à ce qu'en s'écartant de la Loi type, il cherche plutôt à mieux prévenir de tels empiétements de la part du juge.

Il faut cependant reconnaître que le fait que l'intervention envisagée à l'art. 944.6 du C.p.c. n'ait pas à être autorisée par le tribunal arbitral ne risque pas d'entraîner, en pratique, un empiétement très important du juge sur la compétence arbitrale. En effet, l'ordonnance que peut rendre ce dernier en vertu des art. 944.6 et 284 du C.p.c. ne vise que la *comparution* d'une personne afin qu'elle soit interrogée. Le juge qui fait droit à une telle demande d'assistance n'aura préjugé que de la *possibilité* que le témoignage de la personne visée s'avère *utile* à la résolution du litige dont est saisi le tribunal arbitral[970]. L'ordonnance de comparution ne préjugera donc aucunement de la *légalité* des questions que la partie requérante envisage de poser à la personne visée, ni des demandes de communication de pièces qu'elle entend formuler. Il reviendra toujours au tribunal arbitral d'en juger, lorsqu'elles lui seront posées ou formulées, et si le témoin refuse de répondre à une question ou de communiquer une pièce, ce n'est qu'avec l'autorisation du tribunal arbitral qu'il pourra être cité pour outrage[971].

B) Lorsque le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger

383. – On a vu qu'il convenait d'affirmer l'applicabilité à un tribunal arbitral des

[970] L'article 284 du C.p.c. prévoit expressément qu'un mandat d'amener ne doit être décerné que si le juge estime que le témoignage de la personne visée « pourrait être utile ».

[971] En vertu des art. 944.8 et 53 du C.p.c. L'idée développée *supra*, au n° 379 selon laquelle il faut inciter les juges des juridictions canadiennes de common law saisis en vertu de l'art. 27 de la Loi type à respecter, en principe, la décision du tribunal arbitral constatant l'utilité de la mesure recherchée est aussi applicable à l'intervention du juge québécois sollicitée en vertu de l'art. 944.8 du C.p.c.

dispositions législatives fédérales permettant l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves[972]. Il faut maintenant les examiner d'un peu plus près afin de comprendre dans quelles conditions un juge canadien pourrait être appelé à prêter assistance à un tribunal arbitral siégeant à l'étranger[973].

384. – S'agissant d'abord des mesures mises à la disposition du juge saisi d'une demande d'assistance fondée sur l'art. 46 de la Loi fédérale sur la preuve, elles sont, comme dans le C.p.c. québécois, limitées à celles qui s'avèrent nécessaires afin de contraindre une personne, d'une part, à comparaître afin d'être interrogée ou de communiquer une pièce et, d'autre part – et une fois qu'elle aura effectivement comparu –, à répondre aux questions qui lui sont posées ou à communiquer les pièces qui lui sont demandées[974]. Le juge n'a donc pas à sa disposition les mêmes mesures que celles qu'il peut octroyer dans le cadre de toute instance judiciaire. Cette situation est malheureuse, pour les raisons que l'on a déjà soulignées[975], et elle est également susceptible d'entraîner – dans des cas qui, certes, demeureront exceptionnels – certains inconvénients pratiques, comme dans l'hypothèse où un tiers ayant le contrôle de lieux que le tribunal arbitral juge utile de visiter refuse de collaborer[976].

---

[972] Voir *supra*, n° 252 et suiv.

[973] La matière est régie par les art. 43 à 51 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5. Les dispositions les plus importantes se trouvent à l'art. 46(1), qui se lit comme suit : « [l]orsque, sur requête à cette fin, il est prouvé à un tribunal ou à un juge qu'un tribunal étranger compétent, devant lequel est pendante une affaire civile, commerciale ou pénale, désire avoir, dans cette affaire, le témoignage de quelque partie ou témoin qui est dans le ressort du tribunal en premier lieu mentionné, ou du tribunal auquel appartient le juge, ou de ce juge, ce tribunal ou ce juge peut, à discrétion, ordonner en conséquence que la partie ou le témoin soit interrogé sous serment, par questions écrites ou autrement, devant la ou les personnes dénommées à l'ordonnance, et peut assigner, par la même ordonnance ou par une ordonnance subséquente, cette partie ou ce témoin à comparaître pour témoigner, et lui enjoindre de produire tous écrits ou documents mentionnés dans l'ordonnance, et tous autres écrits ou documents relatifs à l'affaire dont il s'agit et qui sont en la possession ou sous le contrôle de la partie ou du témoin ».

[974] Voir l'art. 46(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, qui doit être lu avec l'art. 47 : « [a]près notification à la partie ou au témoin de l'ordonnance mentionnée à l'article 46, ainsi que de l'avis de fixation d'un jour et d'un lieu pour son audition, signé par la personne commise par cette ordonnance pour entendre son témoignage, ou, si plus d'une personne est commise, alors signé par l'une d'elles, et après le paiement ou l'offre de frais de déplacement égaux à ceux qui peuvent être ordinairement payés dans le cas de comparution pendant une instruction, cette ordonnance peut être exécutée de la manière dont s'exécuterait une ordonnance rendue par ce tribunal ou par ce juge dans une affaire relevant de ce tribunal ou de ce juge ».

[975] Voir *supra*, n° 377.

[976] Hypothèse rare, mais certainement pas théorique (voir, par ex. : Ph.W. Amram, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale », http://www.hcch.net/f/conventions/expl20f.html, art. 10). Voir aussi les pouvoirs beaucoup plus étendus que confère au juge anglais l'art. 2(2) de l'*Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975*,

385. – S'agissant maintenant des risques que l'intervention judiciaire empiète sur la compétence arbitrale, une distinction doit être faite selon la nature de la mesure demandée. En ce qui a trait d'abord à l'ordonnance de comparaître aux fins d'interrogatoire ou aux fins de communication d'une pièce, il ressort clairement de l'art. 46 qu'elle ne peut être octroyée que si le tribunal arbitral a exprimé le désir que la preuve recherchée soit effectivement communiquée; il n'existe donc aucun risque qu'elle soit octroyée sans son approbation. Mais, comme on l'a vu en analysant l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 27 de la Loi type, les risques d'un empiétement du juge sur la compétence arbitrale ne s'en trouvent pas totalement éliminés pour autant; certains juges canadiens estiment en effet pouvoir ne pas donner suite à une demande d'assistance émanant d'un tribunal *judiciaire* étranger s'ils la jugent inappropriée, inutile ou même s'ils jugent la preuve recherchée non pertinente[977]. Idéalement, les juges devraient – là aussi[978] – faire preuve de déférence envers la décision du tribunal arbitral constatant l'utilité de la mesure recherchée et limiter leur contrôle de manière à ce que celui-ci ne serve qu'à assurer le respect des règles d'admissibilité des preuves destinées à préserver l'ordre public.

Rien dans les art. 46 et suiv. de la *Loi sur la preuve au Canada*[979] n'indique cependant que l'approbation du tribunal arbitral soit nécessaire lorsque l'intervention du juge canadien est sollicitée non pas pour contraindre le témoin à comparaître, mais plutôt pour le contraindre – une fois qu'il a comparu – à répondre à une question ou à communiquer une pièce lorsqu'il refuse de collaborer. Ce silence pourrait donner à penser que lorsqu'une objection à la divulgation d'une preuve est soulevée à l'occasion de la comparution du témoin, l'approbation du tribunal arbitral ne devrait être d'aucune pertinence dans la décision du juge; il reviendrait alors à ce dernier de juger de l'utilité, de la pertinence et de la recevabilité de la preuve recherchée. Mais une telle interprétation doit être rejetée au motif qu'elle est susceptible d'entraîner un empiétement inacceptable du juge sur la compétence

---

17 *Statutes* 190.

[977] Voir, par ex., le récent arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *OptiMight Communications Inc.* c. *Innovance Inc.*, [2002] O.J. (Quicklaw) No. 577 au n° 22, jugeant que la nécessité et la pertinence de la preuve recherchée, ainsi que le caractère approprié de la mesure recherchée, étaient des critères pertinents dans l'appréciation du bien-fondé d'une telle demande. Voir aussi, pour d'autres exemples récents : *GST Telecommunications Inc.* c. *Provenzano*, 2000 B.C.T.C. LEXIS 963 (B.C. S.C.); *Pandjiris Inc.* c. *Liburdi Pulsweld Corp.*, 2002 A.C.W.S.J. LEXIS 4795 (C.S.J. Ont.); *Four Seasons Hotels Ltd.* c. *Legacy Hotels Real Estate Investment Trust*, [2003] O.J. (Quicklaw) No. 1341 (C.S. Ont.).

[978] Voir l'argument développé *supra*, n° 379.

[979] L.R.C. (1985), c. C-5.

arbitrale. C'est au tribunal arbitral, et non au juge, de trancher ces questions. En raison de la spécificité du contexte dans lequel il serait appelé à intervenir – en l'occurrence la nature arbitrale de l'instance à laquelle on lui demanderait de prêter assistance –, le juge canadien saisi d'une telle demande d'assistance ne devrait accepter de contraindre le témoin à communiquer la preuve recherchée que s'il est établi que le tribunal arbitral a approuvé la démarche de la partie requérante[980]; il devrait alors faire preuve de déférence envers la décision du tribunal arbitral constatant l'utilité de forcer la divulgation de la preuve recherchée et la respecter, sauf dans la mesure où elle s'avère incompatible avec une règle d'admissibilité des preuves touchant à l'ordre public[981].

§ II. L'assistance relative à des mesures provisoires ou conservatoires

386. – Afin d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale, il n'est pas suffisant de prévoir la possibilité que le juge intervienne dans le processus d'obtention des preuves; il doit aussi pouvoir intervenir afin que les parties puissent avoir, en cas de besoin, accès à des mesures provisoires ou conservatoires efficaces. Envisagée d'un point de vue strictement théorique, son intervention soulève trois questions.

387. – Premièrement : de quoi s'agit-il exactement ? La notion de mesures provisoires ou conservatoires vise d'abord, cela va de soi, des décisions qui ne tranchent pas le fond du litige, que ce soit totalement ou seulement partiellement; elles appartiennent donc à la

---

[980] Pourquoi se permet-on de conclure que le principe général favorisant le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage et, partant, la compétence arbitrale peut justifier l'existence d'une telle condition, qui n'est pas expressément prévue dans la Loi, alors que l'on a conclu qu'en vertu de l'art. 944.6 du C.p.c. – qui ne fait pas non plus mention d'une telle condition – l'intervention du juge québécois visant l'assignation d'un témoin ou l'émission d'un mandat d'amener n'a pas à être autorisée par le tribunal arbitral ? Il est vrai que cette différence peut paraître assez incohérente au premier coup d'œil. Mais en réalité, elle ne l'est pas. Contrairement au Parlement fédéral, le Législateur québécois a clairement exclu la possibilité que l'intervention judiciaire visée à l'art. 944.6 du C.p.c. doive être autorisée par le tribunal arbitral en précisant, deux articles plus loin, que l'intervention judiciaire visant à citer un témoin pour outrage au tribunal devait l'être. La loi fédérale est quant à elle silencieuse au sujet de l'intervention judiciaire relative à la citation d'un témoin pour outrage au tribunal; elle ne fait que laisser sous-entendre que le droit commun de l'outrage au tribunal est applicable à des interrogatoires tenus suite à une demande faite en vertu de l'art. 46(1). Le législateur fédéral n'a donc rien dit portant *spécifiquement* sur la citation pour outrage au tribunal relative à de tels interrogatoires. Rien dans la Loi fédérale ne laisse croire que le Législateur ait voulu exclure la possibilité qu'une telle forme d'intervention judiciaire soit conditionnelle à l'autorisation du tribunal auquel le juge prête assistance; son intention ne peut donc être invoquée afin de faire obstacle à l'argument selon lequel le principe général favorisant le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage et, partant, la compétence arbitrale justifie l'existence d'une telle condition.

[981] Voir *supra*, n° 379.

catégorie des mesures procédurales, c'est-à-dire ces décisions pouvant être rendues au cours d'une procédure à caractère juridictionnel, mais qui visent simplement à faire progresser l'instance vers une décision tranchant le litige[982]. Par ailleurs, toute mesure procédurale ne constitue pas nécessairement une mesure provisoire ou conservatoire, sinon il serait inutile de les distinguer les unes des autres[983]; les mesures provisoires ou conservatoires forment donc une sous-catégorie des mesures de nature procédurale susceptibles d'être octroyées dans le cadre d'une procédure à caractère juridictionnel. Elles se démarquent par leur objectif : comme les mesures relatives à l'obtention de preuves, elles visent – de manière générale – à assurer l'efficacité de la procédure arbitrale, mais elles s'en distinguent en ce qu'elles visent plus précisément – et fondamentalement – à *empêcher que certains événements survenus ou constatés avant ou durant l'instance n'entravent l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal saisi ou qu'une partie envisage de saisir*[984].

Certains événements entraveront l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal en *portant irrémédiablement atteinte à des droits qu'une partie revendique ou conteste* : par exemple, une preuve déterminante peut se perdre avant qu'elle soit formellement produite, rendant ainsi impossible la détermination correcte et adéquate des droits et obligations des

---

[982] Pour un aperçu des décisions de nature procédurale pouvant être rendues dans le cadre d'un litige du commerce international soumis à l'arbitrage, voir : S. Jarvin, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », Rev. arb. 1998.611 aux pp. 617-618.

[983] Cette idée semble parfois contestée. La conception qu'ont certains des mesures provisoires ou conservatoires est si étendue qu'elle semble couvrir l'ensemble des mesures procédurales susceptibles d'être octroyées dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Voir, par ex., les propos de C. Branson, « Interim Measures of Protection in a Changing International Commercial Arbitration World », (2002) 9 Croat. Arbit. Yrbk. 9 à la p. 10. Cependant, la majorité des commentateurs conçoivent de manière plus stricte les mesures provisoires ou conservatoires, de sorte qu'ils reconnaissent qu'elles forment une sous-catégorie des mesures procédurales qui présentent une certaine spécificité. Pour s'en convaincre, on a qu'à consulter les récents travaux de la CNUDCI (voir notamment : *Règlement de litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119), de la Conférence de La Haye de droit international privé (voir notamment : C. Kessedjian, « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et comparé », Conférence de La Haye de droit international privé, Exécution des jugements, Doc. prél. No. 10, 1998) et de l'Association de droit international (voir notamment : C. Kessedjian, « Mesures provisoires et conservatoires – À propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international », J.D.I. 1997.110), ainsi que les thèses de S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998, et M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002.

[984] Voir, dans cet esprit : L. Collins, « Provisional and Protective Measures in International Litigation », (1992) 234 R.C.A.D.I. 9 à la p. 23 et suiv. Voir aussi l'art. 8.1 des *Principles of Transnational Civil Procedure (Discussion Draft No. 4 – April 18, 2003)* préparés conjointement par l'American Law Institute et UNIDROIT, qui reflète justement cette idée : « [t]he court may grant provisional relief when necessary to preserve the opportunity to grant effective relief by final judgement ».

parties par le tribunal; autre exemple : la partie défenderesse peut adopter, en cours d'instance, un comportement contraire aux droits revendiqués par la partie demanderesse et qui cause à cette dernière un préjudice non susceptible d'être efficacement réparé dans la décision finale. D'autres événements entraveront plutôt l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal *en rendant plus difficile, voire impossible, l'exécution forcée d'une éventuelle décision tranchant le litige* : l'exemple classique est celui du débiteur qui dilapide ses biens ou qui les déplace afin de rendre plus difficile, voir impossible, l'exécution forcée d'une éventuelle décision sur le fond, ou sur les frais, lui étant défavorable. On comprend donc facilement que, du point de vue des parties, l'efficacité de tout processus juridictionnel – qu'il mène à une décision rendue par un juge ou un arbitre, ou qu'il se rapporte à un litige présentant ou non des éléments d'extranéité – dépend, du moins en partie, de la disponibilité de mesures visant à réduire les risques que la survenance de tels événements n'entrave l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal; autrement dit, les opérateurs du commerce international qui ont recours à l'arbitrage ont besoin, comme tous litigants, d'avoir accès à de telles mesures.

388. – La deuxième question qui se pose, lorsque l'on songe aux mesures provisoires ou conservatoires dans le contexte particulier de l'arbitrage commercial international[985], est celle

[985] Arbitrage commercial international et mesures provisoires ou conservatoires : voilà un sujet bien à la mode depuis quelques années; la littérature s'y rapportant et abondante. Voir, en plus des pages qu'y consacrent les principaux traités : S.A. Holmes, « Pre-Award Attachment Under the U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », (1981) 25 Va. J. Int'l L. 785; F.P. Fitzpatrick, « Attachment Prior to the Enforcement of International Arbitral Awards Under the New York Convention », (1983) 7 Fordham Int'l. L.J. 556; M.F. Hoellering, « Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration », [1984] Wis. Int'l L.J. 1; N.E. McDonell, « The Availability of Provisional Relief in International Commercial Arbitration », (1984) 22 Colum. J. Transnat'l. L. 273; J.D. Becker, « Attachments in Aid of International Arbitration – The American Position », (1985) 1 Arb. Int. 40; F. Ramos-Mendez, « Arbitrage international et mesures provisoires », Rev. arb. 1985.51; K.J. Brody, « An Argument for Pre-Award Attachment in International Arbitration Under the New York Convention », (1985) 18 Cornell Int'l L.J. 99; J.D. Becker, « Attachments and International Arbitration – An Addendum », (1986) 2 Arb. Int. 365; C.N. Brower et W.M. Tupman, « Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention », (1986) 90 Am. J. Int'l L. 24; Ph. Ouakrat, « L'arbitrage international et les mesures provisoires : étude générale », D.P.C.I. 1988.329; S. Jarvin, « Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of the Convention ? », (1989) 6(1) J. Int. Arb. 171; B.M. Cremades, « Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced Through a Revision of the New York Convention ? », (1989) 6(3) J. Int. Arb. 105; R. Perrot, « Mesures conservatoires et l'arbitrage », R.D.T. civ. 1989.624; C.E. Pew et R.M. Jarvis, « Pre-Award Attachment in International Arbitration : The Law in New York », (1990) 7(3) J. Int. Arb. 31; L.F. Ebb, « Flight of Assets from the Jurisdiction 'In the Twinkling of a Telex' : Pre- and Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitration », (1990) 7(1) J. Int. Arb. 9; H. Smit, « Provisional Relief in International Arbitration : The ICC and Other Proposed Rules », (1990) 1 Am. Rev. Int'l Arb. 388; M.F. Hoellering, « Interim Measures and Arbitration : The Situation in the United States », (1991) 46 Arb. J. 22; L. Collins, « Provisional and Protective Measures in International Litigation », R.C.A.D.I. 1992.234.9 à la p. 69 et suiv.; M.F. Hoellering, « Conservatory and Provisional

de savoir qui – du juge ou de l'arbitre – devrait pouvoir intervenir en cas de besoin.

Comme le pouvoir juridictionnel dont dispose un tribunal arbitral compétent lui permet non seulement de trancher le fond du litige, mais aussi de rendre toute décision procédurale qu'il *peut* rendre et qui s'avère *nécessaire ou utile* afin de mener l'instance arbitrale à terme[986], il serait inacceptable de permettre au juge d'octroyer une mesure provisoire ou conservatoire que le tribunal arbitral peut octroyer efficacement[987], comme une ordonnance enjoignant à la partie demanderesse de fournir un cautionnement fondée sur le risque que sa décision finale sur les frais ne puisse être exécutée. Mais il est tout aussi clair que le tribunal arbitral n'est pas toujours en mesure d'octroyer efficacement une telle mesure : ce sera par exemple le cas lorsqu'elle doit être dirigée à l'endroit d'un tiers – comme la banque d'un débiteur dont on a raison de craindre qu'il cherchera à rendre plus difficile, voire impossible, l'exécution d'une éventuelle décision défavorable en dilapidant ou en déplaçant ses biens –, lorsque l'octroi de la mesure recherchée passe nécessairement par la mise en œuvre des

---

Measures in International Arbitration : The AAA's Experience », (1992) 47 Arb. J. 40; les textes publiés dans *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n° 519, Paris, 1993; Cl. Goldman, « Mesures provisoires et arbitrage international », R.D.A.I. 1993.3; W.G. Semple, « The UNCITRAL Model Law and Provisional Measures in International Commercial Arbitration », [1994] A.D.R.L.J. 269; D.A. Redfern, « Arbitration and the Courts : Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn ? », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 71; A. Hory, « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », Rev. arb. 1996.191; D.A. Wagoner, « Interim Relief in International Arbitration : Enforcement is a Substantial Problem », (1996) 51 Disp. Resol. J. 68; F. Knoepfler, « Les mesures provisoires et l'arbitrage international », dans Kellerhals, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Europainstitut, Zurich, 1997, p. 307; A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », (1998) 125 J.D.I. 853; R.A. Horning, « Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules (in toto) : Article 46 », (1998) 9 Am. Rev. Int'l Arb. 155; S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998; J.K. Schaefer, « New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration : English, German and Hong Kong Law Compared », vol. 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, août 1998, http://www.ejcl.org/ejcl/22/art.22-2.html; P. Mayer, « *Imperium* de l'arbitre et mesures provisoires », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 437; G. Marchac, « Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules », (1999) 10 Am. Rev. Int'l Arb. 123; M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002; C. Branson, « Interim Measures of Protection in a Changing International Commercial Arbitration World », (2002) 9 Croat. Arbit. Yrbk. 9.

[986] Voir *supra*, n° 369; voir aussi : W.M. Reisman, W.L. Craig, W. Park et J. Paulsson, *Intenational Commercial Arbitration – Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, Westbury, The Foundation Press, 1997 à la p. 755.

[987] La solution, encore en vigueur dans quelques pays (voir, en ce sens : *Règlement de litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, , 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119 à la p. 9, n° 21), conférant au juge un pouvoir *exclusif* d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international, n'est donc pas satisfaisante, puisqu'elle est susceptible d'entraîner des empiétements illégitimes sur la compétence arbitrale.

mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique[988] ou encore lorsque l'urgence nécessite qu'elle soit octroyée avant même que le tribunal n'ait été constitué[989]. Il est également possible que même si le tribunal arbitral a pu effectivement octroyer la mesure recherchée, la partie l'ayant requise ressente le besoin d'en rechercher l'exécution forcée, ce que seul un tribunal judiciaire pourra ordonner. Assurément, donc, le juge doit avoir un rôle à jouer en ce qui concerne des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être octroyées au soutien d'un litige du commerce international soumis à l'arbitrage[990].

389. – On devine quelle est la troisième question qui se pose : que devrait donc être le rôle du juge en ce qui a trait aux mesures provisoires ou conservatoires pouvant être octroyées au soutien d'un arbitrage commercial international ? L'idée directrice paraît assez claire : son rôle doit être tel que les parties puissent avoir accès à des mesures provisoires ou conservatoires efficaces en cas de besoin, sans toutefois que son intervention empiète sur la compétence arbitrale. Idéalement, il faudrait donc, premièrement, que les conditions de son intervention soient telles qu'il puisse seulement *octroyer* une mesure provisoire ou conservatoire que le tribunal arbitral n'est pas lui-même en mesure d'octroyer ou d'octroyer efficacement; la nécessité d'assurer le respect de la compétence arbitrale commanderait aussi qu'il revienne toujours, en principe, au tribunal arbitral de décider, lorsqu'il est en mesure de

---

[988] Comme par ex. lorsque la mesure recherchée est une saisie conservatoire ou une ordonnance de séquestre. Voir, sur ce type de mesures : F. Ramos-Mendez, « Arbitrage international et mesures provisoires », Rev. arb. 1985.51; S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 aux pp. 57-68, n^{os} 64-80.

[989] Cette limite au pouvoir du tribunal arbitral est d'une grande importance en pratique, puisque le besoin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires se fait très souvent ressentir au tout début de l'instance ou même avant qu'elle n'ait été entreprise. Voir, sur ce point : Ph. Ouakrat, « L'arbitrage international et les mesures provisoires : étude générale », D.P.C.I. 1988.329 à la p. 245, n° 23.

[990] Voir notamment, sur ce point : S. Jarvin, « Is the Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of the Convention ? », (1989) 6(1) J. Int. Arb. 171 . La solution, en vigueur dans certains pays (voir, en ce sens : *Règlement de litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, , 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119 à la p. 9, n^{os} 22-24) et acceptée par certaines cours américaines (voir notamment, sur une jurisprudence qui a été abondamment commentée et qui est aujourd'hui bien connue : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 aux pp. 157-177, n^{os} 234-257), conférant au tribunal arbitral un pouvoir exclusif d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires n'est donc pas non plus satisfaisante au plan théorique. Cette solution est fondée sur l'idée selon laquelle les parties à un litige du commerce international qui choisissent d'avoir recours à l'arbitrage veulent exclure la compétence du juge non seulement pour trancher le fond du litige, mais aussi pour octroyer quelque mesure provisoire ou conservatoire que ce soit. Cette théorie n'est pas en harmonie avec les besoins et les attentes réelles des opérateurs du commerce international, comme en atteste de manière non équivoque le fait que pratiquement tous les règlements d'arbitrage – des instruments développés avec leur concours et dans le but de répondre à leurs besoins – réservent aujourd'hui aux parties le droit de saisir un juge afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires (voir les exemples cités *supra*, note 948).

le faire, de l'opportunité – eu égard aux circonstances de l'affaire – d'octroyer la mesure recherchée[991]. Par ailleurs, il serait essentiel que le juge puisse intervenir afin d'*ordonner l'exécution forcée* d'une mesure provisoire ou conservatoire octroyée par le tribunal arbitral tout en respectant, ce faisant, la décision de ce dernier sur l'opportunité de la mesure à la lumière des circonstances particulières de l'affaire[992].

On trouve un exemple d'une réglementation quasi idéale du pouvoir d'intervention du juge en matière de mesures provisoires ou conservatoires se rapportant à un arbitrage commercial international dans la Loi anglaise sur l'arbitrage adoptée en 1996[993]. En vertu de l'art. 44, on reconnaît au juge le pouvoir d'octroyer au soutien d'un arbitrage les mesures provisoires ou conservatoires qu'il peut normalement octroyer dans le cadre de toute instance judiciaire[994]. Mais la compétence arbitrale est doublement protégée d'un empiétement du juge : d'abord, ce dernier ne peut octroyer une telle mesure que si le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'intervenir efficacement[995]; ensuite, il ne peut – en principe – intervenir sans l'autorisation du tribunal arbitral[996]. Par ailleurs, l'art. 42 de la loi confère au juge anglais le

---

[991] Par ex., si la partie demanderesse constate, en cours d'instance, des faits qu'elles croient justifier l'octroi d'une saisie conservatoire à l'endroit de la banque de la partie défenderesse, le tribunal arbitral devrait d'abord juger de la nécessité d'une telle mesure et c'est seulement dans le cas où il l'autorise qu'un juge devrait alors pouvoir intervenir, en respectant évidemment la décision du tribunal arbitral constatant l'opportunité d'octroyer la mesure recherchée. Dans cet esprit, voir S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 aux pp. 240-248, n^{os} 393-410, où l'auteur insiste sur le caractère susbidiaire que devrait revêtir l'intervention judiciaire s'agissant de l'octroi par le juge de mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international.

[992] Autrement dit, la question de savoir si l'octroi par le tribunal arbitral de la mesure provisoire ou conservatoire en cause était justifiée à la lumière des circonstances de l'affaire ne devrait être d'aucune pertinence dans le cadre d'une demande d'exécution d'une telle mesure.

[993] *Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23.

[994] Les par. (1) et (2) se lisent comme suit : « (1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings. (2) Those matters are - (a) the taking of the evidence of witnesses; (b) the preservation of evidence; (c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings - (i) for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of the property, or (ii) ordering that samples be taken from, or any observation be made of or experiment conducted upon, the property; and for that purpose authorising any person to enter any premises in the possession or control of a party to the arbitration; (d) the sale of any goods the subject of the proceedings; (e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver ».

[995] Voir le par. (5) : «[i]n any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively ».

[996] Voir le par. (4) : « [i]f the case is not one of urgency, the court shall act only on the application of a party to the arbitral proceedings (upon notice to the other parties and to the tribunal) made with the permission of the tribunal or the agreement in writing of the other parties ». Le par. (3) prévoit cependant une exception en cas d'urgence, mais qui ne vise que certaines des mesures provisoires ou conservatoires qu'un juge anglais peut normalement octroyer : « [i]f the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed

pouvoir d'ordonner à une partie de respecter toute ordonnance de procédure émise par le tribunal arbitral, ce qui inclut sans doute les mesures provisoires ou conservatoires que ce dernier a pu octroyées[997].

390. – Comment se compare le rôle que peuvent être appelés à jouer les juges canadiens en matière de mesures provisoires ou conservatoires se rapportant à un arbitrage commercial international ? C'est ce qu'il faut maintenant vérifier, en distinguant l'intervention judiciaire visant l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires (A) de celle visant plutôt l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral (B).

A) L'octroi de mesures provisoires ou conservatoires

391. – L'étude du pouvoir d'intervention du juge canadien s'agissant de l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international révèle une réglementation qui est loin d'être pleinement satisfaisante. Si l'on constate d'abord – et avec une certaine satisfaction – que le juge canadien peut, en règle générale et sauf convention contraire des parties, octroyer au soutien d'un tel arbitrage toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire privé du for (1), il semble bien qu'il faille malheureusement conclure à l'inexistence de conditions relatives à son intervention destinées à éviter un empiétement sur la compétence arbitrale (2).

1) Le pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires

392. – La règle conférant au juge canadien le pouvoir d'octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for (a) doit être nuancée, car il serait inacceptable qu'elle puisse aller jusqu'à lui permettre d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais (b).

---

party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary *for the purpose of preserving evidence or assets* » [Italiques ajoutés]; il semble qu'une partie ne pourrait donc pas obtenir du juge une injonction destinée à prévenir une atteinte irréparable aux droits revendiqués par une partie avant que le tribunal arbitral ait été constitué, ce qui surprend beaucoup. Par ailleurs, il n'est pas dit que le juge saisi d'une demande d'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoires qui a été autorisée par le tribunal arbitral ne peut pas en apprécier *de novo* l'opportunité.

[997] Voir notamment, en ce sens : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 aux pp. 227-229, n[os] 318-319.

a) La règle générale : le juge peut, sauf convention contraire des parties, octroyer toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for

393. – L'idée voulant que le juge puisse octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for est consacrée en droit positif, et ce, à l'échelle canadienne.

394. – Dans les juridictions canadiennes de common law, la jurisprudence semble unanime à trouver confirmation de cette idée dans l'art. 9 de la Loi type, qui prévoit notamment que l'octroi par un juge d'une telle mesure[998] n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage. En réalité, et comme on l'a déjà souligné, c'est à tort que l'on invoque l'art. 9 au soutien de cette idée. En effet, cette disposition ne s'intéresse qu'à l'incidence de la convention d'arbitrage sur la *compétence* du juge, en précisant qu'elle n'affecte en rien sa compétence d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires; elle ne s'intéresse aucunement à la question de savoir s'il existe effectivement des mesures provisoires ou conservatoires qui peuvent être octroyées en rapport à un litige du commerce international que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage[999].

Est-ce à dire qu'il faudrait inciter les juges des juridictions canadiennes de common law à

---

[998] Il ressort des travaux préparatoires que la notion de mesures provisoires ou conservatoires à laquelle fait allusion l'art. 9 de la Loi type correspond à celle présentée *supra*, n° 387, puisque la CNUDCI avait très clairement à l'esprit non seulement les mesures qui visent à éviter une atteinte irréparable à des droits qu'une partie revendique ou conteste, mais aussi celles qui visent à éviter la survenance d'événements susceptibles de rendre plus difficile, voire impossible, l'exécution forcée d'une éventuelle décision tranchant le litige (voir notamment, en ce sens : *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 9, n° 4; *Rapport de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 25, n° 96). Il convient aussi de souligner qu'il ressort clairement de l'art. 27 de la Loi type que de simples mesures relatives à l'obtention de preuves ne constituent pas des mesures provisoires ou conservatoires (voir, sur ce point, *supra*, note 960). Contrairement à ce que semblent croire plusieurs commentateurs (voir notamment : Ph. Ouakrat, « L'arbitrage international et les mesures provisoires : étude générale », D.P.C.I. 1988.329 à la p. 242, n° 11; D.A. Redfern, « Arbitration and the Courts : Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn ? », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 71 à la p. 77 et suiv.; W.M. Reisman, W.L. Craig, W. Park et J. Paulsson, *Intenational Commercial Arbitration – Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, Westbury, The Foundation Press, 1997 aux pp. 753-754; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 727-728, n^{os} 1336-1338), l'exclusion de ces mesures de la catégorie des mesures provisoires ou conservatoires est pleinement justifiée au plan théorique, puisqu'elles ne visent aucunement à empêcher que certains événements n'entravent l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal saisi ou qu'une partie entend saisir; c'est seulement si la mesure vise la *conservation* d'une preuve qu'elle méritera d'être qualifiée de provisoire ou conservatoire.

[999] Voir *supra*, note 610.

reconsidérer l'idée voulant que le seul fait qu'un litige du commerce international soit visé par une convention d'arbitrage n'affecte pas la disponibilité des mesures provisoires ou conservatoires mises à leur disposition par le droit judiciaire privé du for ? Sûrement pas, puisqu'elle est nettement préférable d'un point de vue théorique, pour les raisons qui viennent d'être évoquées. Il serait cependant beaucoup plus juste d'affirmer tout simplement que cette idée repose non pas sur l'art. 9 de la Loi type, mais plutôt sur une règle proprement interne, de source prétorienne, dont l'assise théorique est le principe général de l'arbitrage commercial international qui tend à en assurer l'efficacité aux yeux de ses usagers[1000].

395. – Le Législateur québécois n'a pas repris intégralement l'art. 9 de la Loi type, mais il a plutôt reconnu au juge le pouvoir d'« accorder, à la demande des parties, des mesures provisionnelles »[1001]. Aucun doute ne peut donc subsister quant à l'*existence* de son pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international. La formule employée par l'Assemblée nationale soulève cependant une difficulté importante, qui fut mise en évidence dans une décision rendue par la Cour supérieure rendue en 1998[1002]. La Cour était saisie d'une demande de provision pour frais dans le cadre d'un litige entre actionnaires soumis à l'arbitrage. La requête invoquait une disposition de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[1003] prévoyant que dans le cadre d'un recours intenté par un actionnaire qui prétend avoir été victime d'oppression, un juge peut ordonner à la société poursuivie ou sa filiale de lui octroyer « des frais provisoires, y compris les honoraires légaux et les déboursés, dont ils pourront être comptables lors de l'adjudication définitive ». La partie requérante prétendait que l'ordonnance recherchée constituait une « mesure provisionnelle » au sens de l'art. 940.4 du C.p.c. et que la Cour supérieure pouvait donc l'octroyer même si le litige était soumis à l'arbitrage. La Cour rejeta

---

[1000] L'existence et l'importance de ce principe général ont été reconnus par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Éditions Chouette (1987) Inc.* c. *Desputeaux*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand). En traitant de la question de savoir si un tribunal arbitral dont la compétence est expressément limitée à l'interprétation ou l'application d'un contrat peut validement se prononcer sur des questions touchant à sa validité, la Cour a répondu par l'affirmative en invoquant le principe général de l'efficacité de l'arbitrage en ces termes : « La solution contraire multiplierait les procédures dans les cas où un différend concernerait autant l'interprétation des clauses du contrat que sa validité. Cette solution ferait violence à l'un des principes fondamentaux de l'arbitrage, qui veut offrir aux contractants un forum efficace pour régler leurs litiges (*Compagnie nationale Air France* c. *Mbaye*, [2000] R.J.Q. 717 (C.S.), p. 724 [où la Cour supérieure cite en ce sens Ph. Fouchard, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861]) » (au n° 64).

[1001] À l'art. 940.4 du C.p.c.

[1002] *Berthout* c. *IC2C Communications Inc.*, [1998] R.J.Q. 1263 (C.S. Qué.).

[1003] L.R.C. (1985), c. C-44. Il s'agissait de l'art. 242(4).

la requête, en privilégiant une interprétation destinée à assurer la cohérence interne du C.p.c. : l'expression « mesures provisionnelles » ayant été utilisée au Titre 1 du Livre V du C.p.c. afin de désigner trois institutions du droit judiciaire privé québécois – la saisie avant jugement, le séquestre judiciaire et l'injonction –, il fallait, selon elle, conclure que seules ces mesures sont à la disposition du juge[1004].

À la réflexion, ce raisonnement n'emporte cependant pas la conviction. D'une part, il soulève un problème majeur en raison d'une grave maladresse qui a conduit le Législateur à inclure, dans le titre du C.p.c. québécois consacré aux mesures provisionnelles, une disposition consacrée à l'injonction permanente[1005] : si les mesures provisionnelles visées à l'art. 940.4 du C.p.c. sont effectivement les institutions du droit judiciaire privé prévues au Titre 1 du Livre V du C.p.c., il s'ensuivrait qu'un juge pourrait trancher le fond de tout litige que les parties ont voulu renvoyer à l'arbitrage, dès lors que les conclusions recherchées par la partie demanderesse sont de la nature d'une injonction permanente; il s'agirait d'une conclusion très contestable[1006] qui, au surplus, serait susceptible – lorsque le litige se rapporte à une opération du commerce international – de placer le Canada en violation des obligations internationales lui incombant en vertu de l'art. II(3) de la Convention de New York. D'autre part, le raisonnement privilégié par la Cour supérieure dans cette affaire *Berthout* a pour effet

---

[1004] *Berthout* c. *IC2C Communications Inc.*, [1998] R.J.Q. 1263 (C.S. Qué.) à la p. 1266. Voir aussi, au même effet : R.Tremblay, « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394 à la p. 408.

[1005] Il s'agit de l'art. 751, qui se lit comme suit : « [l]'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit ».

[1006] Mais à laquelle est pourtant arrivée la Cour supérieure dans l'affaire *Les Placements Raoul Grenier Inc.* c. *La Coopérative forestière Laterrière*, REJB 2002-32486 (décision confirmée sur ce point, mais *en* obiter, par la Cour d'appel du Québec : REJB 2003-50541). En plus d'invoquer l'art. 904.4 du C.p.c., la Cour a cherché à justifier sa conclusion en invoquant les règles réservant aux cours supérieures canadiennes le pouvoir d'octroyer des injonctions permanentes, qui lui semblaient faire obstacle à tout argument voulant qu'un tribunal arbitral puisse octroyer de telles ordonnances. Ce raisonnement n'est pas convaincant, puisque ces règles ne s'intéressent qu'à la compétence *rationae materiae* des tribunaux judiciaires. Autrement dit, elles ne visent qu'à préciser quels tribunaux, *parmi ceux qui font partie de l'appareil judiciaire étatique*, pourront octroyer de telles ordonnances. Elles n'ont aucunement vocation à répartir les compétences entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux arbitraux. L'erreur de la Cour supérieure s'apparente donc à celle qu'a commise la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Desputeaux* en ce qui a trait à la portée de l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 (voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada récusant, à juste titre, le raisonnement adopté par la Cour d'appel dans cette affaire : *Éditions Chouette (1987) Inc.* c. *Desputeaux*, 2003 CSC 17; Rev. arb. 2003.473 (note F. Bachand)). Par ailleurs, il est assez incohérent de conclure qu'un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'ordonner des injonctions permanentes compte tenu, premièrement, de la faveur dont jouit aujourd'hui l'arbitrage conventionnel au Québec et, deuxièmement, que l'exécution forcée est devenue, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, un mode normal d'exécution des obligations contractuelles.

d'interdire aux juges d'octroyer au soutien d'un arbitrage des mesures provisoires ou conservatoires qui sont normalement à leur disposition, mais qui ne sont pas visées par les dispositions du Titre 1 du Livre V du C.p.c. On peut donner en exemple les mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'art. 438 et suiv. du C.p.c. ainsi que l'ordonnance permettant l'interrogatoire hors cour de personnes dont on a raison de craindre qu'elles ne seront pas en mesure de témoigner lors du procès (art. 404 du C.p.c.); clairement, ces mesures visent à préserver l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal saisi ou que la partie requérante envisage de saisir, ce qui justifie leur appartenance à la catégorie des mesures provisoires ou conservatoires[1007]. Mais pourquoi priver le juge de la possibilité d'en octroyer, en cas de besoin, lorsque le litige envisagé fait l'objet d'une convention d'arbitrage ? La prise en compte du principe général de l'efficacité de l'arbitrage[1008] devrait plutôt conduire l'interprète à conclure que le juge peut en principe octroyer, en vertu de l'art. 940.4 du C.p.c., toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for[1009]. En somme, la Cour supérieure aurait dû, dans cette affaire *Berthout*, refuser d'accorder la provision pour frais recherchée non pas parce qu'il ne s'agissait pas d'une mesure provisionnelle au sens du Titre 1 du Livre V du C.p.c., mais plutôt au motif que la mesure sollicitée, parce qu'elle ne visait aucunement à préserver l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral saisi du fond du litige, ne revêtait aucun caractère provisoire ou conservatoire[1010].

396. – Il faut bien se garder de croire que, contrairement à ce que pourraient donner à

[1007] Voir notamment, en ce qui a trait aux mesures d'instruction *in futurum* : J.-C. Royer, *La preuve civile*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 à la p. 458 et suiv., n° 652 et suiv.; sur l'octroi de ce type de mesures en matière d'arbitrage conventionnel, voir : A. Hory, « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », Rev. arb. 1996.191.

[1008] Sur ce principe général, voir *supra*, note 1000.

[1009] Cette interprétation peut trouver un appui additionnel dans l'art. 3138 du *Code civil québécois*, qui fut adopté cinq ans après l'art. 940.4 du C.p.c. et qui permet au juge québécois d'accorder des « mesures provisoires ou conservatoires » au soutien de tout litige bien qu'il soit incompétent – sur le plan international – pour en trancher le fond. Comme il ne fait aucun doute que le juge saisi sur le fondement de l'art. 3138 du Code civil n'est aucunement limité aux « mesures provisionnelles » du Titre 1 du Livre V du C.p.c., pourquoi les mesures à sa disposition ne devraient-elles pas être les mêmes lorsqu'il est appelé à prêter assistance non pas à une instance judiciaire étrangère, mais plutôt à une instance arbitrale ?

[1010] En effet, l'octroi de frais à titre provisoire prévu à l'art. 242(4) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, est une mesure qui vise plutôt à permettre d'éviter, dans certaines circonstances, qu'un manque de ressources empêche la partie demanderesse de financer adéquatement un recours en oppression; voir, en ce sens : *Wilson* c. *Conley*, (1990) 1 B.L.R. (2d) 220 (C. Ont. (Div. gén.)); *Alles* c. *Maurice*, (1992) 5 B.L.R. (2d) 146 (C. Ont. (Div. gén.)); *Budd* c. *Gentra inc.*, [1997] O.J. (Quicklaw) No. 5341 (C. Ont. (Div. gén.)).

penser certaines décisions américaines, le pouvoir dont disposent les juges canadiens d'octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international toute mesure provisoire ou conservatoire mise à leur disposition par le droit judiciaire privé du for est incompatible avec les obligations internationales incombant au Canada en vertu de l'art. II(3) de la Convention de New York. Certaines cours américaines ont conclu en ce sens[1011], non pas par méfiance envers l'arbitrage commercial international, mais plutôt parce qu'une telle interprétation de l'art. II(3) était susceptible – croyaient-elles – d'en accroître l'efficacité en assurant l'autonomie de l'instance arbitrale. Ce raisonnement n'est pas convaincant, puisque l'intérêt des opérateurs du commerce international est incontestablement mieux servi s'ils peuvent effectivement demander à un juge d'accorder, en cas de besoin, des mesures provisoires ou conservatoires; il n'est donc pas surprenant que la doctrine ait – quasi unanimement – conclu à l'inopportunité de l'interprétation donnée par ces juges américains à l'art. II(3)[1012].

Mais même si ces derniers avaient raison, et qu'il était exact d'affirmer que l'efficacité de l'arbitrage commercial international serait accrue si l'on privait les juges de tout pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, on ne saurait conclure que l'art. II(3) de la Convention de New York *impose* cette solution. D'abord, comme A.J. VAN DEN BERG l'a bien montré, les rédacteurs de la Convention n'ont jamais eu l'intention d'empêcher les juges d'octroyer de telles mesures au soutien d'un arbitrage commercial international; le

---

[1011] La première décision en ce sens a été celle de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *McCreary Tire & Rubber Co.* c. *CEAT, S.p.a.*, 501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974), jugeant que l'octroi d'une ordonnance de saisie avant jugement en rapport avec un litige du commerce international visé par une convention d'arbitrage était incompatible avec l'art. II(3) de la Convention de New York. Voir aussi, au même effet : *Metropolitain World Tanker Corp.* c. *Pertambagan Minjakdangas Bumi Nasional*, 427 F.Supp. 2 (S.D.N.Y. 1975); *I.A.T.D. Associates* c. *Podar Brothers*, 636 F.2d 75 (4th Cir. 1981); *Cooper* c. *Ateliers de la Motobecane, S.A.*, 57 N.Y. 2d 408 (1982); *Fabergé International Inc.* c. *Di Pino*, 491 N.Y.S. 2d 345 (1985); *Shah* c. *Eastern Silk Industries Ltd.*, 493 N.Y.S. 2d 150 (1985). Plusieurs cours américaines ont cependant refusé d'adhérer à cette thèse; voir, par ex. : *Carolina Power & Light Co.* c. *Uranex*, 451 F.Supp. 1044 (N.D.Cal. 1977); *Compania de Navigacion y Financiera Bosnia S.A.* c. *National Unity Maritime Salvage Corp.*, 457 F.Supp. 1013 (S.D.N.Y. 1978); *Talimpex Oil Ltd.* c. *Latina Trading Corp.*, 558 F.Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983). Pour une présentation de cette jurisprudence, voir : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 aux pp. 157-169, n^{os} 234-252. Voir aussi : C.N. Brower et W.M. Tupman, « Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention », (1986) 90 Am. J. Int'l L. 24; L.F. Ebb, « Flight of Assets from the Jurisdiction 'In the Twinkling of a Telex' : Pre- and Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitration », (1990) 7(1) J. Int. Arb. 9; S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 aux pp. 158-166, n^{os} 243-260.

[1012] Pour une analyse des principaux commentaires doctrinaux pertinents, voir : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 170 et suiv., n° 253 et suiv. Voir aussi : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 aux pp. 166-169, n^{os} 261-266.

dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral qu'envisage l'art. II(3) ne visait, à leurs yeux, que le fond du litige[1013]. Mais un autre argument, encore plus convaincant, peut être avancé. Comme on l'a vu, il importe, en interprétant la Convention de New York, de tenir compte des pratiques suivies par les États y étant parties, notamment celles des législatures, et qui sont susceptibles de refléter leur accord sur le sens d'une disposition donnée[1014]. Or, les très nombreuses lois régissant l'arbitrage commercial international adoptées à l'échelle mondiale au cours des dernières décennies réservent systématiquement aux tribunaux judiciaires le pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un litige du commerce international visé par une convention d'arbitrage[1015], ce qui révèle l'existence d'un consensus très important au sein de la communauté des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international sur le fait que l'art. II(3) ne s'intéresse aucunement à de telles mesures[1016]; ce facteur doit faire pencher la balance – et pour de bon – en faveur de la thèse voulant que la Convention de New York ne fasse pas obstacle à l'octroi par le juge de mesures provisoires ou conservatoires[1017].

397. – Il convient aussi de souligner que le lieu du siège de l'arbitrage n'a – et doit n'avoir – aucune incidence sur le pouvoir du juge canadien d'octroyer, au soutien d'un arbitrage commercial international, les mesures provisoires et conservatoires que met à sa disposition le droit judiciaire du for. Puisque les juges des juridictions canadiennes de common law estiment que leur pouvoir découle de l'art. 9 de la Loi type et que l'applicabilité

[1013] A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, Kluwer, 1981 à la p. 144. Voir aussi, sur ce point : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 712, n° 1307.

[1014] Voir *supra*, n° 73 et suiv.

[1015] Voir notamment, en ce sens : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 à la p. 148 et suiv., n° 227 et suiv.

[1016] On trouve un autre indicateur très pertinent de ce consensus dans le fait que la CNUDCI tient elle-même pour acquis, dans le cadre de ses récents travaux sur les mesures provisoires et conservatoires se rapportant à un arbitrage commercial international, que l'art. II(3) de la Convention de New York ne fait pas obstacle à l'octroi de telles mesures par un juge. Voir, par ex. : *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session*, (2000) XXXIB Annuaire de la CNUDCI 511 aux pp. 521-522, n^{os} 85-87; *Arbitrage commercial international – Travaux futurs envisageables : mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l'arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la convention d'arbitrage*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 12 octobre 2000, A/cn.9/wg.II/wp.111 à la p. 2 et suiv., n° 2 et suiv.; *Règlement de litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119; *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)*, 11 novembre 2002, A/cn.9/523 à la p. 23, n° 77.

[1017] La Chambre des Lords s'est prononcée en faveur de cette thèse dans *Channel Tunnel Group Ltd.* c. *Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334 à la p. 365.

de cette disposition ne dépend pas du lieu du siège de l'arbitrage[1018], il n'est pas surprenant de constater qu'ils ne voient dans le seul fait qu'un arbitrage se déroule à l'étranger aucun obstacle à une demande de mesures provisoires ou conservatoires[1019]. Cette solution est incontestablement la meilleure. Limiter l'intervention judiciaire aux seuls arbitrages se déroulant sur le territoire du for aurait des conséquences malheureuses sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, puisque comme les parties choisissent la plupart du temps de localiser juridiquement l'arbitrage dans un pays qui n'a aucun lien avec le litige, c'est bien souvent l'assistance des tribunaux judiciaires d'autres pays qui s'avérera nécessaire lorsqu'une partie ressentira le besoin d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire que le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'octroyer – ou d'octroyer efficacement[1020]. Et permettre aux parties de saisir directement les tribunaux judiciaires de l'ordre juridique intéressé par la mesure provisoire ou conservatoire recherchée s'avère nettement plus efficace que l'autre solution envisageable, inutilement lourde et complexe, selon laquelle la partie requérante devrait demander aux tribunaux judiciaires du lieu du siège de l'arbitrage d'octroyer la mesure sollicitée avant d'en rechercher la reconnaissance et l'exécution dans l'ordre juridique intéressé.

Si le pouvoir du juge canadien d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires ne dépend donc aucunement du lieu du siège de l'arbitrage auquel il est appelé à prêter assistance, sa compétence internationale n'est évidemment pas illimitée pour autant. Mais celle-ci n'est tout simplement pas spécialement limitée par des règles propres à l'arbitrage conventionnel ou à l'arbitrage commercial international; elle ne l'est que par les règles du droit judiciaire privé du for susceptibles de limiter dans l'espace son intervention à l'égard de chaque mesure provisoire ou conservatoire qu'il est autorisé à octroyer au soutien de toute instance judiciaire. Par exemple, dans l'hypothèse où un juge québécois était saisi d'une demande de séquestre présentée au soutien d'un arbitrage commercial international mais

---

[1018] Voir l'art. 1(2) de la Loi type.

[1019] Voir, par ex. : *Trade Fortune Inc.* c. *Amalgamated Mill Supplies Ltd.*, (1994) 89 B.C.L.R. (2d) 132; CLOUT #71 (B.C. S.C.); *Amican Navigation Inc.* c. *Densan Shipping Co.*, [1997] F.C.J. (Quicklaw) No. 1088 (C.F. 1re inst.); [1997] F.C.J. (Quicklaw) No. 1366 (C.F. 1re inst.); *TLC Mutlimedia Inc.* c. *Core Curriculum Technologies Inc.*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) No. 1656; CLOUT #353 (B.C. S.C.).

[1020] C'est sans doute pourquoi le Législateur anglais, à l'art. 2(3)*b*) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, a tenu à préciser que, contrairement à ce que prévoyait la Loi de 1950, le juge anglais peut maintenant octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international dont le siège est soit indéterminé, soit situé à l'étranger (sur le pouvoirs des juges anglais en vertu de la Loi de 1950, voir *Channel Tunnel Group Ltd.* c. *Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334 à la p. 357 et suiv.).

visant un bien mobilier situé à l'étranger, sans doute la refuserait-il au motif que le droit judiciaire du for limite son pouvoir d'intervention aux seuls biens situés au Québec. De même, le droit judiciaire privé du for empêcherait un juge canadien, saisi – en marge d'un arbitrage commercial international – d'une demande visant la conservation d'une preuve, d'y donner suite si la preuve recherchée est située à l'étranger.

398. – On peut enfin se demander si le pouvoir du juge canadien d'octroyer, au soutien d'un arbitrage commercial international, toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for est d'ordre public. La question mérite d'être posée, car même s'il ne fait aucun doute que les opérateurs du commerce international ont normalement intérêt à avoir accès aux tribunaux judiciaires afin de pouvoir obtenir de telles mesures, on peut imaginer des cas où les parties voudraient exclure cette possibilité, en convenant de sacrifier potentiellement l'efficacité du processus dans le but d'accroître l'autonomie de l'instance arbitrale afin, par exemple, d'en assurer la confidentialité; elles pourraient aussi vouloir écarter toute intervention judiciaire visant à éviter des atteintes irrémédiables à des droits qu'une partie revendique ou conteste au profit d'une procédure privée, comme celle mise à la disposition des opérateurs du commerce international par la CCI depuis 1990[1021]; elles pourraient également vouloir écarter toute possibilité que l'intervention soit sollicitée en rapport avec certaines des mesures provisoires ou conservatoires qui existent dans le droit judiciaire de quelques pays[1022]. Les textes législatifs

---

[1021] Il s'agit du *Règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, qui est en vigueur depuis le 1er janvier 1990. Sur ce règlement, qui n'a jusqu'à présent pas été utilisé très souvent , voir : J.-J. Arnaldez et E. Schafer, « Le Règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale (en vigueur depuis le 1er janvier 1990) », Rev. arb. 1990.835; Ch. Hausmaninger, « The ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure : A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration ? », (1992) 7 ICSID Rev. – For. Inv. L.J. 82; A. Hory, « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », Rev.arb. 1996.191 aux pp. 201-202, n° 16; M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 212 et suiv., n° 300 et suiv.; Institut pour l'arbitrage international (IAI), *Les premières applications du Règlement de référé pré-arbitral de la CCI – Comment prendre des mesures conservatoires efficaces dans le commerce international ?*, Séminaire du 31 mai 2002, document disponible sur l'internet à l'adresse suivante : http://www.iaiparis.com/pdf/actes_colloque.pdf; Ch. Jarrosson, « Le référé pré-arbitral de la CCI n'est pas un arbitrage : le recours en annulation formé contre l'ordonnance rendue par le tiers est irrecevable », note sous Paris, 29 avril 2003, *Société nationale des pétroles du Congo et République du Congo* c. *Société Total Fina Elf E & P Congo*, Rev. arb. 2003.1296.

[1022] Il est par ex. envisageable que les parties veuillent exclure toute possibilité – qui existe notamment en droit français et en droit néerlandais – qu'un juge ordonne le paiement provisoire d'une créance dont l'existence n'est pas sérieusement contestable, puisque l'octroi d'une telle mesure – qui, sous certaines conditions, mérite d'être qualifiée de provisoire ou conservatoire (voir, en ce sens : CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime BV* c. *Deco-Line*, Rev. arb. 1999.143 (note H. Gaudemet-Tallon); R.C.D.I.P. 1999.340 (note J. Normand)) – a souvent pour effet de mettre fin au litige (voir, sur ce dernier point, *supra*, n° 328); la disponibilité d'une telle

pertinents sont silencieux sur la question et les travaux préparatoires de la Loi type révèlent que la CNUDCI n'a pas voulu prendre position[1023].

Mais la réponse paraît évidente. Pour conclure au caractère impératif du pouvoir dont dispose le juge canadien d'octroyer, au soutien d'un arbitrage commercial international, toute mesure provisoire ou conservatoire que met à sa disposition le droit judiciaire du for, il faudrait pouvoir identifier des considérations d'intérêt public d'une importance telle qu'elles l'emporteraient sur le principe général de l'arbitrage commercial international reconnaissant aux parties le droit de convenir des modalités de la procédure arbitrale[1024]. Or, il n'y en a pas. Le pouvoir du juge canadien d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international n'est destiné qu'à servir les intérêts des opérateurs du commerce international; on ne peut sérieusement soutenir qu'il puisse aussi, de quelque manière que ce soit, servir l'intérêt public. Toute restriction à la liberté des parties d'écarter cette forme d'intervention judiciaire s'avèrerait donc, à la réflexion, injustifiée d'un point de vue théorique. De plus, il est permis d'affirmer – comme l'ont justement souligné Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN – que l'on reconnaît aujourd'hui largement, au sein de la communauté des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international, que les parties peuvent exclure conventionnellement l'intervention du juge en ce qui a trait à l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires[1025]; voilà un indicateur important du poids que l'interprète devrait accorder au principe général de l'autonomie de la volonté s'agissant des modalités de la procédure arbitrale, indicateur qui devrait mettre fin à toute incertitude quant au caractère impératif du pouvoir du juge[1026].

---

procédure pourrait donc, dans certains cas, anéantir l'efficacité de la convention d'arbitrage, d'où l'intérêt des parties de l'exclure.

[1023] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (3-21 juin 1985)*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 aux pp. 25-26, n° 97 : « Cette interprétation fournissait également une réponse à la question de savoir si l'article 9 devrait interdire aux parties d'exclure dans la convention le recours aux tribunaux pour toutes ou certaines mesures conservatoires. Cet article *ne devrait pas être interprété comme empêchant des accords d'exclusion de ce type, mais il ne devrait pas non plus être interprété comme donnant positivement effet à ce type d'accord* » [italiques ajoutés].

[1024] Sur ce principe général, voir *supra*, n° 129.

[1025] E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 718, n° 1318. Voir aussi : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 aux pp. 201 et suiv., n^{os} 280 et suiv.

[1026] Sur la pertinence de tenir compte d'indicateurs émanant de la communauté des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international dans l'appréciation du poids et de la portée des principes

b) L'exception : le juge ne doit pas pouvoir ordonner le versement d'un cautionnement pour frais

399. – S'il est donc heureux que les juges canadiens puissent, sauf convention contraire des parties, octroyer, au soutien d'un arbitrage commercial international, les mesures provisoires ou conservatoires mises à leur disposition par le droit judiciaire privé du for, on ne saurait cependant concevoir cette règle de manière absolue. Si celle-ci ne souffrait aucune exception, un juge canadien pourrait intervenir relativement à un arbitrage commercial international afin d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais. En effet, l'ordonnance de cautionnement pour frais est mise à la disposition des juges par le droit judiciaire privé en vigueur au Canada[1027] et elle constitue incontestablement une mesure de nature provisoire ou conservatoire, puisqu'elle vise à préserver l'efficacité d'une éventuelle ordonnance sur les frais rendue dans le cadre de la décision tranchant le litige[1028]. Or, l'idée qu'un juge puisse intervenir à cette fin est très contestable, et ce, pour des motifs tant théoriques que pratiques[1029].

400. – L'objection théorique tient à la nature particulière de l'ordonnance de cautionnement pour frais, qui se distingue des autres mesures provisoires ou conservatoires mises à la disposition des juges canadiens sur deux points essentiels. Premièrement, il n'est jamais nécessaire de recourir aux mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique afin d'en assurer l'efficacité, puisque le défaut de la partie demanderesse d'y donner suite est

---

généraux de l'arbitrage commercial international, voir *supra*, n° 148 et suiv.

[1027] Voir, par ex., l'art. 65 du C.p.c. québécois, les art. 415 et suiv. des *Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106 et la Règle 56 des *Règles de procédure civile* ontariennes, R.R.O. 1990, Règl. 194.

[1028] Sur l'ordonnance de cautionnement pour frais, voir : *Lapierre* c. *Barette*, [1988] R.J.Q. 2374 (C.A. Qué.); P. Deslauriers, « Le cautionnement pour frais des compagnies : critique d'une jurisprudence établie », [1994] R.D.J. 487. La Chambre des Lords a confirmé, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Coppée Lavalin S.A./N.V.* c. *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd. (in liquidation in Kenya)*, [1995] 1 A.C. 38, que l'ordonnance de cautionnement pour frais prévue en droit anglais, dont est inspirée l'ordonnance de cautionnement pour frais mise à la disposition des juges canadiens, constitue bel et bien une mesure de nature provisoire ou conservatoire, ce qui rejoint l'opinion de plusieurs auteurs ainsi que celle de la CNUDCI (voir, en ce sens : S.R. Bond, « La nature des mesures provisoires et conservatoires », dans *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n° 519, Paris, 1993, p. 22; M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. de J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 17, n° 21; *Règlement de litiges commerciaux – Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires – Note du Secrétariat*, 30 janvier 2002, A/cn.9/wg.II/wp.119 à la p. 7, au n° 18).

[1029] Un protonotaire de la Cour fédérale du Canada a déjà affirmé qu'une ordonnance de versement d'un cautionnement pour frais ne pouvait être prononcée, en vertu de l'art. 9 de la Loi type, au soutien d'un arbitrage commercial international : *Frontier International Shipping Corp.* c. *Tavros (The)*, [1999] F.C.J. (Quicklaw) No. 1744 au n° 20.

tout simplement sanctionné par la suspension de l'instance[1030]. En second lieu, il n'est jamais nécessaire qu'elle soit octroyée avant que le tribunal arbitral ait été constitué afin d'en assurer l'efficacité; autrement dit, l'urgence n'est jamais un facteur déterminant, ni même pertinent. La décision d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais, à la différence des autres mesures provisoires ou conservatoires, pourra donc *toujours* être prise de manière *pleinement efficace* par le tribunal arbitral[1031]. Le pouvoir du juge canadien étant, d'un point de vue théorique, justifié par la seule nécessité de sa contribution afin d'assurer la disponibilité de mesures provisoires ou conservatoires *efficaces*, il n'y a aucune raison valable de lui permettre d'intervenir dans un arbitrage commercial international afin d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais; toute intervention en ce sens porterait assurément atteinte – sans justification valable – à la compétence arbitrale.

401. – D'un point de vue pratique, permettre au juge canadien d'intervenir afin d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais pourrait, concrètement, avoir des conséquences particulièrement néfastes sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international. C'est d'ailleurs principalement pour cette raison que l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Ken-Ren*[1032] – où fut confirmé le pouvoir dont disposait le juge anglais, avant l'entrée en vigueur de l'*Arbitration Act 1996*[1033], d'intervenir dans un arbitrage commercial international se déroulant en Angleterre afin d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais – fut si vivement critiqué par de nombreux commentateurs spécialisés, qui ont même évoqué la possibilité que cet arrêt incite sérieusement les opérateurs du commerce international et les institutions d'arbitrage à ne plus localiser

---

[1030] Voir sur ce point, les propos de N. Rubins, « In God We Trust, All Others Pay Cash : Security for Costs in International Commercial Arbitration », (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 307 à la p. 366 : « Most importantly in this regard, when a respondent seeks security for costs, state power is completely superfluous. Unlike most other interim measures, security for costs is essentially self-enforcing : on order to provide a cost bond, the claimant is faced with the simple choice of complying or abandoning his case. Because compliance is based on the claimant's desire to litigate, there should never be any need for attachment or injunction, unless both parties are to be required to post equal security ».

[1031] Dont le pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires est aujourd'hui pleinement reconnu par les États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international : voir *infra*, n° 402.

[1032] *Coppée Lavalin S.A./N.V.* c. *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd. (in liquidation in Kenya)*, [1995] 1 A.C. 38 (H.L.). Quelques années auparavant, la Cour d'appel avait décidé, avec l'approbation de la doctrine, que le juge anglais ne pouvait intervenir dans un arbitrage CCI afin d'ordonner le versement d'un cautionnement pour frais : *Bank Mellat* c. *Helliniki Techniki S.A.*, [1984] Q.B. 291 (C.A. Engl.).

[1033] 1996, c. 23. C'est en vertu de l'art. 12(6)*a*) de l'*Arbitration Act 1950*, 1950, c. 27, que le juge anglais avait le pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international.

d'arbitrages en Angleterre[1034].

Le problème tient principalement au fait que les critères en vertu desquels les juges décident normalement du bien-fondé d'une demande de cautionnement pour frais s'avèrent très souvent particulièrement mal adaptés à l'arbitrage commercial international, de sorte que leur intervention risquerait d'avoir pour effet d'imposer à la partie demanderesse un fardeau injustifié et d'entraver du coup, et sans raison valable, l'instruction de l'affaire par le tribunal arbitral. Par exemple, des juges canadiens peuvent normalement ordonner le versement d'un cautionnement pour frais à une partie demanderesse au seul motif qu'elle réside à l'étranger[1035]; les risques que des difficultés dans la reconnaissance et l'exécution à l'étranger d'une ordonnance condamnant la partie défenderesse à assumer les frais empêchent la partie défenderesse d'en bénéficier pleinement sont alors complètement éliminés. Or, si ce facteur devait être pris en considération en présence d'un litige du commerce international soumis à l'arbitrage, le versement d'un cautionnement pour frais deviendrait la norme, puisque le siège d'un arbitrage commercial international se situe la plupart du temps dans un pays où ne réside aucune des parties. Mais ce serait absurde, puisque l'adhésion à la Convention de New York de la quasi-totalité des États dont les ressortissants font des affaires à l'étranger a entraîné l'harmonisation des conditions de reconnaissance et d'exécution par les juges étatiques des sentences arbitrales se rapportant à des différends du commerce international; autrement dit, peu importe où la partie défenderesse aurait à rechercher la reconnaissance et l'exécution d'une sentence condamnant la partie demanderesse aux frais dans l'hypothèse où cette dernière refusait d'y donner suite volontairement, ses chances d'être éventuellement payée seront pratiquement les mêmes[1036]. Il n'est donc pas surprenant, mais néanmoins très révélateur, que le Parlement anglais ait pris la peine de préciser, dans l'*Arbitration Act*

[1034] Voir, en particulier : Cl. Reymond, « Security for Costs in International Commercial Arbitration », (1994) 110 L.Q.R. 501 à la p. 505; voir aussi la critique particulièrement vive de D. Branson, « The Ken-Ren Case : It is an Ado Where More Aid is Less Help », (1994) 10 Arb. Int. 313. Voir aussi N. Rubins, « In God We Trust, All Others Pay Cash : Security for Costs in International Commercial Arbitration », (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 307 à la p. 325.

[1035] Voir, par ex., l'art. 65 du C.p.c. québécois, l'art. 416(1)*a)* des *Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106, et l'art. 56.01(1)*a*) des *Règles de procédure civile* ontariennes, R.R.O. 1990, Règl. 194.

[1036] La doctrine récuse de manière quasi unanime le critère de la résidence de la partie demanderesse; voir, par ex. : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 687-688, n° 1256; N. Rubins, « In God We Trust, All Others Pay Cash : Security for Costs in International Commercial Arbitration », (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 307 à la p. 371 et suiv.

1996[1037], que le tribunal arbitral ne pouvait ordonner le versement d'un cautionnement pour frais sur le seul fondement de la résidence de la partie demanderesse. Par ailleurs, il serait d'autant plus inacceptable que le versement d'un cautionnement pour frais devienne la norme qu'un consensus semble se dégager sur le fait qu'il ne devrait être ordonné que dans des situations exceptionnelles, et que le seul fait que la partie demanderesse connaisse des difficultés financières ne saurait le justifier[1038].

2) La malheureuse inexistence de conditions substantielles destinées à éviter un empiétement du juge sur la compétence arbitrale

402. – Le pouvoir d'un tribunal arbitral saisi d'un litige du commerce international d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires est aujourd'hui – et à très juste titre – pleinement reconnu par les États qui accordent leur soutien à l'arbitrage commercial international[1039]. Il importe donc que l'octroi par le juge de telles mesures soit assujetti à certaines conditions destinées à éviter tout empiétement de sa part sur le pouvoir dont disposera la plupart du temps le tribunal arbitral d'en octroyer. D'abord, le juge ne devrait pouvoir octroyer la mesure sollicitée que si le tribunal arbitral n'est pas lui-même en mesure

---

[1037] 1996, c. 23, art. 38(3).

[1038] Voir, sur ce point, les propos de E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 688, n° 1256 ainsi que les ordonnances de procédure et sentences qui y sont citées.

[1039] Voir, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 716-717, n° 1315. Le droit en vigueur dans la grande majorité de ces États, y compris dans les juridictions canadiennes de common law (voir l'art. 17 de la Loi type), reconnaît de manière inhérente au tribunal arbitral le pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international, en ce sens que l'existence de ce pouvoir ne dépend pas d'une disposition expresse à cet effet dans la convention d'arbitrage (voir, sur ce concept de pouvoir inhérent : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 331 et suiv.; A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », J.D.I. 1998.853 aux pp. 882-883; R.A. Horning, « Interim Measures of Protection; Securit for Claims and Costs; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules (in toto) : Article 46 », (1998) 9 Am. Rev. Int'l Arb. 155 à la p. 158). Cette idée est parfaitement justifiée sur le plan théorique, étant donné que l'on doit considérer que les parties, en conférant à un tribunal arbitral le pouvoir de trancher le différend les opposant, lui confèrent aussi – implicitement mais nécessairement – le pouvoir de rendre toute ordonnance de nature procédurale qu'il peut rendre et qui s'avère nécessaire ou utile afin de mener l'instance arbitrale à terme (voir *supra*, n° 369). Ce n'est malheureusement pas l'approche qui fut privilégiée par le Législateur québécois. L'Assemblée nationale a choisi de ne pas reprendre, dans le Titre 1 du Livre VII du C.p.c., l'art. 17 de la Loi type et les travaux préparatoires révèlent de manière non équivoque son intention de s'écarter – d'un point de vue substantiel – du modèle législatif proposé par la CNUDCI afin que le tribunal arbitral ne puisse octroyer des mesures provisoires ou conservatoires que si les parties lui ont expressément conféré le pouvoir de le faire : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats – Commission permanente des institutions* (16 septembre 1986) aux pp. 556 et suiv. et 572 et suiv.; R. Tremblay, « Commentaire des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage » (1988) 90 R. du N. 394 à la p. 408; A. Dorais, « L'arbitrage commercial – Développements législatifs », (1987) 47 R. du B. 273 à la p. 287.

de le faire, ou de le faire efficacement; ensuite, il devrait toujours revenir au tribunal arbitral, sauf dans l'hypothèse où celui-ci n'est pas en mesure d'agir, de décider de l'opportunité d'octroyer la mesure recherchée par la partie requérante[1040]. Malheureusement, il ne semble pas possible d'affirmer que l'intervention du juge canadien est assujettie à de telles conditions.

403. – On pourrait croire que cette conclusion découle inéluctablement du texte même de l'art. 9 de la Loi type, qui – on l'a vu – confirme que l'octroi par le juge d'une mesure provisoire ou conservatoire n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage. La CNUDCI n'a-t-elle pas clairement écarté toute possibilité que l'intention des parties de recourir à l'arbitrage et l'existence corrélative du pouvoir juridictionnel d'un tribunal arbitral auquel elles s'assujettissent donnent naissance à des conditions particulières devant être satisfaites avant qu'un juge canadien puisse octroyer des mesures provisoires ou conservatoires ? En réalité, l'art. 9 n'est pas aussi clair, puisque l'on pourrait, en s'appuyant sur le principe général favorisant le respect de l'intention des parties à un litige du commerce international de recourir à l'arbitrage, privilégier une lecture stricte : on interprèterait alors cette disposition non pas comme si la CNUDCI avait dit que l'octroi par le juge de mesures provisoires ou conservatoires n'est *jamais* incompatible avec la convention d'arbitrage, mais comme si elle avait plutôt dit que l'octroi par le juge de telles mesures n'est *pas nécessairement* incompatible avec la convention d'arbitrage; suivant une telle lecture, l'art. 9 ne s'opposerait pas à l'existence de conditions particulières, dont on pourrait recommander aux juges canadiens de reconnaître l'existence, destinées à éviter tout empiétement sur la compétence arbitrale.

404. – À la réflexion, on réalise cependant que cette seconde interprétation ne tient pas la route et que seule la première s'avère réellement compatible avec l'économie générale de la Loi type et, partant, avec l'intention qu'a probablement eue la CNUDCI. Ce constat découle de l'absence, dans cette Loi type, d'un mécanisme permettant l'exécution par le juge de mesures provisoires ou conservatoires rendues par le tribunal arbitral[1041]. En effet, l'existence de conditions destinées à éviter un empiétement du juge sur la compétence arbitrale n'est acceptable que si les parties ont par ailleurs accès à un mécanisme leur

[1040] Voir *supra*, n° 369 et suiv.

[1041] Sur ce point, voir *infra*, n° 412 et suiv.

permettant de faire exécuter, par le juge, des mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral; sinon, elles risquent de ne pas pouvoir prévenir utilement une atteinte à l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral, ce qui est bien pire que d'autoriser un juge à octroyer une ordonnance que le tribunal arbitral est parfaitement en mesure d'octroyer lui-même.

Autrement dit, dans une telle hypothèse, le principe général de l'efficacité de la procédure arbitrale[1042], sur lequel repose l'idée voulant que les parties doivent avoir accès à des mécanismes leur permettant de préserver l'efficacité du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral, doit l'emporter sur le principe général favorisant le respect de l'intention des parties à un différend du commerce international de recourir à l'arbitrage, sur lequel repose le pouvoir devant être reconnu au tribunal arbitral d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires – du moins lorsqu'elles ne visent pas des tiers. En somme, l'art. 9 de la Loi type doit être interprété comme si la CNUDCI avait précisé que l'octroi par le juge de mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international n'est *jamais* incompatible avec l'intention exprimée par les parties de recourir à l'arbitrage.

B) L'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral

405. – Il convient maintenant d'étudier le rôle susceptible d'être joué par le juge canadien s'agissant de l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral. À la réflexion, on constate que l'exécution judiciaire de telles mesures n'est possible qu'en vertu des lois britanno-colombienne et ontarienne, dont les dispositions permettent au juge de faire ce qui ne la Loi type, ni la Convention de New York ne lui donne le pouvoir de faire (1)[1043]. Cependant, l'approche adoptée dans ces deux lois est malheureusement loin d'être satisfaisante, l'analyse des dispositions pertinentes révélant d'importantes lacunes (2).

[1042] Sur ce principe général, voir notamment *supra*, note 1000.

[1043] Comme on a eu l'occasion de le souligner *supra*, n° 237 et suiv.

1) L'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral n'est possible qu'en vertu des lois britanno-colombienne et ontarienne

406. – Dans les juridictions canadiennes autres que la Colombie-Britannique et l'Ontario, les lois régissant spécialement l'arbitrage commercial international ne contiennent aucune disposition proprement interne visant à préciser si l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral est possible. Deux hypothèses sont alors envisageables. La première est celle de l'application à de telles mesures de la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue aux art. III et suiv. de la Convention de New York. Si c'était le cas, il faudrait conclure que l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires tombant dans le champ d'application de la Convention pourrait être recherchée dans les autres juridictions canadiennes de common law, où celle-ci y fut directement incorporée dans la législation interne[1044]; la prise en compte des obligations interétatiques incombant au Canada en vertu de la Convention[1045] devrait aussi conduire l'interprète interrogeant la Loi québécoise – dans laquelle la Convention ne fut pas reprise mot pour mot[1046] – au même résultat. La seconde hypothèse, qu'il n'est utile d'envisager que si l'on conclut à l'inapplicabilité de la procédure de reconnaissance et exécution prévue dans la Convention de New York, est celle de l'application à des mesures provisoires ou conservatoires de la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue aux art. 35 et 36 de la Loi type.

Dans chaque cas, la question essentielle qui se pose – question à laquelle ni la Convention de New York, ni la Loi type n'apporte de réponse claire – est la même : puisque ces procédures ne sont applicables qu'aux décisions du tribunal arbitral méritant la qualification de *sentences*, cette notion est-elle assez large pour inclure les décisions du tribunal arbitral octroyant des mesures provisoires ou conservatoires ?

407. – La question de savoir si la notion de sentence à laquelle réfère la Convention de New York vise de telles mesures a suscité un certain intérêt au cours des dernières années,

---

[1044] Sur l'incorporation de la Convention de New York dans ces juridictions, voir *supra*, note 94.

[1045] Sur l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte de ces obligations et sur l'importance à leur accorder en interprétant des règles juridiques internes, voir *supra*, n° 33 et suiv.

[1046] Sur cet aspect de la Loi québécoise, voir *supra*, n° 46 et suiv.

après qu'une cour australienne, la Cour suprême de Queensland, y a répondu par la négative[1047]. L'affaire concernait une ordonnance de la nature d'une injonction provisoire rendue par un tribunal arbitral siégeant aux États-Unis et adressée à deux parties australiennes. La Cour jugea que seules les décisions du tribunal arbitral qui tranchent, en tout ou en partie, le fond du litige dont il est saisi constituent des sentences arbitrales susceptibles de faire l'objet de la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue dans la Convention. Pour justifier cette conclusion, la Cour s'appuya sur trois dispositions de la Convention qu'elle jugea incompatibles avec l'idée voulant que la notion de sentence arbitrale puisse inclure des mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral.

La première est l'art. I, où un lien est établi entre la « sentence » et le « différend » opposant les parties[1048]. Aux yeux de la Cour, il n'y avait aucun doute que la notion de « différend » ne peut viser que le litige ayant donné lieu à la procédure arbitrale, de sorte que l'on pouvait voir dans cet art. I un élément favorisant la thèse liant la notion de sentence arbitrale au fond du litige[1049]. Cet argument n'est pas très convaincant : même en tenant pour acquis – pour les besoins de la discussion – que le mot « différend » vise bel et bien le litige ayant donné lieu à l'arbitrage, on ne voit pas pourquoi il faudrait considérer que seules les décisions qui tranchent ce différend y sont liées. Les ordonnances procédurales le sont aussi; elles le sont peut-être moins directement, mais elles le sont très certainement[1050]. En second lieu, la Cour s'est appuyée sur l'art. V(1)*c*) de la Convention, qui prévoit qu'une demande de reconnaissance et d'exécution sera refusée si la sentence « porte » sur un « différend » non

---

[1047] *Resort Condominiums International Inc.* c. *Bolwell*, (1995) XX Yearbook Com. Arb. 628; (1994) 9(4) Mealey's Int. Arb. Rep. A-1. Pour un commentaire, voir : M. Pryles, « Interlocutory Awards and Convention Awards : the Case of *Resort Condominiums* v. *Bolwell* », (1994) 10 Arb. Int. 385.

[1048] Voir surtout l'art. I(1).

[1049] *Resort Condominiums International Inc.* c. *Bolwell*, (1995) XX Yearbook Com. Arb. 628; (1994) 9(4) Mealey's Int. Arb. Rep. A-1 aux pp. A-10 et A-11.

[1050] Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire l'art. I(1) comme si les rédacteurs de la Convention de New York avaient précisé que la notion de sentence incluait les ordonnances de nature procédurale rendues par les arbitres : « [l]a présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales *et des ordonnances de nature procédurale* rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales ». L'idée d'une ordonnance de nature procédurale « issues de différends entre personnes physiques ou morales » ne choque aucunement l'esprit, de sorte que l'on ne voit pas en quoi le lien établi à l'art. I(1) entre la sentence arbitrale et le « différend » soutient réellement la thèse défendue par la Cour. Voir aussi, sur ce point : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 à la p. 330, n° 565.

visé par la convention d'arbitrage. Encore ici, la Cour voit un lien entre la notion de sentence arbitrale et le fond du litige qui la conduit à conclure que celle-là ne peut viser qu'une décision qui tranche – en tout ou en partie – celui-ci. Ce second argument n'est pas non plus déterminant, puisque l'idée d'une ordonnance procédurale qui « porte » sur le litige ayant donné lieu à la procédure arbitrale – en ce sens qu'elle se rapporte, qu'elle est liée, à un tel litige – ne choque aucunement l'esprit. Le troisième argument mis de l'avant par la Cour est un peu plus convaincant. S'appuyant sur l'art. V(1)*e*) – qui prévoit le refus d'une demande de reconnaissance et d'exécution lorsque « la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après lequel, [elle] a été rendue » –, la Cour a affirmé que seules les décisions normalement susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'annulation pouvaient être qualifiées de sentences arbitrales au sens de la Convention. Puisqu'il est acquis qu'en règle générale les ordonnances procédurales rendues par un tribunal arbitral ne peuvent faire l'objet d'un tel recours[1051], la Cour a vu dans cet art. V(1)*e*) un appui supplémentaire à la thèse voulant que la notion de sentence arbitrale n'inclue pas les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par les arbitres[1052]. L'argument est valable, mais il ne paraît pas déterminant puisqu'il est somme toute assez formaliste; on a l'impression que l'on pourrait très bien – si l'on était convaincu de l'opportunité de conclure à l'applicabilité de la Convention de New York à d'autres décisions que celles tranchant, en tout ou en partie, le fond du litige – l'écarter assez facilement, en y répondant par exemple que l'art. V(1)*e*) ne doit pas être interprété comme limitant la portée de la sentence arbitrale, mais tout simplement comme ne visant qu'une sous-catégorie des décisions qui sont par ailleurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution.

408. – À la réflexion, il semble donc qu'il faille bien se garder de donner trop de poids à

[1051] Son observation sur ce point est tout à fait juste; voir, sur ce point, les propos particulièrement pertinents tenus dans *Biakh* c. *Hyundai Corporation*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 187 (Q.B.) à la p. 189: « [a] judicial power to correct the course of the reference procedural rulings of an arbitrator which are within his jurisdiction is unknown in advanced arbitration systems, as is clear from the valuable Year Books published by the International Council of Commercial Arbitration [...] ». Voir aussi : S. Jarvin, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », Rev. arb. 1998.611; Ch. Jarrosson, note sous Paris, 1er juillet 1999, *Société Braspetro Oil Services (Brasoil)* c. *GMRA*, Rev. arb. 1999.835 à la p. 847, n° 17; F. Bachand, « 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) 25 R.J.T. 465 aux pp. 481-482.

[1052] Voir aussi, sur cet argument : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 à la p. 341 et suiv., n° 594 et suiv.

cette décision de la Cour suprême de Queensland en analysant la question de l'applicabilité de la Convention de New York aux mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral[1053]. Par ailleurs, on doit ne donner aucun poids dans l'analyse à un arrêt rendu subséquemment par une cour d'appel américaine qui, selon certains commentateurs[1054], aurait décidé que des mesures de nature procédurale peuvent faire l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution fondée sur la Convention de New York[1055]. En réalité, la cour américaine considérait clairement être en présence non pas d'une mesure procédurale, mais plutôt d'une décision tranchant une partie du fond du différend soumis à l'arbitrage[1056]. Cet arrêt ne soutient donc pas la thèse voulant que des mesures provisoires ou conservatoires puissent constituer des sentences arbitrales au sens de la Convention de New York; il ne fait qu'illustrer qu'une décision du tribunal arbitral qui ne tranche qu'en partie le fond du litige – on parle alors de sentence partielle – mérite d'être qualifiée de sentence arbitrale[1057]. D'autre part, ce serait une erreur d'accorder trop de poids

---

[1053] La Corte Suprema de Justicia colombienne a elle aussi décidé, dans un arrêt qu'elle aurait cependant pu motiver davantage, que la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue dans la Convention de New York n'était applicable qu'à une décision qui tranche en tout ou en partie le fond du différend : *Merck & Co. Inc.* c. *Technoquímicas SA*, (2001) XXVI Yearbook Com. Arb. 755. L'affaire ne concernait cependant pas une mesure provisoire ou conservatoire octroyée par le tribunal arbitral, mais plutôt une décision de ce dernier statuant sur sa propre compétence.

[1054] Dont Ph. Pinsolle, note sous Cour d'appel des États-Unis (7e circuit), 14 mars 2000, *Publicis Communication et Publicis SA* c. *True North Communications*, Rev. arb. 2000.657. Selon l'auteur, la décision du tribunal arbitral que la cour américaine considérait visée par la Convention de New York « constituait en effet indiscutablement une décision de procédure relevant de l'administration des preuves » (à la p. 658).

[1055] *Publicis Communication* c. *True North Communications Inc.*, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000). Voir aussi, sur cette affaire : M.J. Goldstein, « Interpreting the New York Convention – When Should an Interlocutory Arbitral 'Order' be Treated as an 'Award' ? », Bull. A.S.A. 2000.830.

[1056] La décision du tribunal arbitral ordonnait à l'une des parties de communiquer à l'autre partie certains documents, ce qui pouvait laisser croire qu'il s'agissait d'une mesure d'administration des preuves. Mais l'extrait suivant montre bien que la Cour estimait que ce n'était pas le cas : « As to whether Publicis had to turn over to True North tax records from 1994 to 1996, the arbitration tribunal's October 30 order appears final. The tribunal summarized True North's position that its claim 'is extremely urgent' and Publicis' contention that 'no urgency exists and that the matter . . . may be decided . . . together with the other claims.' The tribunal concluded that True North's claim 'is well founded,' said that interim measures were necessary, and directed Publicis to provide the 1994-1996 tax records to True North by November 23, 1998. Publicis argues that the deadline does not make this decision any more final and immediately enforceable than a discovery order setting a specific date for compliance. *This analogy is inapt. Discovery involves compiling information needed to reach a resolution; it is an early step in moving toward the end result. In the situation at hand, whether or not Publicis had to turn over the tax records is the whole ball of wax. The tribunal's order resolved the dispute, or was supposed to, at any rate. Producing the documents wasn't just some procedural matter – it was the very issue True North wanted arbitrated* » [italiques ajoutés].

[1057] Solution avec laquelle sont d'accord la grande majorité des commentateurs; voir, par ex. : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 739 et suiv., n° 1357 et suiv.; A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999 à la p. 364 et suiv.; M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration – 2001 Companion*, 2e éd., London, Butterworths, 2001 à la p. 106. Voir aussi :

à l'argument, qu'ont avancé certains commentateurs, selon lequel l'interprétation de la notion de sentence arbitrale qu'a donnée la Cour suprême de Queensland est préférable au motif qu'elle est plus compatible avec l'intention probable des rédacteurs de la Convention de New York, qui fut rédigée à une époque ou le droit de la majorité des États ne reconnaissait pas à un tribunal arbitral le pouvoir d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires[1058]; l'argument suppose qu'il faut, en interprétant la Convention de New York, donner aux mots employés par les rédacteurs le sens qu'ils avaient en 1958, mais – comme on l'a vu – cette théorie est aujourd'hui dépassée[1059]. Enfin, on hésite à accorder beaucoup d'importance dans l'analyse au fait que, traditionnellement, les procédures de reconnaissance et d'exécution ne visaient que des décisions définitives – ce qui excluait du coup de leur champ d'application les mesures provisoires ou conservatoires[1060] –, étant donné que cette idée est, à l'heure actuelle, en très net recul en droit comparé[1061].

409. – Puisque ni le texte de la Convention de New York, ni la jurisprudence s'y rapportant ne fournissent d'arguments réellement convaincants en ce qui a trait à l'interprétation à donner à la notion de sentence arbitrale, il importe d'analyser la question à la lumière de son but – qui est, tout comme l'objet d'un principe général auquel on a déjà fait référence à plusieurs reprises, d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international[1062] –, dont on a vu qu'il fallait tenir compte en interprétation les obligations

---

Gazette c. *Blondin*, REJB 2003-45981 (C.A. Qué.).

[1058] Voir, en ce sens : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 249, n° 347.

[1059] Voir *supra*, n° 67.

[1060] Voir, sur ce point : L. Collins, « Provisional and Protective Measures in International Litigation », R.C.A.D.I. 1992.234.9 à la p. 121.

[1061] Voir par ex., sur la possibilité que des mesures provisoires ou conservatoires fassent l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution en vertu de la *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.O.C.E. Législation (31 décembre 1972) n° L.299 (remplacée depuis par le *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*) : M.-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002 à la p. 271 et suiv., n° 381 et suiv. Voir aussi l'analyse de C. Kessedjian, *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, Conférence de La Haye de droit international privé, Exécution des jugements, Doc. prélim. No. 10 au sujet des développements pertinents au Royaume-Uni et dans les pays du Commonwealth (au n° 34), aux États-Unis (aux n^{os} 67 et suiv.), en France (au n° 108) ainsi qu'en Suisse (au n° 145).

[1062] Sur ce principe général, voir notamment *supra*, note 1000.

interétatiques qu'elle impose au Canada[1063]. Si, au terme de l'analyse, on conclut – comme l'a laissé entendre M. PRYLES[1064] – que l'efficacité de l'arbitrage commercial international serait effectivement accrue si la Convention de New York était applicable aux mesures provisoires ou conservatoires, cette interprétation devrait sans doute prévaloir; sinon, c'est l'autre, plus stricte – celle qu'a retenue la Cour suprême de Queensland – qui devrait l'emporter.

A priori, l'analyse téléologique incite à privilégier l'interprétation libérale. Comme on l'a vu, il est préférable que des mesures provisoires ou conservatoires puissent faire l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution[1065]; ce point tend même à faire consensus au sein de la communauté des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international, comme en font notamment foi les travaux en cours depuis plusieurs années à la CNUDCI[1066]. N'est-il donc pas évident que l'efficacité de l'arbitrage commercial international serait accrue si la notion de sentence à laquelle réfère la Convention de New York pouvait aussi viser des mesures provisoires ou conservatoires octroyées par les arbitres ? À bien y penser, il semble cependant que ça ne soit pas le cas. Si la Convention de New York permettait la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires, il s'ensuivrait que le juge appelé à intégrer la mesure octroyée dans l'ordre juridique auquel il est rattaché pourrait se livrer à un contrôle de la régularité de tous les aspects de l'arbitrage énoncés à l'art. V – comme l'efficacité de la convention d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitral, les règles de la procédure arbitrale et le respect de l'ordre public. Or, le fait que cette procédure offre au juge la possibilité de se livrer à un contrôle aussi étendu de la légalité de l'arbitrage implique qu'elle est très mal adaptée à des mesures provisoires ou conservatoires[1067]. Lorsque le besoin se fait ressentir d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'une telle mesure, le temps est toujours un élément important. Il est donc nécessaire que l'assistance du juge puisse être obtenue rapidement, mais la partie qui la recherche n'aura jamais l'assurance que ce sera le cas si le juge peut être appelé à

[1063] Sur ce point, voir *supra*, n° 69 et suiv.

[1064] M. Pryles, « Interlocutory Awards and Convention Awards : the Case of *Resort Condominiums* v. *Bolwell* », (1994) 10 Arb. Int. 385 à la p. 394.

[1065] Voir *supra*, n° 389.

[1066] Voir *supra*, note 628.

[1067] Dans cet esprit, voir : S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998 aux pp. 345-346, n° 600.

examiner des questions comme la compétence arbitrale et la régularité de la constitution du tribunal arbitral, qui conduisent parfois – et ce, même quand toutes les parties sont de bonne foi – à des débats susceptibles de durer des mois, voire des années. Il est donc loin d'être clair que l'application à des mesures provisoires ou conservatoires octroyées de la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue dans la Convention de New York permettrait réellement d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

410. – Mais cet argument n'est pas déterminant. On pourrait très bien y répondre que d'avoir accès à une procédure de reconnaissance et d'exécution qui, certes, n'est pas parfaite – et qui, dans biens des cas, ne permettra pas d'accroître véritablement l'efficacité de l'arbitrage commercial international –, c'est tout de même mieux que de n'avoir accès à aucune telle procédure; l'interprétation libérale de la notion de sentence arbitrale serait donc, en fin de compte, plus respectueuse du but de la Convention de New York. En réalité, l'argument n'emporte pas la conviction, car l'efficacité de l'arbitrage commercial international serait au contraire grandement *réduite* si cette interprétation l'emportait, et ce, pour deux raisons. D'abord, la possibilité qui serait offerte au juge de se livrer à un contrôle de tous les aspects de l'arbitrage énoncés à l'art. V de la Convention de New York aurait non seulement pour effet de rendre potentiellement inefficace son assistance à l'égard de la mesure provisoire ou conservatoire en cause, elle porterait aussi atteinte à l'efficacité de l'ensemble du processus arbitral, car – comme on l'a souligné – il est clairement dans l'intérêt des opérateurs du commerce international que le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage soit en principe reporté *a posteriori*; autrement dit, parce que le juge se verrait reconnaître le pouvoir de se livrer à un contrôle étendu de la légalité de l'arbitrage avant ou durant le déroulement de l'instance, interpréter de manière libérale la notion de sentence arbitrale à laquelle réfère la Convention de New York serait contraire au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage[1068].

En second lieu – et surtout –, l'interprétation libérale de la notion de sentence arbitrale aurait inévitablement pour effet de rendre possible l'intervention judiciaire bien au-delà des seules mesures provisoires ou conservatoires octroyées par les arbitres – et dans des cas où l'intervention du juge n'est non seulement pas nécessaire, mais où elle est carrément nuisible

[1068] Sur ce principe général, voir *supra*, n° 223 et suiv.

à l'efficacité de l'arbitrage commercial international. En effet, si l'on admet que la notion de sentence arbitrale inclut les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral, il faut aussi admettre qu'elle inclut *toutes* les autres mesures procédurales qu'est susceptible d'octroyer un tribunal arbitral; les mesures provisoires ou conservatoires et les décisions du tribunal arbitral qui tranchent, en tout ou en partie, le fond du différend ne présentent aucune caractéristique commune qui les distingue réellement des autres mesures procédurales. On ne peut donc dire que seules les premières constituent des sentences arbitrales sans tracer une ligne arbitraire – et qui n'est donc pas justifiable – entre celles-ci et les autres mesures de nature procédurale qu'un tribunal arbitral peut être appelé à octroyer. C'est donc dire que l'interprétation libérale de la notion de sentence arbitrale permettrait que l'intervention d'un juge soit sollicitée, au gré de l'une des parties, afin de rechercher la reconnaissance et l'exécution en vertu de la Convention de New York de n'importe quelle mesure de nature procédurale. L'atteinte à l'autonomie de l'arbitrage commercial international serait beaucoup trop importante. Même la Loi anglaise de 1996[1069], que l'on sait être parmi les plus permissives des lois modernes en ce qui concerne l'intervention judiciaire, ne va pas aussi loin puisque le mécanisme d'exécution judiciaire des ordonnances de procédure rendues par le tribunal arbitral ne permet l'intervention du juge que si la demande est faite par le tribunal arbitral, avec son autorisation ou encore avec le consentement de toutes les parties[1070].

411. – L'analyse conduit donc à privilégier l'interprétation selon laquelle la Convention de New York ne permet pas au juge d'intervenir afin d'ordonner l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral. Qu'en est-il maintenant de la Loi type ?

412. – Tout comme la Convention de New York, la Loi type ne contient aucune

---

[1069] *Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23.

[1070] Voir l'art. 42(2). D'autres dispositions limitent le rôle du juge. Ainsi, les art. 42(3) et 42(4) prévoient respectivement que « [t]he court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal's order » et que « [n]o order shall be made under this section unless the court is satisfied that the person to whom the tribunal's order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if no time was prescribed, within a reasonable time ». Ce mécanisme ne prévoit pas que le juge saisi d'une demande d'assistance pourra se livrer à quelque contrôle de la légalité de l'arbitrage que ce soit.

définition de la sentence arbitrale[1071]; elle ne dit pas de manière explicite si seules les décisions du tribunal arbitral tranchant, en tout ou en partie, le fond du litige constituent des sentences ou si les décisions procédurales rendues par les arbitres – ou certaines d'entre elles – peuvent aussi être ainsi qualifiées. Or, comme la procédure de reconnaissance et d'exécution qu'elle prévoit aux art. 35 et 36 permet au juge de se livrer à un contrôle de la légalité de l'arbitrage qui est quasi identique à celui prévu à l'art. V de la Convention de New York, les arguments présentés au paragraphe précédent et ayant trait à l'incidence sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international d'une interprétation large de la notion de sentence arbitrale sont en tous points applicables. De plus, deux autres arguments peuvent être invoqués afin de réfuter la thèse prônant une interprétation large et libérale de la notion de sentence arbitrale.

D'abord, certaines dispositions de la Loi type établissent clairement une distinction entre les décisions de nature procédurale rendues par les arbitres et les « sentences ». Par exemple, l'art. 29 de la Loi type prévoit que toute décision des arbitres est rendue à la majorité, sauf celles portant sur des « questions de procédure », qui peuvent être tranchées par un arbitre-président dûment autorisé, alors que la « sentence » doit – en vertu de l'art. 31 – être rendue par écrit et être – en règle générale – signée par tous les arbitres[1072]. Le message est assez clair : les décisions sur des questions de procédure ne constituent pas des sentences et les sentences ne sont pas des décisions qui ne portent que sur des questions de procédure; une sentence ne peut donc être qu'une décision tranchant, en tout en partie, le fond du litige. En second lieu, les travaux préparatoires de la Loi type révèlent de manière limpide que la CNDUCI ne considérait pas que la notion de sentence arbitrale pouvait inclure des mesures provisoires ou conservatoires, puisqu'elle était d'avis que l'exécution judiciaire de telles mesures n'était pas une question régie par la Loi type au sens de l'art. 5[1073]. À la lumière de ces données, il semble bien qu'il faille conclure que la Loi type ne permet pas qu'une procédure de reconnaissance et d'exécution soit engagée à l'endroit de telles mesures.

[1071] Un projet de définition de la sentence arbitrale fut examiné par la CNUDCI, mais les rédacteurs n'ont pu s'entendre à temps sur un texte final : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 aux pp. 153-154. Voir aussi : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 342.

[1072] En ce qui a trait au droit québécois, voir les dispositions correspondantes, que l'on trouve aux art. 944.11 et 945.2.

[1073] Sur ce point, voir *supra*, n° 170.

2) Les lacunes des mécanismes d'exécution de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral prévus dans les lois britanno-colombienne et ontarienne

413. – Comme on l'a souligné en mettant en lumière l'existence de dispositions proprement internes dans les lois canadiennes régissant l'arbitrage commercial international, les législatures britanno-colombienne et ontarienne ont adopté des dispositions rendant possible l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral[1074]. Elles s'y sont prises de la même manière que les législatures néerlandaise, australienne et écossaise[1075], en précisant que les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral constituent des sentences arbitrales. La disposition pertinente de la Loi ontarienne[1076] est l'art. 9, qui prévoit ceci : « [e]st assujettie aux dispositions [de la Loi type] comme s'il s'agissait d'une sentence, l'ordonnance du tribunal arbitral prévue à l'article 17 [de la Loi type] qui porte sur les mesures provisoires ou conservatoires ainsi que le versement d'une provision appropriée ».

La disposition britanno-colombienne est moins claire[1077] : « 'arbitral award' means any decision of the arbitral tribunal on the substance of the dispute submitted to it and includes *a*) an interim arbitral award, including an interim award made for the preservation of property, and *b*) any award of interest or costs ». Il est possible d'interpréter l'expression *interim arbitral award* de deux manières. On peut d'abord considérer, en invoquant le fait que c'est le sens que lui donnent aujourd'hui la plupart des commentateurs[1078], qu'elle ne vise qu'une

---

[1074] Voir *supra*, n° 237.

[1075] La disposition pertinente de la loi néerlandaise est l'art. 1051(3), au sujet de laquelle voir : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 344 et suiv.; en Australie, voir l'art. 23 de l'*International Arbitration Act 1974*; sur la modification apportée par la Législature écossaise à l'art. 17 de la Loi type, voir l'art. 66 de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990*, 1990, c. 40. Par ailleurs, certaines cours américaines ont jugé que des mesures provisoires ou conservatoires pouvaient être qualifiées de sentences arbitrales au sens donné à cette notion dans le *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. : *Island Creek Coal Sales Co.* c. *Gainesville*, 729 F.2d 1046 (6th Cir. 1984); *Pacific Reinsurance Management Corp.* c. *Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019 (9th Cir. 1991); *Yasuda Fire & Marine Insurance Company of Europe* c. *Continental Casualty Company*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994).

[1076] *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I-9.

[1077] Il s'agit de l'art. 2(1) de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233. À l'origine, la loi définissait la sentence arbitrale de la manière suivante : « 'arbitral award' means any decision of the arbitral tribunal on the substance of the dispute submitted to it and includes an interim arbitral award ». La formulation actuelle est due à une modification législative entrée en vigueur en 1988 (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, S.B.C. 1988, c. 46, art. 33). Les travaux préparatoires relatifs à la modification de 1988 ne fournissent aucune indication pertinente sur le sens de la notion de sentence arbitrale.

[1078] Voir, par ex. : A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e

décision du tribunal arbitral qui tranche en partie le fond du litige, ce qui exclurait du coup de son domaine les mesures provisoires ou conservatoires. Mais cette interprétation ne semble pas être la meilleure. En précisant qu'une décision relative à la conservation de biens – *preservation of property* – peut constituer une sentence arbitrale, le Législateur semble bel et bien avoir voulu élargir la notion de sentence arbitrale afin qu'elle vise aussi les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral, puisque cette idée de *preservation of property* est bien connue en droit judiciaire de tradition anglo-saxonne et vise clairement une décision de nature provisoire ou conservatoire[1079]. On ne pourrait pas réellement reprocher au Législateur britanno-colombien d'avoir agi de manière incohérente, puisque l'expression *interim award* est tout de même utilisée, à l'occasion, afin de désigner des mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral, comme à l'art. 26(2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[1080]. Il est donc préférable de conclure, à l'instar de deux commentateurs canadiens[1081], que le Législateur a effectivement voulu étendre la définition de la sentence arbitrale aux mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral.

414. – Bien que les législatures britanno-colombienne et ontarienne aient adopté des démarches sensiblement similaires, les modifications qu'elles ont souhaité apporter à la Loi type n'ont pas la même portée. En limitant son intervention aux mesures octroyées en vertu de l'art. 17 de la Loi type, le législateur ontarien semble avoir seulement rendu possible l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal

---

éd., London, Sweet & Maxwell, 1999 à la p. 379 et suiv.

[1079] Voir, par ex., la Règle 46 des *Supreme Court Civil Rules* de Colombie-Britannique, B.C. Reg. 11/2003.

[1080] Dont la version anglaise précise que des mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral « may be established in the form of an interim award ».

[1081] Le premier est R.K. PATTERSON, dont certains propos laissent croire qu'il est d'avis que les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral constituent des sentences arbitrales au sens de la loi britanno-colombienne : « The Analytical Commentary of the UNCITRAL Secretary-General on the Model Law expresses the view that the scope of interim relief pursuant to Article 9 is wider than that obtainable from the tribunal, in that it would extend to orders affecting third parties as well as to orders sought from foreign courts. This contrast between judicial and tribunal interim relief may be undermined by Section 31(6) of the British Columbia International Commercial Arbitration Act which provides that the tribunal may, at any time during the arbitral proceedings, make an interim award on any matter on which it may issue a final award » (R.K. Paterson, « Implementing the UNCITRAL Model Law – The Canadian Experience », (1993) 10(2) J. Int Arb. 29). L'autre est M. LALONDE, qui, dans le rapport qu'il a préparé pour l'ICCA, fait mention de la définition de la sentence arbitrale contenue dans la loi britanno-colombienne sous une rubrique consacrée aux mesures provisoires ou conservatoires : M. Lalonde, « Canada », dans J. Paulsson, dir., *International Council for Commercial Arbitration – International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. I, Kluwer, The Hague, m.-à-j à la p. 24.

arbitral siégeant en sol ontarien, puisqu'en vertu de l'art. 1(2) de la Loi type, l'art. 17 ne trouve application que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for[1082]. La disposition adoptée par le Législateur britanno-colombien ne contient aucune restriction de la sorte et c'est cette approche qui semble, à la réflexion, préférable. Le fait que les opérateurs du commerce international choisissent la plupart du temps de localiser l'arbitrage dans un pays qui n'a aucun lien avec le litige implique que c'est surtout l'assistance d'un juge étranger dont une partie est susceptible d'avoir besoin relativement à une mesure provisoire ou conservatoire octroyée par le tribunal arbitral. En plus de consacrer une distinction qui paraît assez arbitraire – on a du mal à comprendre pourquoi il faudrait traiter différemment les mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral siégeant sur le territoire du for de celles octroyées par un tribunal arbitral siégeant à l'étranger –, l'approche privilégiée par le Législateur ontarien risque donc d'être d'une utilité pratique assez limitée[1083].

415. – Par ailleurs, la décision des législatures britanno-colombienne et ontarienne d'assimiler les mesures provisoires octroyées par un tribunal arbitral à des sentences arbitrales soulève une question très importante d'un point de vue pratique : doit-on en déduire que de telles mesures, en plus de pouvoir faire l'objet d'une procédure de reconnaissance et d'exécution, peuvent également – lorsqu'elles ont été rendues par un tribunal arbitral siégeant sur le territoire du for[1084] – faire l'objet d'une procédure d'annulation en vertu de l'art. 34 de la Loi type ? *A priori*, cette conclusion semble inéluctable : les législatures britanno-colombienne et ontarienne ne se seraient-elles pas exprimées autrement, en précisant par exemple que l'assimilation des mesures provisoires ou conservatoires à des sentences arbitrales ne vaut qu'aux fins de la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue à l'art. 36 de la Loi type, si elles n'avaient pas souhaité

[1082] La version anglaise mérite d'être citée, puisqu'elle exprime de manière plus claire l'idée selon laquelle ce sont bien les mesures octroyées par le tribunal arbitral en vertu de l'art. 17 de la Loi type qui constituent des sentences arbitrales : « [a]n order of the arbitral tribunal *under article 17* of the Model Law for an interim measure of protection and the provision of security in connection with it is subject to the provisions of the Model Law as if it were an award » [italiques ajoutés].

[1083] Le projet de dispositions type sur l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires qu'étudie présentement la CNUDCI ne limite d'ailleurs pas l'intervention judiciaire aux seules mesures octroyées par un tribunal arbitral siégeant sur le territoire du for; voir notamment : *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)*, Doc. off. CNUDCI, 36e session, Doc. NU A/CN.9/523 (2002) à la p. 24, n° 78.

[1084] La précision est importante compte tenu qu'en vertu de l'art. 1(2) de la Loi type, l'art. 34 n'est applicable que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for.

que de telles mesures puissent faire l'objet d'un recours en annulation ?

Mais à bien y penser, cette interprétation n'est pas la meilleure. Comme on l'a souligné, les États qui accordent leur soutien à l'arbitrage commercial international s'entendent sur la nécessité d'exclure toute forme de contrôle judiciaire direct de la légalité d'ordonnances procédurales octroyées par un tribunal arbitral[1085]; il est évident que l'efficacité de l'arbitrage commercial international serait grandement affectée si un tel contrôle était possible, puisque l'on sait que les usagers de la justice arbitrale internationale ont intérêt à ce que tout contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage soit reporté *a posteriori*[1086]. En admettant que la partie contre qui la mesure provisoire ou conservatoire a été dirigée pourrait, dès qu'elle a été prononcée – et donc avant ou durant le déroulement de l'instance arbitrale –, provoquer à son gré l'examen par un juge de la régularité de tous les aspects de l'arbitrage mentionnés à l'art. 34 de la Loi type – efficacité de la convention d'arbitrage, constitution du tribunal arbitral, règles de la procédure arbitrale, respect de l'ordre public, etc. –, on attribuerait aux législatures britanno-colombienne et ontarienne l'intention de s'écarter de cette idée, sur laquelle tout le monde s'entend, de la nécessité de reporter *a posteriori* le contrôle judiciaire de la régularité de l'arbitrage. Mais si telle avait réellement été leur intention – si elles avaient plutôt privilégié l'idée voulant qu'une partie doit pouvoir provoquer en tout temps l'examen par un juge de la régularité de l'arbitrage –, elles ne se seraient sûrement pas limitées à permettre qu'un recours un annulation soit intenté à l'encontre de mesures provisoires ou conservatoires; elles auraient à tout le moins, par souci de cohérence et afin d'éviter une distinction assez arbitraire, également permis qu'un recours soit intenté à l'encontre de toute autre mesure de nature procédurale. Comme elles ne l'ont pas fait, on a du mal à croire qu'elles aient vraiment eu l'intention de s'écarter d'un principe général si important et si largement consacré en droit comparé. Il est donc préférable, en s'appuyant sur les principes généraux de l'efficacité de l'arbitrage commercial international[1087] et du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage[1088], de conclure à l'existence d'une exception à l'assimilation des mesures provisoires ou conservatoires aux sentences arbitrales ayant pour effet d'exclure toute possibilité qu'un recours en annulation soit intenté à l'endroit

[1085] Voir sur ce point les autorités mentionnées *supra*, à la note 1051.

[1086] Sur le principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage, voir *supra*, n° 223 et suiv.

[1087] Sur ce principe général, voir *supra*, note 1000.

[1088] Sur ce principe général, voir *supra*, n° 223 et suiv.

de telles mesures[1089].

416. – L'approche privilégiée par les législatures britanno-colombienne et ontarienne est problématique à un autre égard. Assimiler les mesures provisoires et conservatoires à des sentences arbitrales a, certes, l'avantage de rendre possible leur exécution en vertu de l'art. 36 de Loi type. Mais cela implique aussi que les conditions de leur exécution sont les mêmes que celles applicables à toute sentence arbitrale, ce qui veut dire que le juge appelé à en ordonner l'exécution peut se livrer à un contrôle de tous les aspects de l'arbitrage mentionnés à cet art. 36. Cela est loin d'être idéal, pour deux raisons.

Ce contrôle est d'abord beaucoup trop étendu. Comme on l'a souligné en analysant la notion de sentence arbitrale à laquelle réfère la Convention de New York, permettre au juge saisi d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire de contrôler tous ces aspects de l'arbitrage est susceptible d'entraver sérieusement l'efficacité de son assistance en plus d'avoir des répercussions néfastes sur l'efficacité de l'ensemble de l'arbitrage[1090]. Tout au plus le juge devrait-il pouvoir vérifier que la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inefficace, que la décision prise par le tribunal arbitral d'octroyer la mesure visée ne l'a pas été de manière incompatible avec une règle de procédure prévue dans la convention d'arbitrage invoquée et que les exigences fondamentales d'une procédure équitable – l'ordre public procédural – ont été respectées. L'importance de limiter le contrôle auquel peut se livrer le juge saisi d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire n'a pas échappé au Secrétariat de la CNUDCI qui, dans son projet de dispositions types qu'étudie actuellement le Groupe de travail sur l'arbitrage, a pris soin de ne pas reproduire aveuglément les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence énumérés à l'art. 36 de la Loi type[1091].

[1089] Le projet de dispositions types sur l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires qu'étudie actuellement la CNUDCI ne prévoit pas la possibilité qu'un recours en annulation soit intenté à l'encontre de telles mesures : *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)*, Doc. off. CNUDCI, 36e session, Doc. NU A/CN.9/523 (2002) aux pp. 24-25, n° 78.

[1090] Voir *supra*, n° 410.

[1091] Ce projet prévoit actuellement que le juge peut se livrer à un contrôle de l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage, qu'il peut vérifier que la partie visée par la mesure provisoire ou conservatoire a été dûment avisée de la constitution du tribunal arbitral ou de la procédure arbitrale et qu'elle a pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure en question et qu'il peut refuser d'accorder la demande d'assistance si la

En plus de donner ouverture à un contrôle judiciaire trop étendu, la procédure de reconnaissance et d'exécution prévue à l'art. 36 de la Loi type s'avère mal adaptée en ce qu'elle ne traite aucunement de la question particulière de la compatibilité de la mesure provisoire ou conservatoire octroyée par le tribunal arbitral avec le droit judiciaire du for. Il est tout à fait possible que l'ordonnance prononcée par les arbitres ne puisse être aisément intégrée dans l'ordre juridique du juge saisi de la demande d'exécution. Ce problème a d'ailleurs retenu l'attention de la CNUDCI et le projet de dispositions types préparé par le Secrétariat en traite d'une manière somme toute assez satisfaisante[1092]. Le juge saisi se voit d'abord reconnaître la faculté de ne pas ordonner l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire en cause si celle-ci s'avère incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par le droit judiciaire du for. Mais on lui reconnaît aussi le pouvoir de choisir de ne pas rejeter la demande d'exécution dans une telle hypothèse, mais de choisir plutôt de reformuler la mesure en cause « autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter », et ce, sans en changer la teneur. En ne permettant pas au juge de reformuler, en cas de besoin, la mesure provisoire ou conservatoire dont on lui demande d'ordonner l'exécution, la procédure prévue à l'art. 36 de la Loi type s'avère donc trop rigide.

417. – En dernier lieu, on peut s'étonner du fait que les modifications à la Loi type apportées par les législatures britanno-colombienne et ontarienne visant à permettre l'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral n'aient pas été accompagnées de modifications destinées à assujettir le pouvoir dont dispose le juge d'octroyer des telles mesures à certaines conditions liées à la nécessité d'éviter un empiétement sur la compétence arbitrale[1093]. En effet, dès lors que l'efficacité du pouvoir du tribunal arbitral d'octroyer de telles mesures est assurée par la mise en place d'une procédure rendant possible leur exécution par un juge, il n'existe plus de raison de lui permettre d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires que le tribunal arbitral est lui-même en mesure d'octroyer. On peut donc reprocher aux législatures britanno-colombienne

---

reconnaissance ou l'exécution de la mesure s'avérait contraire à l'ordre public : *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)*, Doc. off. CNUDCI, 36e session, Doc. NU A/CN.9/523 (2002) aux pp. 24-25, n° 78.

[1092] *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002)*, Doc. off. CNUDCI, 36e session, Doc. NU A/CN.9/523 (2002) aux pp. 24-25, n° 78.

[1093] Sur le fait que l'art. 9 de la Loi type doit être interprété comme n'imposant aucune telle condition, voir *supra*, n° 404.

et ontarienne d'avoir adopté une démarche qui n'est pas des plus cohérentes.

Section II. L'assistance relative à la jonction d'instances arbitrales parallèles

418. – En plus de pouvoir intervenir afin d'octroyer lui-même certaines mesures destinées à faire progresser l'instance ou encore afin d'assurer l'exécution de mesures octroyées par le tribunal arbitral, le juge devrait-il pouvoir intervenir afin de permettre la jonction d'instances arbitrales parallèles, c'est-à-dire des instances distinctes qui ont pour objet un même litige ?

419. – De manière générale, il est souvent préférable que des instances parallèles soient jointes afin qu'un litige puisse être tranché devant un seul *forum*. Le processus gagnera alors très certainement en efficacité et – bien sûr – les risques de décisions difficilement conciliables, voire contradictoires, seront éliminés[1094]. Voilà pourquoi on permet toujours au juge d'intervenir dans le but d'ordonner, lorsque cela s'avère opportun, la réunion d'actions intentées devant les tribunaux judiciaires, et ce, même en l'absence d'accord en ce sens de toutes les parties concernées[1095].

Dès lors qu'un litige du commerce international ayant donné naissance à plus d'une instance fait l'objet d'une convention d'arbitrage, les choses se compliquent, car ce souci d'assurer l'unicité du contentieux peut s'avérer difficilement conciliable avec le principe général de l'autonomie de la volonté des parties qui sous-tend l'ensemble de la matière. Si toutes les instances ne sont pas arbitrales, car les réclamations s'y rapportant ne sont pas toutes visées par une convention d'arbitrage, leur jonction par ordonnance d'un juge est injustifiable d'un point de vue théorique – dans un sens ou dans l'autre – en l'absence d'accord spécifique des parties concernées. On peut donner en exemple une situation où un litige qui découle d'un contrat d'entreprise contenant une clause compromissoire donne lieu, d'une part, à une procédure d'arbitrage impliquant le maître d'ouvrage et l'entrepreneur et, d'autre part, à une action intentée devant un tribunal judiciaire impliquant ce même donneur

---

[1094] Voir, sur ce point : D. Hascher, « Consolidation of Arbitration by American Courts : Fostering or Hampering International Commercial Arbitration ? », (1984) 1(2) J. Int. Arb. 127 à la p. 133; J.C. Chiu, « Consolidation of Arbitral Proceedings and International Commercial Arbitration », (1993) 7(2) J. Int. Arb. 53 aux pp. 55-56.

[1095] Voir par ex., du point de vue du droit québécois, les art. 270 et suiv. du C.p.c.

d'ouvrage et les actionnaires de l'entrepreneur, qui ne sont pas liés par la clause compromissoire contenue dans le contrat d'entreprise. Puisque, comme on l'a vu en étudiant le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral[1096], le souci d'assurer l'unicité du contentieux ne saurait justifier de ne pas donner effet à la convention d'arbitrage, il serait inacceptable qu'un juge ordonne, à la demande du donneur d'ouvrage et en l'absence d'accord de l'entrepreneur, que l'instance arbitrale soit jointe à celle engagée devant le tribunal judiciaire afin que le litige soit tranché par un seul juge. Par ailleurs, pour des motifs analogues à ceux que l'on a avancés en critiquant l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Décarel*[1097], il ne serait pas non plus acceptable qu'un juge ordonne, en l'absence d'accord de toutes les parties, le renvoi de l'action intentée devant le tribunal judiciaire afin qu'elle puisse être jointe à l'instance arbitrale; la méconnaissance du fondement conventionnel de l'arbitrage serait à la fois grave et inexplicable.

420. – Mais qu'en est-il de l'hypothèse où toutes les instances parallèles sont des instances arbitrales ? Le problème est alors différent. Tout le monde s'est entendu pour recourir à l'arbitrage, mais on ne s'est pas entendu pour recourir à *un seul* arbitrage; ce n'est donc pas le consentement des parties de recourir à l'arbitrage qui est en cause, mais plutôt les modalités de la procédure arbitrale. Cette hypothèse est bel et bien susceptible de se présenter en pratique pour trois raisons. D'abord, les opérations commerciales internationales impliquant soit plusieurs contrats, soit plusieurs parties, soit plusieurs contrats *et* plusieurs parties, sont relativement fréquentes. Ensuite, puisque l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges du commerce international[1098], les contrats à l'origine de telles opérations contiennent la plupart du temps des clauses compromissoires. Enfin, comme la possibilité de porter devant un tribunal arbitral toutes les réclamations susceptibles de se rapporter à un seul et même litige découlant d'une telle opération nécessite que les parties apportent aux clauses compromissoires dont elles se servent normalement des modifications parfois importantes et complexes[1099], et qu'elles prennent rarement la peine de

---

[1096] Voir *supra*, n° 319 et suiv.

[1097] *Concordia Project Management Ltd.* c. *Décarel Inc.*, [1996] R.D.J. 484 (C.A. Qué.). Sur cet arrêt, voir *supra*, n° 280.

[1098] Voir *supra*, note 2.

[1099] Sur ce point, voir notamment : M. Bartels, « Multiparty Arbitration Clauses », (1985) 2(2) J. Int. Arb. 61; J.G. Wetter, « A Multi-Party Arbitration Scheme for International Joint-Ventures », (1987) 3 Arb. Int. 2; B. Hanotiau, « Complex – Multicontract-Multiparty – Arbitrations », (1998) 14 Arb. Int. 369; B. Hanotiau, « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues – An Analysis »,

le faire[1100], l'existence d'instances arbitrales parallèles est souvent inévitable lorsque survient un tel litige.

421. – Lorsque l'on songe à l'utilité d'éviter la poursuite d'instances arbitrales parallèles et que l'on réfléchit au rôle que le juge pourrait être appelé à jouer à cet égard, le principe général consacrant la liberté des parties de convenir des règles de la procédure arbitrale vient tout de suite à l'esprit. Comme le déroulement d'instances arbitrales parallèles est toujours la conséquence de choix faits par les parties quant aux modalités de la procédure arbitrale, ce principe général s'oppose *a priori* à toute intervention judiciaire non souhaitée par les parties et visant à joindre de telles instances, puisqu'elle forcerait – possiblement – une modification de l'accord des parties quant aux modalités de la procédure de l'arbitrage. Pour qu'une telle intervention soit justifiée, il faudrait non seulement que l'État ait un intérêt à éviter le déroulement d'instances arbitrales parallèles, il faudrait aussi pouvoir affirmer que son intérêt l'emporte sur celui qu'ont les parties de voir leurs choix relatifs aux modalités de la procédure arbitrale respectés. Malgré ce que certains – qui ont tenté d'en démontrer l'existence – en pensent[1101], on voit mal comment un tel intérêt, même s'il existait, pourrait l'emporter sur celui des parties. Puisque l'appareil judiciaire étatique n'est aucunement impliqué dans la résolution du fond du litige, les ressources de l'État ne seront aucunement affectées selon que les instances arbitrales parallèles sont jointes ou non. L'État a peut-être un intérêt à éviter les complications possibles au niveau des recours en annulation ou en reconnaissance et exécution dues à des sentences inconciliables; mais cet intérêt paraît ténu, surtout lorsqu'on le compare à celui – qui s'avère nettement prépondérant – qu'ont les parties de voir leur accord sur les modalités de la procédure arbitrale respecté. Une chose est donc certaine : toute intervention judiciaire visant à joindre des instances arbitrales parallèles qui n'est pas conforme à l'intention des parties concernées – le cas clair étant celui du juge qui

(2001) 18(3) J. Int. Arb. 251. Voir aussi les propos de A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 aux pp. 115-116.

[1100] Voir, en ce sens : G. Delaume, « L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux », J.D.I. 1984.521 à la p. 531.

[1101] Voir notamment : J.C. Chiu, « Consolidation of Arbitral Proceedings and International Commercial Arbitration », (1993) 7(2) J. Int. Arb. 53 aux pp. 72-73. Voir aussi, jugeant justifiée – au plan théorique – l'intervention judiciaire visant à ordonner la jonction d'instances arbitrales parallèles même en l'absence d'accord des parties concernées en ce sens : R.E. Wallace, Jr., « Consolidated Arbitration in the United States – Recent Authority Require Consent of Parties », (1993) 10(4) J. Int. Arb. 5 à la p. 17.

intervient à cette fin malgré une entente expresse des parties à l'effet contraire[1102] – est indéfendable d'un point de vue théorique.

422. – L'hypothèse de l'intervention judiciaire justifiée par l'intérêt public ayant été écartée, il faut maintenant se demander si elle pourrait avoir une quelconque utilité du point de vue des parties. Est-ce que permettre – d'une manière qui devrait donc être respectueuse du principe général favorisant la liberté des parties de convenir des modalités de la procédure arbitrale – l'intervention judiciaire afin de joindre des instances arbitrales parallèles favoriserait l'efficacité de l'arbitrage commercial international ? Autrement dit, est-il utile de permettre au juge d'intervenir, avec l'accord des parties concernées, afin de modifier les modalités de la procédure arbitrale de manière à permettre la jonction d'instances arbitrales parallèles ? L'Assemblée nationale du Québec et le Parlement fédéral, tout comme la majorité des législatures des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international, ont répondu par la négative à cette question en décidant de n'adopter aucun mécanisme permettant un tel cas d'intervention judiciaire[1103]. On peut penser qu'ils le jugent inutile parce que si les parties sont d'accord sur la nécessité de joindre des instances arbitrales parallèles, elles conviendront elles-mêmes des modalités procédurales nécessaires – soit lors de la conclusion des clauses compromissoires pertinentes, soit une fois le différend né; ils ne voient tout simplement pas l'intérêt de permettre au juge d'agir comme intermédiaire, de permettre aux parties de lui confier la mission de fixer en leurs lieu et place de nouvelles règles de la procédure arbitrale qui permettront la jonction d'instances arbitrales parallèles.

Cette approche est cependant problématique, en ce qu'elle présuppose que les parties qui sont d'accord pour éviter les inconvénients découlant de la poursuite d'instances arbitrales

---

[1102] Pour un rare exemple jurisprudentiel, ayant trait à une disposition législative californienne, voir : *Garden Grove Community Church of the Reformed Church in America* c. *Pittsburg-Des Moines Steel Company*, 191 Cal. Rptr. 15 (1983). Par ailleurs, certains auteurs sont d'avis qu'une disposition relative à la jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles de la loi de Hong Kong applicable à l'arbitrage interne est impérative : A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 111.

[1103] Ainsi que les rédacteurs de la Loi type : voir *supra*, n° 236. Sur l'absence, dans la Loi française, d'un mécanisme de jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles, voir : E. Loquin, note sous Versailles, 7 mars 1990, *OIAETI et Sofidif* c. *COGEMA, SERV, Eurodif, CEA*, Rev. arb. 1991.326 à la p. 340 et suiv.; l'auteur laisse cependant entendre, à la p. 341, qu'un juge français devrait pouvoir intervenir si les parties concernées le désirent.

parallèles pourront s'entendre relativement facilement sur les modalités qui en permettront la jonction. Or, c'est rarement le cas en pratique, en raison de l'importance et de la complexité des modalités procédurales dont doivent convenir les parties concernées afin de réaliser la jonction d'instances arbitrales parallèles. Autrement dit, il est tout à fait possible que les parties s'entendent sur le *principe* de la jonction d'instances arbitrales parallèles, mais qu'elles soient incapables de se mettre d'accord sur toutes les *modalités procédurales* nécessaires à sa réalisation. Il semble donc utile de mettre à leur disposition un mécanisme en vertu duquel elles pourront solliciter, en cas de besoin et si elles le désirent, l'assistance d'un tiers afin que celui-ci puisse déterminer, en leurs lieu et place, les modalités de la jonction d'instances arbitrales parallèles[1104]. C'est sans doute ce qui explique pourquoi l'intervention judiciaire dans de telles circonstances est possible dans un nombre croissant d'États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international, dont les États-Unis, les Pays-Bas et – bien sûr – les provinces canadiennes de common law et les territoires fédéraux[1105].

423. – S'il s'avère donc souhaitable, d'un point de vue théorique, d'autoriser le juge à intervenir afin de fixer les modalités de la procédure arbitrale pour permettre la jonction d'instances arbitrales connexes, encore faut-il préciser les conditions dans lesquelles cette intervention devrait pouvoir survenir afin d'assurer sa compatibilité avec l'intention des parties.

424. – Une première approche envisageable est celle qu'a adoptée la législature néerlandaise dans sa loi de 1986 : l'intervention judiciaire visant à joindre des instances arbitrales parallèles dont le siège est situé aux Pays-Bas est possible *à moins que les parties l'aient conventionnellement écartée*. Ses partisans la jugent pleinement respectueuse de la liberté dont disposent les parties de convenir des règles de la procédure arbitrale, au motif que dès lors que la loi prévoit clairement l'intervention judiciaire et la possibilité que les parties conviennent de l'écarter, il serait tout à fait légitime d'inférer leur intention de la

---

[1104] Voir, en ce sens, les propos de A. SAMUEL : « There is little doubt that substantial savings in costs and in improvement in the quality of arbitral justice can be achieved by some process through which a third party can order consolidation or the linking of arbitral proceedings when this is appropriate. *Experience has shown that it is impractical to leave the creation of such devices entirely up to the parties* » [italiques ajoutés] (A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 117).

[1105] Les dispositions pertinentes sont énumérées *supra*, à la note 615.

permettre du fait qu'elles choisissent de localiser leur arbitrage en sol néerlandais sans prendre la peine de l'écarter[1106]. Mais ce raisonnement a été, à très juste titre, critiqué par plusieurs auteurs[1107]. Il pose problème en ce qu'il méconnaît une idée fondamentale sur laquelle repose tout ce système de justice internationale que constitue l'arbitrage commercial international et dont il faut tenir compte lorsque l'on réfléchit au sens et à la portée du principe général consacrant la liberté des parties de convenir des modalités de la procédure arbitrale : les règles énoncées dans la loi du lieu du siège de l'arbitrage qui ne sont pas impératives ne devraient être applicables *qu'en l'absence d'accord des parties sur les questions auxquelles elles s'intéressent*. Autrement dit, de telles règles ne devraient servir qu'à *compléter*, au besoin, l'accord des parties en ce qui a trait aux modalités procédurales de l'arbitrage; elles ne devraient donc revêtir qu'un caractère *supplétif*. Cette idée fondamentale est notamment reflétée à l'art. V(1)*d*) de la Convention de New York ainsi qu'aux art. 34(2)*a*)*iv*) et 36(1)*a*)*iv*) de la Loi type. Et elle influe tout naturellement sur les attentes légitimes des usagers de la justice arbitrale internationale quant à l'incidence du choix du lieu du siège de l'arbitrage. Ceux-ci s'attendent incontestablement à ce que leur accord sur les modalités procédurales de l'arbitrage soit respecté, sauf dans l'hypothèse et dans la mesure où celui-ci contrevient à des dispositions impératives du lieu du siège. L'idée, qui sous-tend l'approche adoptée par la législature néerlandaise, voulant qu'ils puissent parfois avoir en plus – afin d'assurer le plein respect de leur accord sur les modalités procédurales de l'arbitrage – à exclure expressément des dispositions incompatibles du lieu du siège qui ne sont pas impératives est donc clairement inconciliable avec leurs attentes légitimes; pour cette raison, elle risque bel et bien de conduire le juge à intervenir et à modifier les modalités procédurales de l'arbitrage d'une manière incompatible avec l'intention réelle des parties. Cette approche est par ailleurs difficilement justifiable en opportunité : n'est-il pas irréaliste

[1106] Voir surtout, au soutien de ce raisonnement : A.J. van den Berg, « Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention », (1986) 2 Arb. Int. 367; A.J. van den Berg, « Consolidated Arbitrations, the New York Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 – A Replique to Mr. Jarvin », (1987) 3 Arb. Int. 257. A. SAMUEL semble être du même avis, puisqu'il conclut son analyse de l'intervention judiciaire visant à permettre le jonction d'instances arbitrales parallèles en soulignant que l'approche adoptée par la législature néerlandaise semble être la meilleure : A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 117. Voir aussi : E. Gaillard, « L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986) », Rev. arb. 1987.275 à la p. 286; E. Loquin, note sous Versailles, 7 mars 1990, *OIAETI et Sofidif* c. *COGEMA, SERV, Eurodif, CEA*, Rev. arb. 1991.326.

[1107] Dont : S. Jarvin, « Consolidated Arbitrations, the New York Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 », (1987) 2 Arb. Int. 254; K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 300 et suiv.

de croire que les parties, en décidant du lieu du siège de l'arbitrage, veuillent réellement – à moins d'indications contraires – que les dispositions non impératives de la loi du siège l'emportent sur les modalités procédurales dont elles ont par ailleurs pu convenir ? Et n'est-il pas aussi irréaliste, étant donné que les parties ont rarement beaucoup de temps à consacrer à la rédaction de clauses compromissoires, de leur imposer le fardeau – lorsque telle est leur réelle intention – de préciser de manière expresse l'inapplicabilité de telle ou telle disposition de la loi du lieu du siège de l'arbitrage entrant en conflit avec les modalités procédurales dont elles ont convenu ?

425. – La seconde approche envisageable, qui prévaut actuellement – entre autres – dans la jurisprudence américaine, s'avère donc préférable : l'intervention judiciaire visant à joindre des instances arbitrales parallèles est possible *seulement si toutes les parties y ont consenti*. La condition essentielle à l'intervention du juge est alors leur accord – qui n'est pas présumé et qui doit donc être bien réel – de permettre à un juge de fixer les modalités procédurales qui permettront la jonction d'instances arbitrales parallèles. Il est intéressant de savoir que pendant plusieurs années, les cours fédérales du second circuit, dont la jurisprudence est particulièrement influente en matière d'arbitrage commercial international, préconisaient une solution semblable à celle adoptée aux Pays-Bas en interprétant les dispositions permettant la jonction d'instances judiciaires parallèles de manière à les rendre applicables à des instances arbitrales parallèles[1108]. Mais ces cours l'ont cependant subséquemment abandonnée[1109], après qu'elle a été critiquée, puis rejetée par les cours

---

[1108] Le point de départ de ce courant jurisprudentiel est l'arrêt de la Cour d'appel dans *Compania Española de Petroleos, S.A.* c. *Nereus Shipping, S.A.*, 527 F.2d 966 (2d Cir. 1975 (demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême rejetée). Les autres décisions pertinentes sont notamment répertoriées dans : R.E. Wallace, Jr., « Consolidated Arbitration in the United States – Recent Authority Require Consent of Parties », (1993) 10(4) J. Int. Arb. 5 à la p. 8, note 18; voir aussi : J.G. O'Connor, « Maritime Arbitration Without Consent – Vouching, Consolidation and Self-Execution – Will the New York Practice Migrate to Canada ? », (1993) 10(2) J. Int. Arb. 161 à la p. 171 et suiv. Pour une critique très sévère de cette jurisprudence, invoquant notamment le fait que l'intervention judiciaire dans de telles circonstances constitue une atteinte injustifiée à l'autonomie de la volonté des parties s'agissant des modalités de la procédure arbitrale, voir : D. Hascher, « Consolidation of Arbitration by American Courts : Fostering or Hampering International Commercial Arbitration ? », (1984) 1(2) J. Int. Arb. 127.

[1109] Voir, en ce sens : *Government of the United Kingdom of Great Britain* c. *The Boeing Company*, 998 F.2d 68 (2d Cir. 1993); *Glencore, Ltd.* c. *Schnitzer Steel Products Co.*, 189 F.3d 264 (2d Cir. 1999); *Hartford Accident & Indem. Co.* c. *Swiss Reinsurance Am. Corp.*, 246 F.3d 219 (2d Cir. 2001); –, « Arbitration – Consolidation of Separate Proceedings – Second Circuit Holds that Consolidation is Governed by the Terms of the Parties' Agreements – *Government of the United Kingdom of Great Britain* v. *Boeing Co.*, 998 F.2d 68 (2d Cir. 1993) », (1993) 107 Harv. L. Rev. 499; R.E. Wallace, Jr., « Consolidated Arbitration in the United States – Recent Authority Require Consent of Parties » (1993) 10(4) J. Int. Arb. 5; A. Awini, « Preserving the Integrity of the Arbitral Process : *The Government of the United Kingdom and Northern Ireland* v. *Boeing Co.* », (1994)

d'appel de plusieurs autres circuits[1110], justement parce qu'elle n'accordait pas suffisamment d'importance à la liberté devant être reconnue aux parties de convenir des modalités de la procédure arbitrale. L'intervention du juge visant à fixer les modalités procédurales de la jonction d'instances arbitrales parallèles est toujours possible aux États-Unis, mais seulement si les parties l'ont voulue : « the FAA does not authorize consolidation of arbitration proceedings unless doing so would be 'in accordance with the terms of the agreement' »[1111].

426. – C'est aussi cette seconde approche qu'ont – fort heureusement – adoptée les législatures canadiennes autres que l'Assemblée Nationale du Québec et le Parlement fédéral. Les dispositions pertinentes confèrent au juge le pouvoir de préciser les conditions dans lesquelles des instances arbitrales parallèles pourront être jointes, mais il ne peut les exercer qu'après une demande *présentée conjointement par ou avec le consentement de toutes les parties concernées*. Cette caractéristique fondamentale des dispositions législatives canadiennes a été rappelée par la Cour supérieure de l'Ontario dans une affaire *Liberty Reinsurance Canada*. Deux compagnies d'assurance liées par quatre contrats, dont les clauses compromissoires différaient de manière importante sur plusieurs points, étaient impliquées dans des instances arbitrales parallèles. L'une d'elles sollicita l'intervention de la Cour afin qu'elle ordonne la jonction des instances. Tout en reconnaissant qu'il n'était pas souhaitable que le litige fasse l'objet d'instances arbitrales distinctes, la Cour rejeta néanmoins cette demande, qui n'avait pas reçue l'assentiment de l'autre partie; au sujet de la loi ontarienne régissant l'arbitrage commercial international, la Cour affirma – à très juste titre – que « [d]espite the desirability for arbitrations under all four contracts to be conducted under one roof, the court has no jurisdiction to consolidate arbitrations unless all parties

---

18 Tul. Mar. L.J. 359; T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004 à la p. 34 et suiv.

[1110] Voir les décisions suivantes : *Weyerhauser Co.* c. *Western Seas Shipping Co.*, 743 F.2d 635 (9th Cir. 1984, demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême rejetée : 469 U.S. 1061 (1984)); *De. E. Webb Construction* c. *Richardson Hospital Authority*, 823 F.2d 145 (5th Cir. 1987); *Protective Life Insurance Corp.* c. *Lincoln National Life Insurance Corp.*, 873 F.2d 281 (11th Cir. 1989); *Baesler* c. *Continental Grain Co.*, 900 F.2d 1193 (8th Cir. 1990); *American Centennial Insurance Co.* c. *National Casualty Co.*, 951 F.2d 107 (6th Cir. 1991); W.M. Barron, « Court-Ordered Consolidation of Arbitration Proceedings in the United States », (1987) 4(1) J. Int. Arb. 81; D.J. Branson et R.E. Wallace, « Court-Ordered Consolidated Arbitrations in the United States : Recent Authority Assures Parties the Choice », (1988) 5(1) J. Int. Arb. 89.

[1111] *Government of the United Kingdom of Great Britain* c. *The Boeing Company*, 998 F.2d 68 à la p. 71 (2d Cir. 1993).

agree »[1112].

427. – Il convient de souligner qu'en vertu des dispositions législatives pertinentes, l'intervention du juge n'est possible que si les parties ont consenti à la démarche procédurale sollicitant effectivement son intervention; ce n'est donc pas leur consentement à la possibilité que le juge intervienne qui importe, mais bien leur consentement à l'acte procédural sollicitant effectivement son intervention. Ce point paraît être d'une certaine importance au plan pratique. Il s'ensuit qu'il n'est pas suffisant, pour donner ouverture à l'intervention judiciaire, d'inclure une disposition dans les clauses compromissoires pertinentes qui en envisagent la possibilité; il faudrait toujours, dans une telle hypothèse, que les parties concernées réitèrent leur consentement à l'intervention du juge après la naissance du litige et après le lancement d'instances arbitrales parallèles. Cette exigence quant aux modalités d'expression du consentement des parties à l'intervention du juge est-elle opportune ?

D'un côté, elle a l'avantage de limiter et de simplifier les débats. Si toutes les parties consentent à demander au juge de préciser les modalités procédurales en vertu desquelles le litige pourra être tranché par un seul tribunal arbitral, on a l'assurance que les débats ne porteront forcément que sur ces modalités; le juge devra respecter le désir des parties de joindre les instances arbitrales parallèles et sa tâche sera strictement limitée à déterminer les conditions dans lesquelles la jonction sera réalisée. En revanche, dans un système – comme celui en vigueur aux États-Unis – où le consentement à l'intervention judiciaire exprimé par les parties avant la naissance du litige suffit pour y donner ouverture, il est possible que lors de la présentation de la demande sollicitant l'intervention du juge, les débats se compliquent et que soient par exemple contestées l'opportunité – à la lumière des circonstances particulières de l'espèce – de joindre les instances arbitrales parallèles ou encore l'existence même du consentement d'une des parties à l'intervention judiciaire. Un arrêt rendu par la Cour d'appel des États-Unis, siégeant dans le 7^{e} circuit, illustre bien ce risque[1113]. Le litige découlait d'un contrat impliquant plusieurs compagnies d'assurance dans lequel était insérée une clause compromissoire qui ne permettait pas expressément au juge d'intervenir afin

---

[1112] *Liberty Reinsurance of Canada, A Division of Liberty Mutual Insurance Company* c. *QBE Insurance and Reinsurance, (Europe) Limited, Dublin, Ireland*, 2002 Ont. Sup. C.J. LEXIS 1735 au n° 23. Voir aussi : *Western Oil Sands Inc.* c. *Allianz Insurance Co. Of Canada*, [2004] A.J. (Quicklaw) No. 85 (Q.B. Alta).

[1113] *Connecticut General Life Insurance Company* c. *Sun Life Assurance Company of Canada*, 210 F.3d 771 (7th Cir. 2000).

d'organiser la jonction d'instances arbitrales parallèles. Après l'institution de diverses procédures d'arbitrage soulevant des questions connexes, une des parties demanda à un juge d'en ordonner la jonction en soutenant que toutes les parties au contrat avaient *implicitement* consenti à la possibilité qu'un juge intervienne à cette fin; d'autres parties s'opposèrent à cette demande, et plusieurs mois s'écoulèrent avant que la question soit finalement tranchée par les cours américaines[1114].

Mais d'un autre côté, exiger de toutes les parties qu'elles consentent à la demande sollicitant l'intervention du juge risque de rendre l'accès à ce mécanisme d'assistance judiciaire trop difficile en pratique, puisque – comme on le sait fort bien – il est toujours beaucoup plus facile pour les parties de s'entendre sur les modalités d'un mode de règlement de différends *avant* la naissance du litige qu'*après*. Les cas où les parties réussiront à s'entendre *a posteriori* sur l'opportunité de confier au juge la mission d'organiser la jonction d'instances arbitrales parallèles demeureront probablement assez rares. Dans la mesure où les opérateurs du commerce international peuvent avoir besoin d'un mécanisme permettant la jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles, c'est donc d'un mécanisme leur permettant d'exprimer leur consentement au moment même de la conclusion de la clause compromissoire dont ils ont surtout besoin. À la réflexion, cette lacune des dispositions législatives canadiennes permettant l'intervention judiciaire visant à joindre des instances arbitrales parallèles semble trop importante pour que l'on puisse approuver la décision des législatures concernées relative aux modalités d'expression du consentement des parties à l'intervention du juge.

[1114] La Cour d'appel, sous la plume du juge R. POSNER, accepta l'argument présenté par la partie requérante. La Cour conclut des termes assez ambigus de la clause compromissoire que les parties avaient effectivement voulu qu'un litige impliquant plus de deux d'entre elles soit tranché dans le cadre d'une seule et même procédure arbitrale. La Cour ajouta que sa conclusion quant à l'intention des parties pouvait également être justifiée par le fait que, de manière générale, la poursuite d'instances parallèles n'est pas souhaitable. Cette partie de son arrêt pose cependant problème, car la Cour semble laisser entendre qu'il convient de présumer que les opérateurs commerciaux veulent éviter la poursuite d'instances arbitrales parallèles, ce qui pourrait conduire les juges américains à présumer de leur consentement à l'intervention du juge visant à permettre la consolidation d'instances arbitrales parallèles. Or, une telle présomption serait contestable, puisque comme l'a très justement rappelé B. HANOTIAU, les opérateurs commerciaux peuvent avoir de très bonnes raisons – comme par exemple le désir de préserver le caractère confidentiel de certaines informations – de *ne pas* vouloir que des instances arbitrales parallèles puissent être jointes : B. Hanotiau, « Complex – Multicontract-Multiparty Arbitrations », (1998) 14 Arb. Int. 369 à la p. 372.

Conclusion du Chapitre II

428. – Le présent chapitre a d'abord et avant tout permis de montrer que, d'un point de vue théorique, l'assistance du juge avant ou durant un arbitrage commercial international n'est pas seulement nécessaire afin d'assurer l'exécution en nature de la convention d'arbitrage; elle l'est aussi afin d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale. Le pouvoir juridictionnel dont dispose le tribunal arbitral ne lui permet évidemment pas seulement de trancher le fond du litige; il lui permet aussi de rendre toute décision de nature procédurale pouvant s'avérer nécessaire au bon déroulement de l'instance arbitrale. Mais le juge doit néanmoins pouvoir intervenir, d'abord parce que le tribunal arbitral, en raison du fondement conventionnel de son pouvoir juridictionnel, n'est pas en mesure d'octroyer ou d'assurer à lui seul l'efficacité de certaines mesures procédurales – relatives à l'obtention de preuves ou celles que l'on qualifie de provisoires ou conservatoires – pouvant s'avérer nécessaires au bon déroulement de l'instance arbitrale. Son intervention ne saurait donc être justifiée que si elle revêt un caractère réellement complémentaire. Elle ne doit jamais empiéter sur le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral. Il importe donc que les conditions de son intervention soient telles qu'il ne puisse intervenir que lorsque cela s'avère nécessaire afin d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale *et* qu'afin de poser un acte que le tribunal arbitral n'est pas lui-même en mesure de poser. Et comme l'intervention judiciaire relative aux mesures de nature procédurale – parce qu'elle est surtout justifiée par le désir d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international – ne sert aucun intérêt public distinct et supérieur à celui des usagers de la justice arbitrale, les parties devraient être parfaitement libres de l'écarter conventionnellement. Trois principes généraux doivent donc toujours être gardés à l'esprit en étudiant les conditions de son intervention : celui favorisant l'efficacité de l'arbitrage commercial international, celui exigeant le respect de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage et, partant, de la compétence arbitrale et, enfin, celui consacrant la liberté des parties de déterminer les règles relatives à la procédure arbitrale.

Il est également utile – toujours dans l'optique d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international – de mettre à la disposition des opérateurs du commerce international un mécanisme permettant au juge d'intervenir afin que puissent être jointes des instances arbitrales parallèles. Il peut être dans l'intérêt des parties d'éviter les inconvénients susceptibles de découler de la poursuite d'instances arbitrales parallèles, mais les parties

réussissent rarement à s'entendre sur des modalités procédurales – souvent assez complexes – permettant de réaliser une telle jonction; il est donc souhaitable qu'un juge puisse intervenir afin de fixer de telles modalités en leurs lieu et place. Mais en raison du principe général favorisant la liberté des parties de déterminer les règles relatives à la procédure arbitrale, le juge ne doit jamais pouvoir intervenir afin de forcer une modification des modalités procédurales de l'arbitrage dont elles ont convenues; autrement dit, son intervention doit toujours avoir été souhaitée par les parties, de sorte que son rôle doit être limité à donner effet à la volonté des parties de lui confier la mission de fixer, en leurs lieu et place, les modalités procédurales qui permettront la jonction d'instances arbitrales parallèles.

429. – S'agissant plus particulièrement du rôle susceptible d'être joué par le juge canadien en matière d'obtention de preuves, on a d'abord pu constater – avec satisfaction – que son pouvoir d'intervention existe. C'est vrai non seulement si le siège de l'arbitrage commercial international auquel il est appelé à prêter assistance est situé sur le territoire du for, comme le prévoit expressément la Loi type, mais aussi lorsque le siège est situé à l'étranger, l'ouverture aux faits normatifs transnationaux pertinents – plus particulièrement au principe général de l'efficacité de l'arbitrage commercial – ayant permis de conclure à l'applicabilité à un arbitrage conventionnel étranger des dispositions législatives fédérales relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves. On a aussi pu constater que l'approche privilégiée à l'art. 27 de la Loi type, qui permet au juge d'avoir recours à toutes les mesures relatives à l'obtention de preuves mises à sa disposition par le droit judiciaire du for, est préférable à celle retenue par le Législateur québécois et consacrée par les dispositions législatives fédérales relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves, qui ne lui permettent de recourir qu'à certaines des mesures mises à sa disposition par le droit judiciaire du for; il s'agit d'une approche qui risque – sans raison valable – de nuire à l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

Outre la question de l'existence du pouvoir d'intervention du juge canadien en matière d'obtention de preuves, il fallait aussi vérifier dans quelle mesure il était possible de conclure à l'existence de conditions susceptibles d'assurer que son intervention n'empiète pas sur la compétence arbitrale. À cet égard, les dispositions législatives pertinentes se sont avérées assez décevantes. Elles n'en envisagent parfois aucune, ce qui est évidemment inacceptable, et l'autorisation préalable du tribunal arbitral, qu'envisage notamment l'art. 27 de la Loi type,

n'est – en elle-même – pas suffisante, puisqu'elle laisse entendre que le juge pourrait toujours refuser d'intervenir pour cause d'inutilité ou d'inopportunité de la mesure recherchée. Mais la prise en compte du principe général favorisant le respect de l'intention des parties de recourir à l'arbitrage et, partant, de la compétence arbitrale permet de conclure que, dans la plupart des cas, cette hypothèse doit être écartée afin que soit respectée la décision du tribunal arbitral quant à l'utilité de la mesure recherchée.

430. – S'agissant maintenant du rôle susceptible d'être joué par le juge canadien en matière de mesures provisoires ou conservatoires, le bilan est loin d'être positif. Si on a d'abord pu constater – avec satisfaction – qu'il peut, en règle générale, octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international toute mesure provisoire ou conservatoire mise à sa disposition par le droit judiciaire du for, l'analyse a révélé que les règles actuellement en vigueur au Canada présentent deux lacunes majeures. D'abord, il n'est pas possible de conclure à l'existence de conditions substantielles à l'octroi par le juge canadien de mesures provisoires ou conservatoires destinées à éviter un empiétement sur la compétence arbitrale; autrement dit, il peut octroyer une telle mesure même dans des cas où le tribunal arbitral est lui-même en mesure de l'octroyer efficacement, ce qui n'est aucunement justifiable d'un point de vue théorique. Deuxièmement, ces règles ne lui permettent pas d'intervenir afin d'ordonner l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire octroyée par le tribunal arbitral, ce qu'il devrait pourtant pouvoir faire afin de pouvoir accorder à l'arbitrage commercial international une assistance à la fois efficace et respectueuse de la compétence arbitrale; les législatures britanno-colombienne et ontarienne ont tenté de remédier à cette dernière lacune, mais l'approche suivie s'est avérée, à la réflexion, assez décevante tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique. L'analyse du rôle qu'est susceptible de jouer le juge canadien en rapport à des mesures provisoires ou conservatoires a fourni de nouvelles occasions, notamment en précisant les conditions dans lesquelles il peut octroyer de telles mesures au soutien d'un arbitrage commercial international, de montrer l'influence que sont susceptibles d'exercer concrètement certains faits normatifs transnationaux dont l'interprète doit – comme on l'a précisé au premier titre de la première partie – tenir compte.

431. – Le bilan est aussi mitigé en ce qui a trait à l'intervention judiciaire destinée à permettre la jonction d'instances arbitrales parallèles. Il est d'abord heureux qu'elle soit possible dans les provinces de common law et dans les territoires fédéraux, mais idéalement

elle aurait également été prévue par le Parlement fédéral et l'Assemblée nationale du Québec, qui ont choisi de n'adopter aucune disposition destinée à pallier cette lacune de la Loi type. Autre conclusion positive : l'approche adoptée par toutes les législatures concernées est pleinement respectueuse de la liberté dont jouissent – et dont doivent jouir – les opérateurs du commerce international s'agissant de la détermination des modalités procédurales d'un arbitrage, puisque l'intervention du juge n'est possible que si toutes les parties ont consenti à la démarche procédurale sollicitant effectivement son assistance. Mais on a aussi pu constater que les législatures sont – ce faisant – peut-être allées trop loin, étant donné que l'expérience montre que les parties ont souvent beaucoup de difficultés à s'entendre sur les aspects procéduraux d'un mode de règlement d'un litige après que celui-ci est né. Permettre aux parties d'exprimer leur consentement à l'intervention judiciaire lors de la conclusion des clauses compromissoires pertinentes aurait sans doute permis d'accroître de manière importante l'efficacité de ces mécanismes.

CONCLUSION DU TITRE I

432. – En terminant, l'analyse de l'intervention du juge canadien ayant pour but de prêter assistance à un arbitrage commercial international, on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable que d'autres cas d'assistance judiciaire soient ouverts. Autrement dit, y'aurait-il des cas dont aucune loi canadienne ne fait mention, mais dont la disponibilité serait souhaitable puisqu'elle serait susceptible d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international ?

433. – À la réflexion, un cas semble bel et bien présenter ces deux caractéristiques : l'intervention judiciaire visant à proroger un délai d'arbitrage dont les parties ont pu convenir. Il n'est pas rare que les parties conviennent d'encadrer de cette manière la mission du tribunal arbitral. Cependant, il est essentiel à l'efficacité du processus qu'il soit *possible* que le délai soit prorogé puisqu'il se peut qu'une fois le litige né et l'instance arbitrale lancée, il s'avère difficile – voire impossible – pour le tribunal arbitral de le respecter, et ce, pour des raisons parfaitement légitimes, liées par exemple à la complexité de l'affaire ou à des difficultés d'obtention de certaines preuves. Lorsque la clause compromissoire a été soigneusement rédigée, ou lorsqu'elle incorpore un règlement d'arbitrage de qualité, un

mécanisme permettant la prorogation du délai d'arbitrage pour des motifs légitimes y aura été prévu[1115].

434. – Mais l'expiration d'un délai d'arbitrage entraînant l'expiration de la convention d'arbitrage[1116], le respect de l'accord des parties de recourir à l'arbitrage – l'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet positif – risque d'être mis en péril si les parties ont convenu d'un délai d'arbitrage sans cependant prévoir de mécanisme de prorogation. Dans de telles circonstances – et dans la mesure où il existe des motifs légitimes pour lesquels le délai d'arbitrage ne pourrait être respecté –, l'intervention d'un juge s'avère parfaitement justifiée au plan théorique et souhaitable d'un point de vue pratique. Voilà sans doute pourquoi la loi anglaise de 1996 contient des dispositions en ce sens[1117]. Et voilà aussi pourquoi la jurisprudence française – avec l'approbation de la doctrine[1118] – a reconnu, malgré le silence de la section du N.C.P.C. régissant spécialement l'arbitrage international, la possibilité qu'un juge intervienne, à la demande du tribunal arbitral ou de l'une des parties, afin de proroger le délai d'arbitrage lorsque le siège est situé en France[1119]. L'utilité d'une telle forme d'intervention judiciaire semble incontestable, et dans la mesure où elle survient dans des conditions qui sont respectueuses de l'autonomie de la volonté s'agissant de la détermination des règles de la procédure arbitrale, elle est très clairement souhaitable; les législatures canadiennes auraient donc dû en reconnaître la disponibilité.

[1115] Voir par ex. le Règlement d'arbitrage de la CCI, dont l'art. 24 se lit comme suit : « (1) Le tribunal arbitral rend sa sentence dans un délai de six mois. Ce délai court soit du jour où la dernière signature du tribunal arbitral ou des parties a été apposée sur l'acte de mission, soit dans le cas visé à l'article 18, paragraphe 3, à compter de la date de notification au tribunal arbitral par le Secrétariat de l'approbation de l'acte de mission par la Cour. (2) La Cour peut, sur demande motivée du tribunal arbitral ou au besoin d'office, prolonger ce délai, si elle l'estime nécessaire ».

[1116] Voir sur ce point *supra*, n° 361.

[1117] Voir l'art. 50 de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23 : « (1) Where the time for making an award is limited by or in pursuance of the arbitration agreement, then, unless otherwise agreed by the parties, the court may in accordance with the following provisions by order extend that time. (2) An application for an order under this section may be made - (a) by the tribunal (upon notice to the parties), or (b) by any party to the proceedings (upon notice to the tribunal and the other parties), but only after exhausting any available arbitral process for obtaining an extension of time. (3) The court shall only make an order if satisfied that a substantial injustice would otherwise be done. (4) The court may extend the time for such period and on such terms as it thinks fit, and may do so whether or not the time previously fixed (by or under the agreement or by a previous order) has expired. (5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section ».

[1118] Voir par ex. les propos de Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, au sujet de la possibilité qu'un juge intervienne afin de proroger le délai d'arbitrage lorsque le siège de l'arbitrage est situé en France: « [t]his safety net for the parties under French law can prove to be invaluable » (E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 758, n° 1387).

[1119] Voir *supra*, n° 169.

TITRE II
LE CONTRÔLE DE L'ARBITRAGE

435. – Si les pouvoirs d'intervention susceptibles d'être exercés par le juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international visent surtout à lui permettre de prêter assistance à la justice arbitrale, il dispose aussi de pouvoirs lui permettant d'en contrôler directement la légalité. Il n'agit alors plus à titre d'auxiliaire de la justice arbitrale internationale, mais plutôt à titre de police de la justice arbitrale internationale; il n'est plus appelé à accomplir des actes uniquement destinés à en accroître l'efficacité, mais plutôt à en assurer la régularité.

436. – Il importe d'insister d'entrée de jeu sur le caractère exceptionnel du contrôle judiciaire survenant avant la fin de l'instance arbitrale. Comme on a pu le constater, les opérateurs du commerce international ont en principe intérêt à voir ce contrôle reporté *a posteriori*, afin, premièrement, de limiter les risques qu'une partie entrave ou paralyse le déroulement de l'instance arbitrale en sollicitant abusivement l'intervention d'un juge et, deuxièmement, d'en accroître la qualité[1120]. Une telle forme d'intervention judiciaire ne devrait donc s'avérer nécessaire et réellement justifiée que si elle porte sur un objet et qu'elle survient dans des conditions tels que l'exercice immédiat des pouvoirs de contrôle du juge s'avère plus important que les considérations justifiant que soit normalement reporté *a posteriori* l'examen de la régularité de l'arbitrage.

En réfléchissant aux fonctions de contrôle que devrait pouvoir exercer le juge avant le prononcé de la sentence, il faut aussi garder à l'esprit un autre principe général de l'arbitrage commercial qu'on a déjà étudié. Ce principe réserve aux tribunaux judiciaires du lieu du siège le pouvoir de vérifier directement la régularité de l'arbitrage, et ce, afin d'éviter l'incertitude et l'imprévisibilité dues aux conflits de compétence qui pourraient autrement

---

[1120] Voir *supra*, n° 223 et suiv.

survenir entre les divers ordres juridiques intéressés par le litige[1121].

437. – Quand et dans quelles conditions le juge canadien peut-il contrôler, avant le prononcé d'une sentence, la régularité d'un arbitrage commercial international ? Avant de procéder à l'étude critique des réponses qu'on peut dégager des faits normatifs pertinents, une dernière remarque introductive doit être faite.

Si l'on juge utile, voire nécessaire, de permettre à un juge d'intervenir ainsi, ce ne peut être que parce que l'on considère qu'il en va de l'intérêt des opérateurs du commerce international. Autrement dit, une telle forme d'intervention judiciaire n'est justifiée que si l'on juge qu'il faut déroger au principe général du contrôle *a posteriori afin d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international aux yeux de ses usagers.* Il en est ainsi, parce qu'on ne peut soutenir de manière réellement convaincante que l'État a un intérêt, supérieur à celui des parties aux litiges, à voir la légalité de certains aspects d'un arbitrage commercial international contrôlés par un juge avant le prononcé d'une sentence. De fait, il est possible d'aller plus loin et de nier à l'État quelque intérêt que ce soit dans *toute forme* de contrôle direct de la légalité d'un arbitrage commercial international, qu'il survienne avant ou après le prononcé d'une sentence. Comme on l'a vu en analysant l'importante décision rendue par une cour de première instance ontarienne dans l'affaire *Noble China*[1122], le bien-fondé de cette idée est reconnu dans un nombre croissant de pays, où est reconnue aux opérateurs du commerce international la faculté d'exclure conventionnellement tout recours en annulation d'une sentence arbitrale. Et cette idée s'avère, à la réflexion, la plus convaincante, puisque l'État n'est réellement intéressé par la légalité d'un arbitrage commercial international que lorsque l'on cherche à intégrer une sentence dans son ordre juridique, autrement dit lorsqu'on lui demande de reconnaître à une sentence la même autorité et les mêmes effets que ceux reconnus aux décisions rendues par les tribunaux judiciaires du for. Il serait donc impensable de permettre aux opérateurs du commerce international d'exclure conventionnellement toute forme de contrôle judiciaire *indirect* de la légalité d'une sentence dans le cadre d'une procédure de reconnaissance et d'exécution[1123],

---

[1121] Voir *supra*, n° 217 et suiv.

[1122] *Noble China Inc.* c. *Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69; (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43 (note F. Bachand); voir *supra*, n° 106 et suiv.

[1123] Cela a échappé à une cour de première instance de Colombie-Britannique, qui a jugé valide et

mais on ne voit pas pourquoi les parties ne pourraient pas toujours exclure les recours autorisant le juge à se livrer à un contrôle judiciaire *direct* de la légalité de l'arbitrage[1124]. De cette analyse découle une conclusion importante : puisque l'intervention judiciaire destinée à opérer en cours d'instance un contrôle direct de la légalité de certains aspects de l'arbitrage ne devrait donc servir que les intérêts des opérateurs du commerce international – qu'à accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international à leurs yeux –, il devrait toujours pouvoir être écarté conventionnellement par les parties.

438. – C'est à la lumière de ces considérations d'ordre théorique qu'il convient d'analyser les deux seuls cas dans lesquels un juge canadien peut être appelé à exercer, avant qu'une sentence n'ait été rendue, un contrôle direct de la légalité d'un arbitrage commercial international. Le premier lui permet de contrôler la compétence du tribunal arbitral (Chapitre 1), le second à contrôler le statut d'un arbitre (Chapitre II).

Chapitre I. Le contrôle de la compétence du tribunal arbitral

439. – On peut regrouper en deux catégories les conditions qui doivent être remplies afin qu'un juge canadien puisse statuer, durant le déroulement de l'instance, sur la compétence du tribunal arbitral. Les unes sont de nature substantielle (Section I), les autres de nature

---

pleinement efficace une disposition d'une clause compromissoire par laquelle les parties à un arbitrage AAA cherchaient, semble-t-il, à écarter l'art. 36 de la Loi type et donc à renoncer au droit de s'opposer à une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence pour cause d'irrégularité de l'arbitrage : *Food Services of America Inc.* c. *Pan Pacific Specialties Ltd.* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 225; CLOUT #351 (B.C. S.C.). Cette décision est contestable, puisqu'il est difficile de justifier la possibilité que l'accord préalable des parties puisse avoir pour effet de retirer au juge saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence le pouvoir d'en contrôler la régularité, surtout sur des questions comme la conformité de la sentence à l'ordre public et l'arbitrabilité du litige. Ce contrôle judiciaire ne peut être exclu au Québec, puisque le Législateur a expressément consacré la caractère impératif des dispositions législatives pertinentes : voir l'art. 940 du C.p.c.

[1124] Devrait-on aller encore plus loin et prôner carrément la suppression des recours permettant au juge de se livrer à un contrôle direct de la légalité de l'arbitrage, y compris le recours en annulation, afin que ne subsiste que le contrôle indirect effectué à l'occasion d'une procédure de reconnaissance et d'exécution d'une sentence (voir par ex. : Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev. arb. 1997.329 aux pp. 351-352, n° 40) ? Non, car comme l'a bien démontré l'échec de l'expérience belge, où l'on a aboli puis rétabli le recours en annulation d'une sentence se rapportant à un différend ne mettant en cause aucun intérêt belge (voir *supra*, note 6), les opérateurs du commerce international ont, en règle générale, intérêt à ce que ce recours soit disponible. Sinon, la partie demanderesse qui est déboutée au terme de l'instance arbitrale n'aurait aucun moyen de faire vérifier par un juge la régularité de l'arbitrage puisqu'il n'y aurait aucune décision à faire reconnaître et exécuter; de même, dans l'hypothèse où les réclamations portées à l'arbitrage étaient accueillies, la partie défenderesse serait totalement à la merci de la partie demanderesse s'agissant du moment où surviendrait le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage, ce qui n'est pas souhaitable.

procédurale (Section II).

Section I. Les conditions substantielles

440. – Il y en a deux. La première est expressément énoncée dans les lois canadiennes qui régissent l'arbitrage commercial international : le tribunal arbitral doit d'abord avoir affirmé, en cours d'instance, sa propre compétence (§ I). La seconde n'est pas expressément énoncée, mais son existence doit néanmoins être affirmée : les parties ne doivent pas avoir convenu d'exclure cette forme d'intervention judiciaire (§ II).

441. – L'intervention judiciaire susceptible de survenir après que le tribunal arbitral se soit déclaré *incompétent* durant le déroulement de l'instance ne sera pas envisagée en détail, puisqu'il semble préférable de la concevoir comme survenant *après* le déroulement de l'instance arbitrale, celle-ci ayant pris fin de manière prématurée. On se permettra néanmoins de souligner que la question de savoir si un juge peut vérifier si le tribunal arbitral a eu raison de se déclarer incompétent n'est pas exempte de difficultés. Les travaux préparatoires de la Loi type révèlent que la CNUDCI était d'avis qu'une décision du tribunal arbitral accueillant – en cours d'instance arbitrale ou à la fin de celle-ci – une objection à sa propre compétence ne peut être réexaminée par un juge, que ce soit dans le cadre d'un recours en annulation intenté en vertu de l'art. 34 ou autrement[1125]. Mais à bien y penser, priver la partie qui défendait la compétence arbitrale de la possibilité de faire vérifier par un juge le bien-fondé de la décision d'incompétence rendue par le tribunal arbitral ne s'avère pas satisfaisant. Il s'ensuivrait que cette partie n'aurait d'autre choix, à moins bien sûr qu'elle ne renonce au bénéfice de la convention d'arbitrage en portant sa réclamation devant un tribunal judiciaire, que d'entreprendre une nouvelle procédure arbitrale, en espérant cette fois que le tribunal saisi – qui ne serait pas lié par la décision d'incompétence rendue par le premier tribunal arbitral – confirme sa compétence afin qu'un juge puisse vider la question.

On peut remédier au problème de l'une de deux manières. On peut d'abord soutenir que l'intervention du juge fondée sur l'art. 16(3) de la Loi type devrait être possible lorsque le

[1125] Voir le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 37, n° 163 : « [i]l a été reconnu qu'une décision du tribunal se déclarant incompétent était définitive quant à la procédure car il était impossible de contraindre des arbitres qui avaient pris une telle décision de poursuivre la procédure ».

tribunal arbitral s'est déclaré incompétent. Cette solution, que soutiennent implicitement certains précédents québécois[1126] doit cependant être écartée, pour deux raisons. D'abord, elle est radicalement incompatible avec le texte de l'art. 16(3) de la Loi type. Ensuite, elle n'offre qu'une solution partielle au problème, puisqu'elle ne permet à un juge de vérifier le bien-fondé d'une décision d'incompétence que si le tribunal l'a rendue dans une phase préliminaire de l'instance, et non s'il l'a rendue au terme de l'instance arbitrale. Il semble donc préférable de considérer, avec K.P. BERGER[1127], que la décision d'incompétence, parce qu'elle met fin à l'instance, constitue une sentence arbitrale susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation intenté en vertu de l'art. 34 de la Loi type. Cette solution n'est pas idéale, puisqu'il serait peut-être préférable – d'un point de vue théorique – de limiter la notion de sentence arbitrale aux seules décisions qui disposent, en tout ou en partie, du fond du litige; mais il est nettement mieux de forcer ainsi la définition de la sentence arbitrale que de laisser la partie demanderesse sans possibilité de faire vérifier par un juge le bien-fondé de la décision d'incompétence rendue par le tribunal arbitral. Cette seconde solution est d'autant plus préférable que l'idée selon laquelle une décision d'incompétence du tribunal arbitral mérite la qualification de sentence arbitrale – susceptible, donc, de faire l'objet d'un recours en annulation – tend à faire consensus en droit comparé[1128].

§ I. L'existence d'une décision du tribunal arbitral affirmant en cours d'instance sa propre compétence

442. – La question de savoir si le juge devrait pouvoir intervenir avant le prononcé de la sentence afin d'exercer un contrôle direct de la compétence du tribunal arbitral a beaucoup retenu l'attention de la CNUDCI. Initialement, on envisageait d'accorder préséance au principe général du contrôle *a posteriori*. Le juge n'aurait pu, sauf « motifs graves », se prononcer à titre principal sur la compétence arbitrale et aucun recours n'aurait pu être

---

[1126] Voir par ex. : *Montgrain* c. *St-Germain*, [1992] R.J.Q. 1864 (C.S. Qué.); *Télébec Ltée* c. *Société Hydro Québec*, J.E. 97-1061 (C.S. Qué.); *Guilde des musiciens du Québec* c. *Gaudreault*, REJB 1999-15206 (C.S. Qué.); *Lefebvre* c. *Habitations d'Angoulème Inc.*, REJB 2000-19681 (C.S. Qué.).

[1127] K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 aux pp. 361-363.

[1128] Voir, notamment : l'art. 67(1)*a*) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23; l'art. 190(2)*b*) de la *Loi sur le droit international privé* suisse; A. Dimolitsa, « Autonomie et '*Kompetenz-Kompetenz*' », Rev. arb. 1998.305 à la p. 325 et suiv., n° 21 et suiv.; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 737, n° 1353 et à la p. 739, n° 1357; A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999 aux pp. 379 et suiv.; W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3e éd., Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2000 à la p. 361 et suiv., n° 19.03.

intenté à l'encontre d'une décision du tribunal arbitral confirmant, en cours d'instance, sa propre compétence; le contrôle judiciaire direct de la compétence du tribunal arbitral n'aurait pu avoir lieu que dans le cadre d'un recours en annulation exercé à l'endroit d'une sentence arbitrale – donc *après* le déroulement de l'arbitrage[1129]. On a ensuite modifié cette proposition en confiant au juge le pouvoir de se prononcer à titre principal sur la compétence arbitrale, et ce, à n'importe quel moment durant le déroulement de l'instance[1130]; la CNDUCI envisageait alors de n'accorder aucun poids au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage s'agissant de la compétence arbitrale. Le projet que la CNUDCI avait sous les yeux lors de la session au terme de laquelle la Loi type fut adoptée comportait de nouvelles modifications – et elles étaient très importantes : on avait supprimé la possibilité pour le juge de se prononcer à titre principal sur la compétence du tribunal arbitral et toute décision de ce dernier confirmant, en cours d'instance, sa propre compétence ne pouvait être contestée que dans le cadre d'un recours en annulation[1131]. La CNUDCI envisageait donc de donner plein effet au principe du contrôle *a posteriori*; aucun contrôle judiciaire direct de la compétence arbitrale n'était possible avant ou durant le déroulement de l'instance arbitrale.

443. – Mais la CNUDCI fit marche arrière à la dernière minute, car le projet qu'elle avait sous les yeux consacrait une solution qui lui paraissait trop radicale. Elle décida que même s'il fallait effectivement que le contrôle judiciaire de la compétence arbitrale soit en principe reporté *a posteriori*, une exception devait être prévue, car il pouvait *parfois* être souhaitable que les parties obtiennent une décision judiciaire sur ce point avant que temps et argent supplémentaires ne soient investis dans l'instance arbitrale. Autrement dit, il fallait trouver un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de lutter contre les manœuvres dilatoires, qui tend à exclure tout contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence, et, d'autre part, l'argument d'économie de moyens, qui tend au contraire à permettre à un juge de trancher sans délai une objection à la compétence arbitrale[1132]. La

---

[1129] Voir : *Note du Secrétariat : Loi type sur l'arbitrage commercial international; projets d'articles 25 à 36 relatifs à la sentence*, (1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 62 à la p. 63, art. 28(3).

[1130] Voir : *Note du Secrétariat : Loi type sur l'arbitrage commercial international; projet révisé d'articles I à XXVI*, (1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 87 à la p. 89, art. IV(3).

[1131] Voir : *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa septième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 186 à la p. 192 et suiv., n° 49 et suiv.; *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 16.

[1132] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de*

CNUDCI décida donc de permettre l'intervention judiciaire durant le déroulement de l'instance, mais elle l'assortit du coup d'une condition destinée à assurer que le recours aux tribunaux judiciaires n'ait pas lieu de manière abusive et à des fins dilatoires : le tribunal arbitral doit d'abord avoir affirmé, en cours d'instance, sa propre compétence; autrement dit, il doit avoir rejeté, dans une décision rendue durant l'instance arbitrale, l'objection soulevée.

444. – Le lien entre cette condition et la lutte contre les manœuvres dilatoires n'apparaît clairement que lorsque l'on comprend que la Loi type, à l'art. 16(3), donne au tribunal arbitral le pouvoir de décider s'il tranchera une objection à sa propre compétence dans une décision rendue lors d'une phase préliminaire de l'instance ou plutôt à la fin de l'instance arbitrale. Le tribunal arbitral dont la compétence est contestée par l'une des parties a donc le choix. S'il n'a aucune raison de douter de la bonne foi de cette dernière et qu'il juge qu'il vaudrait mieux que la question soit clarifiée avant que les parties n'investissent d'autres temps et argent dans l'instance arbitrale – et qu'elle peut être décidée à ce stade[1133] –, il pourra décider de trancher immédiatement l'objection, en sachant très bien que s'il la rejetait et que sa décision ne mettait donc pas fin à l'instance arbitrale, la partie l'ayant soulevée pourra demander au juge de se prononcer sans avoir à attendre la fin de l'instance. Mais si le tribunal arbitral doute de la bonne foi de la partie qui a soulevé l'objection à sa compétence – si sa démarche lui apparaît abusive ou dilatoire –, il pourra choisir de ne pas la trancher immédiatement, ce qui donnera plein effet au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage en écartant toute possibilité qu'un juge puisse contrôler la compétence arbitrale durant le déroulement de l'instance. Les risques que l'intervention du juge soit sollicitée à des fins abusives ou dilatoires sont donc grandement réduits[1134].

445. – À la réflexion – et dans l'ensemble –, le mécanisme élaboré à l'art. 16(3) de la Loi

---

sa dix-huitième session, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 aux pp. 36-37, n^{os} 157-163. Voir aussi, s'agissant de la pertinence de ces considérations lors de l'analyse de l'étendue du contrôle de l'efficacité de la convention d'arbitrage auquel le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage peut se livrer : *supra*, n° 281 et suiv.

[1133] Ce n'est pas toujours le cas, notamment lorsque l'objection à la compétence arbitrale soulève des questions qui sont trop intimement liées au fond du différend. Voir, par ex. : W. Wenger, « Article 186 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 459 à la p. 476.

[1134] Dans cet esprit, voir, de manière générale : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 486.

type s'avère satisfaisant d'un point de vue théorique, de sorte qu'il est heureux qu'il ait été repris dans les législations canadiennes régissant l'arbitrage commercial international[1135]. D'abord, il n'y a aucun doute que malgré l'importance du rôle que joue le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage commercial international afin d'en accroître l'efficacité, les opérateurs du commerce international ont *parfois* intérêt à pouvoir faire vérifier par un juge, en cours d'instance, la compétence arbitrale. Les objections à la compétence du tribunal arbitral ne sont pas toujours faites de manière abusive ou à des fins dilatoires et personne ne niera qu'il existe de cas où il est effectivement souhaitable que la question soit vérifiée par un juge avant que l'instance arbitrale ne se poursuive. En raison de sa flexibilité, le mécanisme pour lequel a finalement opté la CNUDCI est donc nettement préférable à la solution, que préconisait le dernier projet qui lui fut présenté et qu'a notamment adoptée la législature néerlandaise en 1986[1136], consistant à écarter de manière absolue toute forme de contrôle judiciaire direct de la compétence arbitrale durant le déroulement de l'instance arbitrale[1137].

L'autre alternative qu'a envisagée la CNUDCI – soit de permettre au juge de contrôler la

---

[1135] L'article 16(3) a été repris intégralement partout, sauf au Québec et en Colombie-Britannique. Les art. 943 et 943.1 du C.p.c. québécois, qui en reprennent la substance, se lisent comme suit : « **943.1** Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet. **943.2** La décision du tribunal qui reconnaît, pendant la procédure arbitrale, la compétence des arbitres est finale et sans appel ». Les dispositions pertinentes de la loi britanno-colombienne prévoient ceci : « **16.** [...] (5) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in subsections (2) and (3) either as a preliminary question or in an award on the merits. (6) If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request the Supreme Court, within 30 days after having received notice of that ruling, to decide the matter. (7) The decision of the Supreme Court under subsection (6) is final and is not subject to appeal. (8) While a request under subsection (6) is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an arbitral award. »

[1136] Voir l'art. 1052(4) de la loi néerlandaise et la critique très convaincante de K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 aux pp. 361-363 et aux pp. 366-367: « The Dutch legislature, however, did not subscribe to this flexible view and saw no reason to leave any procedural discretion to the arbitrators to judge the circumstances of each individual case. In its view, recourse to the court can have nothing but dilatory reasons since the courts will usually not deviate from the holding of the arbitral tribunal. The Dutch legislature has therefore anticipated the balance of procedural interests in the arbitration law itself by providing that any decision in which the tribunal decides that it has jurisdiction may only be challenged together with the final award in an action to have the award set aside. [... T]he approach of the Ducth legislature is not very fortunate. Even if one concedes that the courts will frequently feel inclined to follow the positive ruling of the tribunal on its jurisdiction, there may well be cases where the jurisdiction is doubtful and a ruling of the court might help to clarify the jurisdictional basis of the tribunal. Leaving the parties in a state of uncertainty at an early stage of the arbitration may also have negative effects on the further course of the proceedings since the party objecting the jurisdiction of the tribunal will see little incetive to cooperate in the arbitration [...] ». Cette solution demeure isolée en droit comparé.

[1137] Cette solution fut aussi adoptée dans le Sultanat d'Oman : P. Binder, *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell, 2000 à la p. 114.

compétence arbitrale sans que son intervention soit conditionnelle à l'existence d'une décision de ce dernier affirmant sa propre compétence – n'était pas non plus préférable au mécanisme qu'elle a finalement adopté. Cette solution est préconisée par plusieurs commentateurs[1138] et elle a été retenue, quoique partiellement, dans la loi anglaise de 1996[1139] ainsi que dans la loi allemande de 1998[1140]. Mais elle est aussi trop radicale. En méconnaissant complètement le principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage commercial international et en permettant du coup trop facilement que soit sollicitée abusivement et à des fins dilatoires l'intervention du juge[1141], elle est beaucoup moins susceptible de servir les intérêts des opérateurs du commerce international. À moins que l'on craigne, comme A. SAMUEL, que les tribunaux arbitraux ne soient pas réellement en mesure de faire prévaloir – lorsqu'il y a lieu de le faire – les considérations d'économie de moyens, compte tenu de l'intérêt financier qu'aurait tout arbitre dans l'aboutissement de la procédure arbitrale[1142]. Mais cette crainte semble exagérée. L'arbitre a tout autant, sinon davantage, intérêt à ne pas risquer d'entacher sa réputation – et compromettre ses chances d'être à nouveau sollicité – en rendant des décisions procédurales déraisonnables[1143]. Et en l'absence de données empiriques montrant que le risque auquel fait allusion A. SAMUEL s'est matérialisé, on ne voit pas pourquoi il faudrait présumer la mauvaise foi des arbitres. Dans la mesure où ceux-ci ont été soigneusement choisis, ils seront la plupart du temps très bien placés pour décider s'il serait préférable que le contrôle judiciaire de la compétence arbitrale soit possible avant que l'instance arbitrale ne se poursuive.

446. – Même si l'on accepte que le mécanisme de l'art. 16(3) de la Loi type est, dans

---

[1138] Dont : M. Kerr, « Arbitration and the Courts : The UNCITRAL : Model Law », (1985) 34 I.C.L.Q. 1; A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 190 et aux pp. 217-218.

[1139] Voir l'art. 72(1) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23. Une fois qu'une partie s'est engagée dans l'instance arbitrale, l'intervention du juge ne peut cependant avoir lieu qu'avec l'autorisation des autres parties ou, à défaut, celle du tribunal arbitral : voir l'art. 32.

[1140] Voir l'art. 1032(2), qui permet à une partie de faire vérifier la compétence du tribunal arbitral par un juge, mais seulement avant que le tibunal ait été constitué.

[1141] Voir notamment, sur ce point : P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I. 1989.217.319 à la p. 347, n° 17.

[1142] A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 aux pp. 214 et 216.

[1143] Voir, en ce sens : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 aux pp. 366-367.

l'ensemble, préférable aux deux alternatives qui s'offraient à la CNUDCI, on pourrait être tenté de lui reprocher d'être inutilement lourd. N'aurait-il pas été préférable d'assujettir tout simplement l'intervention judiciaire à l'autorisation préalable du tribunal arbitral, au lieu d'exiger qu'il se prononce d'abord sur l'objection à sa propre compétence ? L'équilibre entre les considérations d'économie de moyens et celles relatives à lutte contre les manœuvres abusives et dilatoires serait atteint de manière identique – puisque c'est en fin de compte le tribunal arbitral qui déciderait lesquelles privilégier –, et on éliminerait une étape qui, au premier coup d'œil, peut s'avérer inutile étant donné que le juge pourra toujours réexaminer librement la compétence du tribunal arbitral, sans être lié de quelque manière que ce soit par la décision rendue par ce dernier[1144].

En réalité, exiger que le tribunal arbitral se soit préalablement prononcé sur l'objection à sa propre compétence soulevée par l'une des parties n'est aucunement inutile. Au contraire, cette étape est sans aucun doute susceptible d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international, et il était donc dans l'intérêt des opérateurs du commerce international qu'elle ne soit pas éliminée. Comme on l'a souligné en étudiant l'incidence de l'effet négatif du principe général de la compétence-compétence au stade de la demande de renvoi à l'arbitrage, le fait que le juge examine la compétence du tribunal arbitral au vu de la décision de ce dernier facilite son travail et le rend plus efficace[1145]; on réduit de manière importante les risques que le juge, qui souvent n'aura pas beaucoup d'expérience ni d'expertise en matière d'arbitrage commercial international, rende une décision difficilement conciliable avec les règles ou les principes généraux de l'arbitrage commercial international, ou encore avec les usages du commerce international et les attentes légitimes des opérateurs du commerce international. Soutenir que l'étape de l'examen préalable par le tribunal arbitral de l'objection à sa propre compétence soulevée par l'une des parties devrait être éliminée revient donc à nier toute utilité au principe du double degré de juridiction; comme s'il fallait éliminer les juridictions de première instance au motif que leur décision peut toujours être

[1144] Cette idée selon laquelle le juge n'est jamais lié de quelque manière que ce soit par une décision rendue par un tribunal arbitral est aujourd'hui acquise. Voir notamment, en ce sens : P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I. 1989.217.319 aux pp. 355-357, n^{os} 26-28; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 400-401, n° 659; voir aussi la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Société de construction des Musées du Canada Inc.* c. *Acoustique Piché Inc.*, J.E. 95-36, concluant que le juge dont l'intervention est sollicitée en vertu de l'art. 943.1 du C.p.c. n'a pas à faire preuve de déférence envers la décision rendue par le tribunal arbitral.

[1145] Voir *supra*, n° 284.

remise en question devant les juridictions d'appel.

447. – La seule critique que l'on puisse adresser au mécanisme consacré à l'art. 16(3) de la Loi type est son manque de flexibilité dans l'hypothèse où les parties sont d'accord pour faire trancher une objection à la compétence du tribunal arbitral sans avoir à la présenter d'abord à ce dernier. Il n'est pas impensable que les parties conviennent qu'en raison des circonstances particulières de l'affaire, il s'avère souhaitable de faire trancher le plus rapidement possible une incertitude relative à la compétence arbitrale; la loi anglaise de 1996 le reconnaît d'ailleurs, puisqu'elle prévoit la possibilité que le juge se prononce, une fois l'instance arbitrale en marche, sur la compétence arbitrale dès lors que les parties en auront convenu[1146]. Dans une telle hypothèse, on voit mal pourquoi, d'un point de vue strictement théorique, l'accès au juge devrait leur être refusé. Mais puisque ni l'art. 16(3) de la Loi type, ni l'art. 943.1 du C.p.c. ne prévoient la possibilité que le contrôle judiciaire de la compétence arbitrale survienne à la seule condition que les parties l'aient autorisé, la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type s'oppose à ce que le pouvoir d'intervention des juges canadiens puisse être ainsi élargi[1147]. Autrement dit, parce que le juge interviendrait alors clairement au-delà des cas d'intervention prévus dans la loi, l'art. 5 de la Loi type et l'art. 940.3 du C.p.c. québécois empêchent de conclure que l'intervention judiciaire visant à contrôler, avant le prononcé d'une sentence, puisse aussi être possible sur le seul fondement du consentement des parties.

448. – Il convient maintenant de se pencher sur la notion de compétence, non seulement afin de bien cerner l'objet de l'intervention judiciaire possible en vertu de l'art. 16(3) de la Loi type et l'art. 943.1 du C.p.c., mais aussi afin de bien comprendre ce sur quoi doit avoir porté la décision du tribunal arbitral afin que l'on puisse considérer que la condition sous étude est effectivement réalisée.

[1146] Voir l'art. 32 de l'*Arbitration Act 1996*, c. 23, dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit : « (1) The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. [...] (2) An application under this section shall not be considered unless (a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or (b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, (ii) that the application was made without delay, and (iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court ».

[1147] Au sujet de laquelle voir *supra*, n° 159 et suiv.

449. – D'abord, toute question relative à l'efficacité de la convention d'arbitrage relève sans doute de la compétence arbitrale au sens de l'art. 16 de la Loi type et de l'art. 943 du C.p.c., puisque, comme on l'a constaté en analysant l'étendue du contrôle de la compétence arbitrale auquel peut se livrer le juge saisi d'une demande de renvoi, la distinction qu'on opérait autrefois entre les questions touchant à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage – qu'on jugeait étrangères à la question de la compétence du tribunal arbitral – et celles touchant à sa portée *rationae materiae* a été écartée de manière expresse par la CNUDCI[1148]. Incontestablement, il se pose toujours une question ayant trait à la compétence au sens de l'art. 16(3) de la Loi type et de l'art. 943.1 du C.p.c. lorsque l'on se demande si les parties ont valablement convenu de soumettre *à l'arbitrage* le litige dont est saisi le tribunal arbitral.

450. – Mais est-ce aussi le cas lorsqu'une partie, plutôt que de contester que les parties aient valablement convenu de soumettre le litige à l'arbitrage, soutient que le tribunal arbitral saisi du litige n'a pas été régulièrement constitué ? La question, à laquelle ni le texte de la Loi type, ni les travaux préparatoires et la jurisprudence s'y rapportant ne fournissent de réponse claire, est plus difficile. De manière générale, la compétence s'entend de l'aptitude d'un organisme doté d'un pouvoir juridictionnel de connaître d'une affaire donnée[1149]. Envisagée dans le contexte de l'arbitrage conventionnel, elle peut principalement avoir l'un des deux sens suivants. On peut d'abord considérer qu'elle ne vise que l'efficacité de la convention d'arbitrage à proprement parler; la compétence ne concernerait alors que l'aptitude *d'un* tribunal arbitral à connaître du litige. C'est à cette conception qu'adhèrent plusieurs auteurs, dont P. MAYER[1150] et Th. CLAY, qui écrit, au terme d'une analyse approfondie, que « pour l'arbitre la compétence relève de la vocation arbitrale du litige qui lui est soumis, et l'investiture, de la régularité de sa désignation »[1151]. A. SAMUEL semble lui aussi adhérer à cette thèse, puisqu'il ne traite pas de l'irrégularité de la constitution du

---

[1148] Voir *supra*, n° 294.

[1149] Voir, par ex. : G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige, 2000 à la p. 177, sous « Compétence » : « • **2** (Pour une juridiction) ***a/*** Ensemble des affaires dont cette juridiction a vocation à connaître »; Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 à la p. 108, sous « Compétence » : « **1.** Aptitude d'une autorité publique à accomplir certains actes et, spécialement, aptitude d'un tribunal à connaître d'un litige ».

[1150] Voir notamment, sur ce point : P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I. 1989.217.319 à la p. 331 et suiv., n° 4 et suiv.

[1151] Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 141, n° 168.

tribunal comme un facteur susceptible d'affecter la compétence du tribunal arbitral[1152]. On peut cependant concevoir la notion de compétence d'une manière plus large. Elle ne concernerait pas seulement l'aptitude *d'un* tribunal arbitral à connaître du litige, mais aussi l'aptitude *du* tribunal arbitral – de *ce* tribunal arbitral – à connaître du litige, c'est-à-dire l'aptitude du tribunal qui, dans les faits, a été constitué et à qui le litige a été soumis; la compétence s'intéresserait alors également à la régularité de la constitution du tribunal arbitral. C'est cette conception qu'ont notamment adoptée les lois anglaise[1153] et néerlandaise[1154], et à laquelle adhèrent plusieurs commentateurs autorisés, dont K.P. BERGER[1155].

À la réflexion, il semble préférable d'adhérer à cette seconde conception, plus large, de la notion de compétence, puisqu'elle semble pouvoir mieux servir les intérêts des opérateurs du commerce international. En effet, l'adhésion à la conception étroite de la notion de compétence signifierait que d'aucune manière la question de la régularité de la constitution du tribunal arbitral ne pourrait être examinée par un juge avant la fin de l'instance arbitrale. Cette solution est trop radicale, comme celle niant au juge *tout* pouvoir de se prononcer sur

---

[1152] Voir : A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 au ch. II (« Grounds for Challenging the Arbitrator's Jurisdiction ») et à la p. 224 et suiv. Voir également les propos de A. DIMOLITSA, qui décrit ainsi cette thèse : « en vertu du principe de la compétence-compétence l'arbitre a le pouvoir de statuer sur toute question touchant à sa compétence ou, en d'autres termes, à l'efficacité de la convention d'arbitrage » (A. Dimolitsa, « Autonomie et '*Kompetenz-Kompetenz*' », Rev. arb. 1998.305 à la p. 320, n° 15).

[1153] Voir l'art. 30(1) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23 : « Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) *whether the tribunal is properly constituted*, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement » [italiques ajoutés].

[1154] Voir l'art. 1052 de la loi de 1986.

[1155] Voir : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 352, où l'auteur affirme, au sujet du principe général de la compétence-compétence du tribunal arbitral : « [t]he arbitral tribunal has to examine *ex officio* those elements of its competence which relate to the existence of the arbitration agreement, *the proper appointment of the arbitrators*, the arbitrability of the subject-matter of the dispute and the compliance with its mandate » [italiques ajoutés]. Voir aussi les propos de A. DIMOLITSA, qui fait état de cette thèse en ces termes : « Par ailleurs, partant d'une conception large de la compétence, l'exercice de la compétence-compétence porterait non seulement sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage et la portée de celle-ci *rationae personae* et *rationae materiae*, mais aussi sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral » (A. Dimolitsa, « Autonomie et '*Kompetenz-Kompetenz*' », Rev. arb. 1998.305 à la p. 320, n° 15). La question a été soulevée dans une affaire qui s'est retrouvée en Cour supérieure du Québec en 1995, mais la Cour considéra qu'elle n'avait à prendre position afin de disposer de la requête en homologation dont elle était saisie : *Entreprises modernes Daveluyville Inc.* c. *Industries Leclerc Inc.*, [1995] A.Q. (Quicklaw) No. 2300 (C.S. Qué.).

l'efficacité de la convention d'arbitrage avant la fin de l'instance arbitrale[1156]. Il est tout à fait possible d'imaginer des cas où il serait préférable qu'une objection sérieuse à la régularité de la constitution du tribunal arbitral soit tranchée avant que d'autres temps et argent ne soient investis par les parties dans l'instance arbitrale. L'adhésion à la conception large de la notion de compétence présente donc le grand avantage de rendre possible l'intervention du juge en cours d'instance arbitrale, tout en la limitant aux seuls cas où le tribunal arbitral aura lui-même jugé souhaitable de donner préséance aux considérations d'économie de moyens et lorsqu'il aura, au terme de son examen de l'objection soulevée, jugé qu'elle était mal fondée.

451. – En terminant sur cette notion de compétence, il convient de dire quelques mots au sujet d'un jugement rendu en 1988 par la Cour suprême de Colombie-Britannique, un tribunal de première instance, dans l'affaire *Quintette Coal*[1157]. Une partie avait invoqué la disposition de la loi britanno-colombienne inspirée de l'art. 16(3) de la Loi type afin de contester le bien-fondé d'une décision procédurale rendue par le tribunal arbitral, rejetant l'argument présenté par l'une des parties selon lequel le tribunal n'avait pas le pouvoir d'octroyer certaines mesures provisoires ou conservatoires. Ce dernier avait alors, prétendait-on, confirmé sa « compétence » pour octroyer les mesures en litige, de sorte que la question pouvait être soumise à un juge suivant la procédure prévue à l'art. 16(3). La recevabilité du recours ne semble pas avoir été contestée, puisque la décision de la Cour suprême n'en fait aucunement état.

Mais la qualification donnée à la question dont avait traité le tribunal arbitral dans sa décision est discutable. Elle n'avait rien à voir avec l'aptitude du tribunal arbitral à trancher le litige dont il était saisi; elle avait plutôt trait à l'étendue des *pouvoirs* dont il disposait de rendre certains types d'ordonnances procédurales. En plus d'être très contestable au plan théorique, un tel élargissement de la notion de compétence n'a aucun sens d'un point de vue pragmatique : il s'ensuivrait que toute mesure de nature procédurale octroyée par le tribunal arbitral durant le déroulement de l'instance pourrait être systématiquement contestée par une partie au motif qu'elle n'a pas été rendue conformément aux règles de procédure applicables. L'efficacité de l'arbitrage commercial international en serait potentiellement grandement

[1156] Voir *supra*, n° 444.

[1157] *Quintette Coal Ltd.* c. *Nippon Steel Corp.*, (1988) 29 B.C.L.R. (2d) 233 (B.C. S.C.).

affectée, et c'est d'ailleurs pour cette raison que tout le monde s'entend aujourd'hui pour dire qu'il faut, en principe, éliminer toute possibilité que la régularité d'une décision de nature strictement procédurale rendue par le tribunal arbitral puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire en cours d'instance[1158].

§ II. L'absence d'accord des parties d'exclure l'intervention judiciaire en cours d'instance arbitrale

452. – Bien que les dispositions législatives pertinentes n'en fassent pas mention de manière expresse, il faut reconnaître que l'intervention du juge canadien qui vise à contrôler, en cours d'instance, la compétence arbitrale est conditionnelle à l'absence d'accord des parties visant à l'exclure, puisqu'on ne saurait considérer qu'elle est d'ordre public. L'analyse est en tous points similaire à celle au terme de laquelle on a conclu au caractère supplétif de l'intervention judiciaire visant à révoquer la mission d'un arbitre[1159].

Au Québec, la conclusion contraire méconnaîtrait le fait que l'art. 943.1 du C.p.c. ne fait pas partie des dispositions dont le caractère impératif a été expressément affirmé par le législateur à l'art. 940 du C.p.c.; c'est donc à très juste titre que la Cour d'appel a conclu en ce sens dans l'affaire *Air France*[1160]. Quant à la Loi type, il est assez difficile de tirer des conclusions très fermes du seul fait que l'art. 16(3) soit silencieux sur ce point. Comme on l'a vu en analysant l'art. 14 de la Loi type, il semble n'y avoir aucune raison de ne pas privilégier l'interprétation qui est la plus conforme aux principes généraux de l'arbitrage commercial international – c'est celui consacrant la liberté des parties de convenir des règles de la procédure arbitrale qui est le plus pertinent sur ce point[1161] – et d'affirmer le caractère supplétif de l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 16(3) de la Loi type. Cette conclusion s'avère d'autant plus justifiée que l'extrait des travaux préparatoires auxquels on vient de

---

[1158] Voir notamment, sur ce point : S. Jarvin, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », Rev. arb. 1998.611; F. Bachand, « 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 à la p. 475 et suiv.; *supra*, n° 407.

[1159] Voir *supra*, n° 362 et suiv.

[1160] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2900; [2003] R.J.Q. 1040; [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.) aux n^{os} 65-67.

[1161] Voir aussi, sur le fait que, d'un point de vue théorique, le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage survenant en cours d'instance ne devrait servir qu'à accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international, au bénéfice des opérateurs du commerce international, *supra*, n° 437.

faire allusion montre clairement qu'on a choisi de rendre possible le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral en cours d'instance dans le seul et unique but de permettre aux parties d'économiser, dans certains cas, temps et argent; l'intervention judiciaire ne sert donc aucun intérêt étatique supérieur à celui des parties, et c'est seulement si tel avait été le cas qu'on aurait pu affirmer le caractère impératif de l'art. 16(3) de la Loi type[1162].

453. – Il faut donc reconnaître aux opérateurs du commerce international la liberté d'écarter conventionnellement l'intervention du juge canadien destinée à contrôler, en cours d'instance, la compétence du tribunal arbitral. En pratique, ils le feront rarement de manière expresse; c'est surtout de manière implicite que les parties seront susceptibles d'avoir exprimé leur intention d'y renoncer, en convenant de règles relatives à la procédure arbitrale qui s'avèrent incompatibles avec ce cas d'intervention judiciaire. À cet égard, l'affaire *Air France*[1163] a soulevé une question qui, parce qu'elle est assez épineuse et qu'elle est susceptible de se poser relativement fréquemment, mérite quelques développements particuliers : lorsqu'elles choisissent d'assujettir la procédure de l'arbitrage à l'un des règlements les plus fréquemment utilisés – lesquels ne contiennent aucune disposition prévoyant le contrôle judiciaire de la compétence arbitrale durant le déroulement de l'instance –, les parties expriment-elles le désire d'écarter conventionnellement l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 16(3) de la Loi type ou l'art. 943.1 du C.p.c. ?

454. – Dans cette affaire *Air France*, tant la Cour supérieure du Québec que la Cour d'appel ont adhéré à la thèse – préconisant une réponse affirmative – qui, au premier coup d'œil, paraît bien être celle qui est plus compatible avec les attentes légitimes des opérateurs du commerce international[1164]. Elle s'appuie sur l'idée, assez répandue, voulant qu'un règlement d'arbitrage ayant vocation à régir l'instance arbitrale du début à la fin – il

---

[1162] Voilà pourquoi on peut se permettre de critiquer l'état du droit positif français sur ce point, qui ne permet pas aux parties d'exclure le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral susceptible de survenir durant le déroulement de l'instance arbitrale : E. Loquin, note sous Cour supérieure du Québec, 15 février 2000, *Compagnie nationale Air France* c. *Libyan Arab Airlines*, R.T.D. com. 2001.66 à la p. 68.

[1163] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R.1 (obs. F. Bachand); R.T.D. com. 2001.66 (note E. Loquin); CLOUT # 392 (C.S. Qué.); [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2900 (C.A. Qué.); [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.)

[1164] Cette thèse a d'ailleurs reçu l'approbation de certains commentateurs de l'affaire *Air France*; voir : E. Loquin, note sous Cour supérieure du Québec, 15 février 2000, *Compagnie nationale Air France* c. *Libyan Arab Airlines*, R.T.D. com. 2001.66 à la p. 67; S.R. Schackleton, note sous cette même décision, [2002] Int. A.L.R. aux pp. N-24 et N-25; *contra* : A. Prujiner, note sous Cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, *Compagnie nationale Air France* c. *Mbaye*, Rev. arb. 2003.1365.

s'agissait en l'occurrence du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – constitue un code complet, de sorte que les parties choisissant de s'y assujettir exprimeraient du coup le désir d'écarter toute disposition non impérative de la loi du lieu du siège de l'arbitrage dont l'application n'est pas réservée dans le règlement choisi[1165]. Puisque, contrairement à l'intervention judiciaire en matière de mesures provisoires ou conservatoires[1166], le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est silencieux sur l'intervention judiciaire relative à la compétence arbitrale, les parties avaient – selon la Cour supérieure et la Cour d'appel – forcément voulu l'exclure[1167].

455. – Mais lorsqu'on y réfléchit bien, ce raisonnement – dont on a déjà vu qu'il n'était pas sans faille dans d'autres contextes[1168] – ne s'avère pas convaincant.

456. – Il pose surtout problème en ce qu'il ne tient pas compte du fait que la grande majorité – voire la totalité – des règlements d'arbitrage communément utilisés dans la résolution de différends du commerce international permettent au tribunal arbitral de décider, s'il le juge approprié, de trancher une objection à sa propre compétence dans une décision rendue en cours d'instance. La plupart le font de manière expresse. Par exemple, l'art. 21(4) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit que : « D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive ». L'article 15(3) du Règlement d'arbitrage de l'AAA donne lui aussi au tribunal arbitral le pouvoir, s'il le juge approprié, de disposer d'une objection à sa propre compétence

---

[1165] Voir notamment, en ce sens : P. Sanders, « Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules », (1977) II Yearbook Com. Arb. 172 à la p. 195; Ph. Fouchard, « Les travaux de la C.N.U.D.C.I. – Le règlement d'arbitrage », J.D.I. 1979.816 à la p. 824 et suiv.; K.-H. Böckstiegel, « The Relevance of National Arbitration Law for Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules », (1984) 1(3) J. Int. Arb. 223 à la p. 227; A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425 à la p. 439; M. Pellopää et D.D. Caron, *The UNICTRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied – Selected Problems in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1994 aux pp. 25-26; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 105-107, n^{os} 201-202.

[1166] Voir l'art. 26(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

[1167] *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2000] R.J.Q. 717; (2000) 3(4) M.A.L.Q.R.1 (obs. F. Bachand); R.T.D. com. 2001.66 (note E. Loquin); CLOUT # 392 (C.S. Qué.) aux n^{os} 43-48 et 58-60; et en appel : *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 2900; [2003] R.J.Q. 1040; Rev. arb. 2003.1365 (note A. Prujiner) (C.A. Qué.) aux n^{os} 66-67.

[1168] Voir *supra*, notes 889 et 953, au sujet de l'intervention judiciaire visant à assurer la nomination d'un arbitre et celle relative à l'obtention de preuves, dont la plupart des règlements d'arbitrage ne font pas mention, mais que les parties ne peuvent avoir cherché à exclure.

de cette manière[1169]. D'autres règlements d'arbitrage, comme celui de la CCI, ne mentionnent pas expressément que le tribunal arbitral peut trancher une objection à sa propre compétence soit dans une décision rendue en cours d'instance, soit dans le cadre d'une sentence rendue au terme de l'instance arbitrale; mais ils ne l'interdisent pas non plus, de sorte que le tribunal est tout aussi libre de trancher une telle objection comme bon lui semble, compte tenu du pouvoir général qui est universellement reconnu aux arbitres du commerce international de déterminer la teneur des règles de procédure en l'absence d'accord des parties[1170].

Or, si le règlement d'arbitrage désigné par les parties permet au tribunal – s'il le juge opportun – de trancher une objection à sa propre compétence dans une décision rendue en cours d'instance, ce ne peut être que parce que les parties ont voulu qu'il soit possible qu'un problème relatif à la compétence arbitrale soit vidé avant que d'autres temps et argent ne soient investis dans l'instance arbitrale. Trancher une telle objection durant le déroulement de l'instance servira rarement à autre chose. En conséquence, il serait illogique que les parties, lorsqu'elles expriment – en confiant ce pouvoir au tribunal arbitral – le désir de rendre parfois possible la clarification de tout problème relatif à la compétence arbitrale avant la fin de l'instance, cherchent en même temps à exclure tout contrôle judiciaire s'y rapportant et survenant durant le déroulement de l'instance arbitrale. En convenant d'une procédure permettant au tribunal arbitral de trancher une objection à sa propre compétence dans une décision rendue en cours d'instance, les parties veulent qu'il soit possible de faire clarifier par un juge – après que le tribunal arbitral a statué, mais avant que l'instance arbitrale ne se poursuive – une incertitude quant à l'existence ou la portée de la compétence arbitrale.

C'est exactement cette idée qu'a expressément consacrée l'art. 23.4 du Règlement

[1169] Il se lit comme suit : « A party must object to the jurisdiction of the tribunal or to the arbitrability of a claim or counterclaim no later than the filing of the statement of defense, as provided in Article 3, to the claim or counterclaim that gives rise to the objection. The tribunal may rule on such objections as a preliminary matter or as part of the final award ». Voir aussi l'art. 25(1) du Règlement d'arbitrage international du CCAC (« Le tribunal statue sur toute objection relative à sa compétence, y compris toute objection relative à la portée, l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage. Il statue soit de façon préliminaire, soit dans sa sentence finale ») ainsi que l'art. 36*d*) du Règlement d'arbitrage de l'OMPI.

[1170] Ainsi, en raison de ce pouvoir général du tribunal arbitral – que lui reconnaît d'ailleurs l'art. 15(1) du Règlement –, il est acquis qu'un tribunal arbitral CCI peut, à moins de convention contraire des parties, décider de trancher une objection à sa propre compétence soit dans une décision rendue en cours d'instance, soit dans le cadre d'une sentence rendue au terme de l'instance arbitrale; voir notamment, en ce sens : W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3e éd., Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2000 à la p. 359 et suiv.

d'arbitrage de la LCIA. Cette disposition est d'un très grand intérêt car elle précise l'intention des parties s'assujettissant au règlement en ce qui a trait au contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral, ce que très peu de règlements d'arbitrage font. Il exprime d'abord une règle générale : « [e]n convenant de l'arbitrage selon le présent règlement, les parties sont considérées comme étant convenues de ne saisir aucune juridiction étatique ou autre autorité judiciaire d'aucune demande relative à la compétence ou aux pouvoirs du tribunal arbitral ». Deux exceptions sont ensuite énoncées : « sauf si toutes les parties à l'arbitrage y ont consenti par écrit, ou avec l'autorisation préalable du tribunal arbitral »; puis une troisième, qui est la disposition-clé : « *ou par suite d'une sentence de celui-ci statuant sur la question de sa compétence ou de ses pouvoirs* »[1171]. Le lien entre la volonté de conférer au tribunal arbitral le pouvoir de statuer avant la fin de l'instance sur une objection à sa propre compétence et le désir de réserver le pouvoir des tribunaux judiciaires d'intervenir à ce sujet après que le tribunal arbitral a statué, mais avant que l'instance ait pris fin, n'aurait pu être exprimé de manière plus claire.

457. – Si l'on réexamine l'affaire *Air France* à la lumière de ces développements, on réalise que tant la Cour supérieure que la Cour d'appel du Québec ont probablement eu tort de conclure qu'en s'assujettissant au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les parties avaient exprimé le désir d'exclure toute intervention judiciaire fondée sur l'art. 943.1 du C.p.c. La question se posait car deux des motifs invoqués par la partie requérante afin d'attaquer la régularité d'une instance arbitrale en cours touchaient à la compétence du tribunal arbitral; le premier avait trait à l'arbitrabilité du litige, le second à la régularité de la constitution du tribunal arbitral[1172]. La partie requérante – défenderesse dans l'arbitrage – avait préalablement demandé au tribunal arbitral de se déclarer incompétent, après que les parties s'étaient entendues pour que la compétence arbitrale soit débattue dans une phase préliminaire de l'instance. Le tribunal avait, dans une décision rendue en cours d'instance, rejeté le premier argument et confirmé l'arbitrabilité du litige; il avait cependant refusé de

[1171] Italiques ajoutés.

[1172] La partie intimée contestait cependant que la régularité de la constitution du tribunal arbitral puisse être considérée comme relevant de la compétence arbitrale à proprement parler.

trancher le second, puisqu'il estimait ne pas avoir le pouvoir de statuer sur la régularité de sa propre constitution[1173].

Le point crucial sur lequel la partie requérante aurait dû insister et qui aurait dû, en définitive, convaincre les tribunaux québécois, est qu'en s'assujettissant à un règlement permettant au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence en cours d'instance et – surtout – en précisant dans l'acte de mission que le tribunal arbitral aurait à rendre, dans une phase préliminaire de l'instance, une décision sur l'arbitrabilité du litige et sur la régularité de sa propre constitution, les parties avaient manifesté leur désir de voir la question de la compétence arbitrale vidée – y compris, au besoin, par un juge – avant que les arbitres commencent à examiner le fond. Autrement dit, la décision des parties de débattre préalablement de la compétence arbitrale témoignait de leur désir de voir les considérations d'économies de moyens l'emporter sur celles liées au contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage. Les tribunaux québécois ont donc eu tort de considérer que le recours intenté par la partie requérante était prématuré du fait que les parties avaient convenu que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI allait régir la procédure arbitrale; ils pouvaient – et devaient – trancher les objections à la compétence arbitrale soulevées par la partie requérante.

458. – En somme, les cas où il sera réellement justifié de considérer que les parties ont voulu exclure l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 16(3) de la Loi type et sur l'art. 943.1 du C.p.c. demeureront assez rares. Le juge canadien ne devrait refuser d'intervenir que dans l'hypothèse où les parties ont – soit directement, soit en s'assujettissant à un règlement d'arbitrage contenant des dispositions en ce sens – expressément exclu ce cas d'intervention judiciaire ou interdit au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence dans une décision rendue en cours d'instance.

Section II. Les conditions procédurales : la compétence internationale du juge et le délai dans lequel son intervention doit avoir été sollicitée

459. – On peut identifier deux conditions de nature procédurale qui doivent être remplies afin que le juge canadien puisse intervenir en cours d'instance dans le but de vérifier la

[1173] Il faudrait considérer qu'il a eu tort sur ce point, si l'on accepte d'adopter une conception large de la notion de compétence arbitrale, comme on l'a prôné *supra*, n° 447 et suiv.

compétence arbitrale. Elles ne soulèvent pas de difficulté majeure.

460. – La première a trait à sa compétence internationale. De manière tout à fait satisfaisante au plan théorique[1174], la Loi type limite son intervention aux seules instances arbitrales qui se déroulent sur le territoire du for puisqu'en vertu de l'art. 1(2), l'art. 16(3) n'est applicable que si le siège de l'arbitrage y est situé. Comme on l'a déjà souligné à plusieurs reprises – en analysant le domaine d'application dans l'espace de l'art. 940.3 du C.p.c.[1175] et des dispositions du Titre 1 du Livre VII permettant au juge québécois d'intervenir afin de nommer un arbitre[1176] ou de révoquer sa mission[1177] –, le fait que l'art. 1(2) n'ait pas été repris par le Législateur québécois et que l'art. 3133 du C.c.Q. ne soit pas applicable aux dispositions relatives à l'intervention judiciaire rend quelque peu incertain le domaine d'application dans l'espace des dispositions pertinentes du Titre 1 du Livre VII du C.p.c. Mais la question doit être résolue de la même manière qu'elle l'a été en analysant ces autres cas d'intervention judiciaire. En l'absence d'éléments pouvant donner à penser que le Législateur québécois ait voulu s'écarter de la Loi type sur ce point, il n'existe aucune raison de ne pas donner préséance à l'intention qu'a exprimée l'Assemble nationale d'assurer que la loi québécoise constitue le « reflet fidèle » de la Loi type[1178]. Il y a donc lieu de conclure que la compétence internationale du juge appelé à intervenir en vertu de l'art. 943.1 du C.p.c. ne sera établie que si le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for, d'autant plus que cette solution est respectueuse du principe général réservant aux tribunaux judiciaires du siège le pouvoir de contrôler la légalité de l'arbitrage[1179].

461. – La seconde condition procédurale exige que l'intervention du juge soit sollicitée au plus tard trente jours après que la partie requérante a été avisée de la décision dans laquelle le tribunal arbitral a affirmé sa propre compétence. L'imposition d'un délai assez court – celui dans lequel une demande d'annulation d'une sentence doit être formulée est de

---

[1174] Voir l'analyse sur ce point présentée *supra*, n° 436.

[1175] Voir *supra*, n^os^ 178-179.

[1176] Voir *supra*, n° 342.

[1177] Voir *supra*, n° 355.

[1178] Sur les rapports qu'entretiennent la Loi type et le Titre 1 du Livre VII du C.p.c. et sur l'importance d'interpréter celui-ci de manière conforme à celle-là et à l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage poursuivi par la CNUDCI, voir *supra* n° 238 et suiv.

[1179] Sur ce principe général, voir *supra*, n° 217 et suiv.

trois mois[1180] – est due à la volonté des rédacteurs de la Loi type d'assurer que lorsque le tribunal arbitral juge que la question de la compétence arbitrale doit être vidée avant que d'autres temps et argent ne soient investis par les parties dans l'instance arbitrale, elle puisse l'être rapidement; c'est également dans cette optique qu'ils ont choisi d'exclure toute possibilité que la décision du juge soit portée en appel[1181].

462. – Trois aspects de cette seconde condition méritent quelques commentaires. D'abord, si le point de départ de ce délai a été clairement fixé dans la Loi type, la détermination du jour où il expire peut poser problème lorsque le trentième jour s'avère être un jour non juridique là où est situé le lieu du siège de l'arbitrage, et que les règles du droit judiciaire privé du for prévoient – comme c'est par exemple le cas au Québec – la prorogation du délai au jour juridique suivant[1182]. Deux solutions seraient envisageables dans une telle hypothèse. On pourrait d'abord être tenté de pallier le silence de la Loi type en reconnaissant l'applicabilité des règles pertinentes du droit judiciaire du for. Cette solution peut paraître être la plus juste et la plus équitable en ce qu'elle assure la préservation des droits des parties. De plus, elle jouit d'un certain soutien en droit transnational, comme en fait foi l'art. 29 de la *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de*

[1180] Voir l'art. 34(3) de la Loi type et l'art. 947.4 du C.p.c. Ce délai est beaucoup plus court dans d'autres juridictions, comme en France (1 mois : art. 1505 du N.C.P.C.) et en Angleterre (28 jours : art. 70(3) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23).

[1181] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 36, n° 159. Bien que l'exclusion du droit d'appel n'ait rien à voir avec les conditions de l'intervention du juge envisagée à l'art. 16(3) de la Loi type, on se permettra tout de même de souligner qu'elle est malheureuse. Premièrement, il est illogique et incohérent que la décision d'un tribunal de première instance rendue en cours d'instance arbitrale et portant sur la compétence arbitrale ne soit susceptible d'aucun appel, alors qu'une décision prise par ce même tribunal et portant sur le même objet est susceptible d'appel lorsqu'elle a été rendue dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un recours en reconnaissance et exécution. Deuxièmement – et plus fondamentalement –, l'exclusion du droit d'appel semble difficilement justifiable d'un point de vue théorique. Ce droit, qui constitue une garantie très importante de bonne justice, ne devrait jamais être retiré au justiciable sauf si des considérations qui s'avèrent réellement prépondérantes le nécessitent. On pourrait soutenir que la nécessité d'éviter de trop retarder le déroulement de l'instance arbitrale doit l'emporter sur celles sur lesquelles reposent le principe du double degré de juridiction. Mais l'exclusion du droit d'appel ne semble aucunement nécessaire, ni même utile, compte tenu que l'art. 16(3) de la Loi type confère aussi au tribunal arbitral le pouvoir de poursuivre la procédure arbitrale s'il juge que les procédures judiciaires tardent trop. Autrement dit, ce pouvoir dont dispose le tribunal arbitral suffit à lui seul pour éviter que les démarches entreprises devant la justice étatique ne retardent trop le déroulement de l'instance arbitrale. On a donc éliminé une garantie essentielle de bonne justice sans justification valable, ce qui est est déplorable.

[1182] Voir l'art. 8(2) du C.p.c. : « les jours non juridiques sont comptés; mais lorsque le dernier jour est non juridique, le délai est prorogé au premier jour juridique suivant ». Voir aussi l'art. 26 de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. (1985), c. I-23 et l'art. 642(2) du N.C.P.C. français.

marchandises[1183]. Mais, à la réflexion, ce n'est pas la meilleure. À la base, cette solution n'est pas compatible avec l'objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage poursuivi par la CNUDCI[1184] et les besoins de certitude et de prévisibilité que ressentent, de manière générale, les opérateurs du commerce international. Ces considérations militent contre l'applicabilité de toute règle proprement interne susceptible d'influer sur le sens des règles s'intéressant à des questions visées par les dispositions de la Loi type, et on ne devrait accepter de s'en écarter – afin de ne pas en diluer inutilement l'importance – qu'en présence d'autres considérations qui s'avèrent réellement prépondérantes. On pourrait, afin de justifier la première solution, répondre que de telles considérations – la préservation des droits de la partie s'objectant à la compétence du tribunal arbitral – existent alors effectivement. Mais l'argument n'emporte pas la conviction : il est irréaliste de croire que la partie qui envisage de saisir les tribunaux judiciaires puisse réellement être prise par surprise du fait que le trentième jour soit non juridique – et qu'elle puisse ainsi perdre des droits – pour la simple et bonne raison qu'elle aura toujours communiqué, bien avant l'échéance du trentième jour, avec des avocats locaux parfaitement au courant des règles pertinentes.

La seconde question qu'on peut se poser – et à laquelle il n'est pas nécessaire de trop s'attarder étant donné qu'elle se présentera assez rarement en pratique – est de savoir dans quelle mesure ce délai de trente jours peut être modifié par convention des parties. Comme on l'a vu en analysant la question de savoir si la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type peut être écartée par les parties, on peut difficilement conclure que les parties peuvent, par convention, donner aux juges canadiens le pouvoir d'intervenir au-delà des cas qui y sont mentionnés – ou, dit autrement, d'accroître conventionnellement leurs pouvoirs d'intervention[1185]. En conséquence, aucun effet ne devrait être reconnu à un accord des parties destiné à *proroger* le délai de trente jours prévu à l'art. 16(3) de la Loi type ainsi qu'à l'art. 943.1 du C.p.c. L'intervention judiciaire envisagée à ces dispositions ne devrait donc jamais être possible si elle n'a pas été sollicitée dans les délais, et ce, même si la ou les parties qui sont intimées dans la demande d'intervention

[1183] Qui se lit comme suit : « [s]i le dernier jour du délai de prescription est un jour férié ou tout autre jour de vacances judiciaires mettant obstacle à ce que la procédure soit entamée dans la juridiction où le créancier engage une procédure judiciaire ou revendique un droit comme prévu aux articles 13, 14 ou 15, le délai de prescription est prolongé de façon à englober le premier jour utile qui suit ledit jour férié ou jour de vacances judiciaires ».

[1184] Dont l'influence dans l'interprétation des règles en vigueur au Canada fut étudiée *supra*, n° 91 et suiv.

[1185] Voir *supra*, n° 196 et suiv.

judiciaire y ont consenti – que ce consentement soit intervenu avant ou après la décision du tribunal arbitral affirmant sa compétence. Cependant, la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type ne s'oppose aucunement à un accord des parties ayant pour effet de *réduire* le pouvoir d'intervention des juges canadiens, en réduisant le délai de trente jours. Et puisqu'il convient de considérer, comme on vient de le voir, qu'en raison du principe général consacrant la liberté des parties de convenir des règles de la procédure arbitrale, les parties doivent pouvoir *écarter* l'intervention judiciaire envisagée à l'art. 16(3) de la Loi type et à l'art. 943.1 du C.p.c.[1186], il serait illogique de ne reconnaître aucun effet à un accord des parties visant à réduire le délai dans lequel elle doit avoir été sollicitée.

On peut enfin se demander si ce délai de trente jours est de rigueur, ce qui revient à vérifier si le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant – lorsqu'il lui apparaît opportun de le faire compte tenu de toutes les circonstances pertinentes d'une affaire – d'intervenir même si la demande n'a pas été formulée dans les délais. La question se pose pour deux raisons. D'abord, l'art. 16(3) de la Loi type n'en traite pas de manière explicite; rien n'est dit au sujet du pouvoir dont pourrait bénéficier le juge de proroger le délai de trente jours s'il l'estime opportun. Deuxièmement, la possibilité qu'un délai de procédure soit prorogé par un juge est la règle au Canada; les délais dits de rigueur – ceux qui ne peuvent jamais être prorogés par le juge – sont l'exception[1187]. Un juge canadien pourrait donc être tenté de s'appuyer sur ce principe général du droit judiciaire privé en vigueur dans les divers ordres juridiques canadiens et se reconnaître le pouvoir de juger, dans des cas qui – certes – demeureraient exceptionnels, du bien-fondé d'une demande d'intervention présentée hors délai. Mais il serait nettement préférable qu'il n'adhère pas à cette thèse et qu'il reconnaisse plutôt qu'il s'agit bel et bien d'un délai de rigueur, et ce, pour trois raisons principales. D'abord, le délai prévu à l'art. 16(3) de la Loi type s'apparente à ceux applicables aux recours de droit commun par le biais desquels les justiciables canadiens peuvent se pourvoir

---

[1186] Voir *supra*, n° 129.

[1187] Voir par ex. : l'art. 8 des *Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106; l'art. 3.02 des *Règles de procédure civile* ontariennes, R.R.O. 1990, Règl. 194. En droit québécois, les délais prévus dans le C.p.c. peuvent toujours être prorogés, à moins qu'ils ne soient de rigueur : art. 9(1) du C.p.c. Les délais dont le C.p.c. prévoit expressément qu'ils sont de rigueur sont assez rares et ce n'est qu'exceptionnellement que les juges acceptent de déclarer de rigueur un délai dont l'impérativité n'a pas été stipulée par le législateur (pour un ex. bien connu, voir : *Alimport* c. *Victoria Transport Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 858); voir aussi D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1 (« Art. 1-481.17 C.p.c. »), 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 11.

à l'encontre des jugements – il s'agit surtout de l'appel mais aussi, au Québec, de la rétractation de jugement –, en ce sens qu'ils ont pour objectif de marquer le point dans le temps à partir duquel un acte juridictionnel devient incontestable. Or, les considérations très importantes, liées à la sécurité juridique, qui sous-tendent de tels délais sont difficilement conciliables avec l'existence d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge de les proroger s'il l'estime juste et équitable. Le délai existe pour qu'à son expiration, la partie gagnante sache que la décision est bel et bien finale et définitive; elle n'aurait jamais la certitude que c'est le cas – le délai serait donc vidé de tout son sens – s'il était toujours possible qu'un juge le proroge même une fois expiré... De telles considérations ont conduit la Cour d'appel du Québec à conclure, de manière convaincante, que le délai de trente jours dans lequel doit être intenté un recours annulation en vertu des art. 947 et suiv. du C.p.c., qui reprennent en substance l'art. 34 de la Loi type, est de rigueur[1188]; le même raisonnement est en tous points applicable au délai dans lequel l'intervention judiciaire visant à contrôler, en cours d'instance, la compétence du tribunal arbitral, doit être sollicitée. Ensuite, la thèse prônant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge de proroger ce délai se heurte, elle aussi, à la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type; elle prône en effet la prise en compte de faits normatifs proprement internes au soutien de la possibilité qu'un juge intervienne *après* l'expiration du délai de trente jours, et donc *au-delà* des cas d'intervention envisagés par la CNUDCI. Enfin, cette thèse est – sur le fond – difficilement conciliable avec le besoin de certitude et de prévisibilité que ressentent si fortement les opérateurs du commerce international en ce qui a trait aux règles de la procédure arbitrale[1189]. Ils privilégieront sans aucun doute un système qui, malgré sa rigidité, leur permettra de savoir avec certitude qu'à l'expiration d'un délai connu, une décision – qu'elle ait été rendue par un juge ou par un arbitre – ne pourra plus être remise en cause de quelque manière que ce soit. Pour cette raison, la thèse niant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge canadien de proroger le délai de trente jours prévu à l'art. 16(3) de la Loi type paraît plus conforme aux intérêts des usagers de la justice arbitrale internationale et, partant, au principe général de l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

[1188] *Compagnie d'assurance Standard Life* c. *Fagan*, REJB 2004-61610 (C.A.). Voir cependant : *Le Groupe Charles Lacroix* c. *Le Syndicat des travailleurs horaires de l'amiante CSN Inc.*, REJB 2003-47120 (C.S.).

[1189] Besoin qui, comme on l'a vu, est à l'origine de la règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type : voir *supra*, n° 160 et suiv.

Chapitre II. Le contrôle du statut d'un arbitre

463. – En plus de pouvoir intervenir durant le déroulement d'un arbitrage commercial international afin de statuer sur la compétence arbitrale, le juge canadien peut aussi intervenir avant le prononcé de la sentence dans le but de contrôler la régularité du statut d'un arbitre, en vérifiant s'il possède les qualités nécessaires afin que l'arbitrage puisse se dérouler de manière régulière[1190]. Il est donc possible qu'une procédure de *récusation*[1191] soit déclenchée, durant le déroulement de l'instance arbitrale, devant les tribunaux judiciaires canadiens. Si elle s'avère bien fondée, le juge pourra rendre une décision qui mettra fin à la mission de l'arbitre visé, et qui créera du coup une vacance au sein du tribunal arbitral[1192].

464. – Ici aussi, il est utile de distinguer les conditions de son intervention qui sont de nature substantielle (Section I) de celles qui sont de nature procédurale, lesquelles sont quasi identiques à celles que l'on vient d'étudier en analysant le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral (Section II).

[1190] L'article 13(3) de la Loi type a été repris intégralement dans toutes les juridictions canadiennes de common law, sauf en Colombie-Britannique, où des modifications y furent apportées afin de permettre aux parties d'écarter, dans certaines circonstances, l'intervention judiciaire y étant prévue. Au Québec, l'art. 942.4 du C.p.c., auquel les parties peuvent incontestablement déroger (art. 940. du C.p.c.), reprend l'art. 13(3) en ces termes : « Si la récusation ne peut être obtenue en vertu de l'article 942.3, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander à un juge de se prononcer sur la récusation. Les arbitres, y compris l'arbitre dont la récusation est proposée, peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence tant que le juge n'a pas statué ».

[1191] La récusation est « le procédé qui permet d'écarter un arbitre qui ne remplit pas les conditions nécessaires à l'exercice de sa mission arbitrale » : Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 360, n° 429.

[1192] Les travaux préparatoires de la Loi type soutiennent cette idée voulant que l'ordonnance rendue par un juge en vertu de 13(3) de la Loi type ait pour effet de mettre fin à la mission de l'arbitre visé (*Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de conbtrats internationaux sur les travaux de sa septième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 186 à la p. 191, n° 39). Voir aussi, sur ce point : J.C. Fernández Rozas, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 2001.290.9 à la p. 145, n° 84; M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préf. P. Mayer, av.-prop. J.-D. Bredin, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 259 et suiv., n° 383 et suiv.; et, du point de vue du droit suisse : W. Peter et C. Freymond, « Article 180 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 379 à la p. 387, n° 37.

Section I. Les conditions substantielles

465. – D'abord et avant tout, le juge canadien ne peut intervenir qu'après qu'une décision, rendue dans le cadre de l'instance arbitrale, a affirmé la régularité du statut de l'arbitre (Section I). L'intervention judiciaire est assujettie à une seconde condition, mais seulement lorsqu'elle est sollicitée en vertu des lois régissant l'arbitrage commercial international au Québec et en Colombie-Britannique : les parties ne doivent pas avoir convenu de l'exclure (Section II)[1193].

§ I. L'existence d'une décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale et affirmant la régularité du statut de l'arbitre

466. – C'est sans grande surprise que l'on constate que la question de savoir s'il faut permettre au juge d'intervenir durant le déroulement de l'instance arbitrale afin de contrôler la régularité du statut de l'arbitre a suscité, lors de l'élaboration de la Loi type, des débats semblables à ceux relatifs au contrôle judiciaire de la compétence arbitrale susceptible de survenir avant le prononcé de la sentence[1194]. Le problème est le même. La question n'est donc pas de savoir si la régularité du statut de l'arbitre devrait pouvoir être contrôlée par le juge – ce point est acquis depuis longtemps et ne soulève aucune difficulté au sein de la communauté des États accordant leur soutien à l'arbitrage commercial international –, mais bien de savoir si l'on doit donner plein effet au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage et donc *toujours* le reporter à la fin de l'instance arbitrale[1195], ou si ce contrôle devrait plutôt être possible durant l'arbitrage – dès lors qu'un problème relatif au statut d'un arbitre surgit – afin d'éviter que temps et argent ne soient inutilement investis dans l'instance arbitrale. La possibilité d'exclure tout contrôle judiciaire de la régularité du statut des arbitres durant le déroulement de l'instance arbitrale fut envisagée par la

---

[1193] À des fins comparatives, il est intéressant de constater l'absence, au Canada, d'une condition additionnelle rendant l'intervention judiciaire impossible une fois l'affaire mise en délibéré par le tribunal arbitral – c'est-à-dire après la côture des débats. Voir, au sujet de cette condition, dont l'existence a été affirmée dans la jurisprudence française et approuvée par certains auteurs : E. Loquin, note sous Versailles, 14 nov. 1996, *Sté Sincelle* c. *Bourrey*, R.T.D. com. 1997.234 à la p. 236 (« il est certain que la récusation n'est plus possible une fois l'affaire mise en délibéré »); Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 361-362, n° 430.

[1194] Voir notamment : A. Broches, « Commentary on the UNCITRAL Model Law », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j. au n° 8 et suiv.

[1195] Comme cela semble déjà avoir été le cas en Espagne : J.C. Fernández Rozas, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 2001.290.9 aux pp. 143-144, n° 83.

CNUDCI[1196], comme le fut aussi la possibilité, située à l'autre extrême, de toujours permettre l'intervention judiciaire en cours d'instance avant que l'instance arbitrale puisse se poursuivre[1197]. En définitive, la CNUDCI adopta – comme elle le fit à propos du contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral survenant durant l'instance – une solution de compromis entre, d'une part, les considérations liées à la lutte contre les manœuvres dilatoires et abusives et, d'autre part, les considérations d'économie de moyens.

467. – Mais ce compromis n'est pas réalisé de la même manière que dans le mécanisme de contrôle judiciaire de la compétence arbitrale prévu à l'art. 16(3) de la Loi type. Il est important de le souligner et de bien le comprendre, puisqu'il est tentant de voir – au premier coup d'œil – un certain parallélisme entre le mécanisme ayant trait au contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre et celui ayant trait au contrôle judiciaire de la compétence arbitrale. En effet, dans les deux cas l'intervention judiciaire est conditionnelle à l'existence d'une décision préalable, rendue dans le cadre de l'instance arbitrale et ayant rejeté l'objection à la régularité de l'arbitrage dont le juge est saisi; on pourrait donc penser que, comme dans le mécanisme prévu à l'art. 16(3)[1198], la CNUDCI a rendu l'intervention judiciaire fondée sur l'art. 13(3) conditionnelle à l'existence d'une décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale et rejetant l'objection à la régularité de l'arbitrage *dans le but de réaliser ce compromis entre, d'une part, la lutte contre les manœuvres dilatoires et abusives et, d'autre part, les considérations d'économie de moyens.*

Or, on réalise à la réflexion qu'il n'en est rien. En vertu de l'art. 13(3), ce n'est pas au tribunal arbitral de décider s'il serait opportun qu'une objection à la régularité du statut d'un arbitre soit vidée en cours d'instance – afin d'éviter que temps et argent ne soient inutilement

---

[1196] Voir par ex. les projets d'articles à ce sujet qui furent préparés en 1983 (*Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quatorzième session*,(1983) XIV Annuaire de la CNUDCI 37 à la p. 43, n^os^ 62 et 64). Voir aussi, au même effet, le projet d'art. X(3) examiné en 1983 (*Sixième session du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (Vienne, 29 août-9 septembre 1983) – Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa sixième session*, (1984) XV Annuaire de la CNUDCI 151 à la p. 174, n° 204 et le résumé de la discussion aux n^os^ 209 à 211).

[1197] Voir les projets d'articles cités à la note précédente ainsi que les propos de : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 407.

[1198] Sur le fait que dans le mécanisme prévu à l'art. 16(3), l'exigence d'une décision préalable rendue par le tribunal arbitral et rejetant une objection à sa propre compétence sert bel et bien à réaliser ce compromis entre, d'une part, la lutte contre les manœuvres dilatoires et abusives et, d'autre part, les considérations d'économie de moyens, voir *supra*, n° 444.

investis dans l'instance arbitrale – ou s'il serait plutôt préférable, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et de l'importance de lutter contre les manœuvres dilatoires et abusives, qu'elle ne soit examinée qu'*a posteriori*[1199]. Dès lors qu'une partie doute de la régularité du statut d'un arbitre, elle *doit* formuler une objection qui *devra* d'abord être débattue dans le cadre de l'instance arbitrale, suivant la procédure de récusation convenue par les parties ou, à défaut, celle prévue à l'art. 13(2) de la Loi type[1200]. Si l'objection est accueillie, la mission de l'arbitre prend fin et une vacance est créée au sein du tribunal arbitral. L'incertitude quant à la régularité de l'arbitrage s'éteint et le risque que temps et argent soient inutilement investis dans l'instance arbitrale disparaît du coup; l'intervention judiciaire n'est donc plus nécessaire. Par contre, si l'objection est rejetée et que ni la partie requérante, ni l'arbitre n'accepte de se plier à la décision rendue, l'incertitude quant à la régularité de l'arbitrage persiste, et elle persistera tant qu'un juge ne se sera pas penché sur la question[1201]; le risque que temps et argent soient inutilement investis dans l'instance arbitrale subsiste, et c'est pour cette raison que l'intervention judiciaire devient alors possible. Le fait que l'intervention judiciaire soit conditionnelle à une décision préalable, rendue dans le cadre de l'instance arbitrale et ayant rejeté l'objection à la régularité du statut d'un arbitre, ne sert aucunement à pallier le risque que l'intervention judiciaire survenant durant le déroulement de l'instance arbitrale soit sollicitée à des fins dilatoires ou abusives; cette condition vise tout simplement à favoriser l'autonomie de l'instance arbitrale, puisqu'elle assure que l'intervention judiciaire ne puisse survenir que si le problème n'a pas pu d'abord être réglé dans le cadre de l'instance arbitrale.

468. – À la différence d'une objection à la compétence arbitrale soulevée durant le déroulement de l'instance arbitrale – dont l'examen par le juge peut être reporté *a posteriori*

[1199] Une suggestion visant à modifier l'art. 13(3) de la Loi type afin de confier ce pouvoir au tribunal arbitral fut rejetée : *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 30, n° 122.

[1200] La procédure supplétive établie dans le C.p.c. québécois diffère quelque peu de celle prévue à l'art. 13(2) de la Loi type : voir l'art. 942.5 du C.p.c.

[1201] L'incertitude persistera puisque le juge ne se considérera pas lié par une décision rejetant une demande de récusation rendue dans le cadre de l'instance arbitrale, que ce soit par le tribunal arbitral lui-même, ou encore par une institution d'arbitrage ou une autorité de nomination du tribunal arbitral. C'est à lui, et à lui seul, de contrôler la régularité de l'arbitrage. Ce point est acquis en doctrine et il a notamment été confirmé dans la jurisprudence française, suisse et anglaise : voir E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 585, n° 1069, et l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre dans *AT & T Corp.* c. *Saudi Cable Co.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 127; Rev. arb. 2001.211 (note Ph. Sarrailhé)). Ce semble être à tort que K.P. BERGER laisse entendre le contraire : *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 279.

si le tribunal arbitral le juge opportun –, le mécanisme de l'art. 13(3) de la Loi type repose sur l'idée voulant qu'une objection à la régularité du statut d'un arbitre doive *toujours* pouvoir être vidée durant le déroulement de l'instance arbitrale; autrement dit, contrairement à l'art. 16(3), l'art. 13(3) nie toute pertinence au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage. C'est autrement – et de manière beaucoup plus timide – qu'est réalisé le compromis visant à tenir compte de la nécessité d'éviter que l'intervention judiciaire soit sollicitée de manière dilatoire et abusive : l'intervention judiciaire doit être sollicitée dans un délai assez court de trente jours[1202], la décision du juge n'est pas susceptible d'appel et le tribunal arbitral peut décider de poursuivre l'instance arbitrale pendant que la demande d'intervention judiciaire est pendante[1203].

469. – Que penser de ce mécanisme ? La question se pose surtout à deux niveaux. Premièrement, il est tout à fait heureux qu'une objection à la régularité du statut d'un arbitre doive d'abord être débattue dans le cadre de l'instance arbitrale. Cela va de soi lorsque les parties ont elles-mêmes convenu d'une procédure de récusation, ce qui arrivera assez souvent étant donné que pratiquement tous les règlements d'arbitrage mis à la disposition des opérateurs du commerce international prévoient une telle procédure[1204]; le respect de leur volonté s'agissant des règles de la procédure arbitrale est alors assuré. Mais c'est également vrai lorsque les parties n'ont convenu d'aucune procédure de récusation. L'objection doit alors être présentée d'abord au tribunal arbitral; l'alternative était de permettre à la partie de présenter directement son objection au juge, comme le permet par exemple la loi anglaise de 1996[1205]. Mais il semble préférable de permettre aux autres arbitres de se pencher sur la question en premier lieu, pour deux raisons[1206].

[1202] Voir à ce sujet *infra*, n° 486.

[1203] Voir le *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 13, n° 6.

[1204] Voir par ex. : les art. 9 et suiv. du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; l'art. 11 du Règlement d'arbitrage de la CCI; l'art. 10 du Règlement d'arbitrage de la LCIA; les art. 8 et suiv. du Règlement d'arbitrage international de l'AAA; l'art. 19 du Règlement d'arbitrage commercial international du CCAC.

[1205] *Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, art. 24. Cependant, lorsque les parties ont convenu d'une procédure de récusation, elle doit avoir été épuisée avant que le juge puisse intervenir : voir l'art. 24(2). La loi néerlandaise est au même effet : K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer Law, 1993 à la p. 275; E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. Arb. 1990.759 à la p. 765.

[1206] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN ont souligné que la procédure supplétive prévue à l'art. 13(2) de la Loi type n'était pas satisfaisante en raison des difficultés susceptibles de survenir en cas de

D'abord – d'un point de vue plus théorique –, cette solution est plus respectueuse de la volonté des parties de se soustraire à la compétence des tribunaux judiciaires qui, comme on l'a vu en analysant l'intervention judiciaire en matière de mesures provisoires ou conservatoires[1207], implique forcément que c'est le tribunal arbitral, et non le juge, qui devrait rendre toute décision de nature procédurale lorsqu'il est en mesure de le faire efficacement; puisqu'il est possible que la décision des autres arbitres mette effectivement fin à l'incertitude entourant la régularité du statut de l'arbitre[1208], contraindre la partie requérante à présenter d'abord son objection au tribunal arbitral est parfaitement logique. Ensuite – d'un point de vue plus pragmatique –, l'intervention préalable des autres arbitres a l'avantage de faire en sorte que le juge subséquemment saisi de l'objection pourra s'inspirer d'une première décision qui, si les arbitres ont été soigneusement choisis, aura été rendue par des personnes expérimentées en matière de résolution des différends du commerce international. Les risques que le juge rende une décision difficilement conciliable avec les attentes légitimes des opérateurs du commerce international[1209], sans évidemment être totalement éliminés, seront sans aucun doute réduits; on s'assure, autrement dit, d'un contrôle judiciaire qui sera possiblement de meilleure qualité[1210].

470. – L'autre question est de savoir si, après que l'objection a été rejetée dans le cadre d'une procédure de récusation s'étant déroulée dans le cadre de l'instance arbitrale, l'intervention judiciaire devrait *toujours* être possible comme le permet le mécanisme adopté

---

désaccord des deux arbitres appelés à se prononcer sur la récusation du troisième (E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 523, n° 921 : « [Article 13(2)] is somewhat unsatisfactory in that it may be difficult, in the event of disagreement, for two arbitrators to dismiss the third »). En réalité, ces difficultés ne semblent pas trop importantes. Si les deux autres arbitres ne sont pas d'accord, l'objection à la régularité du statut de l'arbitre attaqué doit tout simplement être rejetée.

[1207] Voir *supra*, n° 369.

[1208] Dans l'hypothèse où ils accueillaient l'objection leur ayant été soumise.

[1209] On a par ex. à l'esprit le risque qu'un juge, en analysant la preuve relative à l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, tire des conclusions qui – bien qu'elles puissent s'avérer convaincantes dans le contexte d'un litige purement interne – le sont beaucoup moins, ou pas du tout, compte tenu du contexte particulier des relations commerciales internationales, ou encore de la spécificité de l'arbitrage commercial international.

[1210] Dans le même esprit, voir aussi, s'agissant du mécanisme de contrôle judiciaire de la compétence arbitrale prévu à l'art. 16(3) de la Loi type : *supra*, n° 446. Par ailleurs, on peut déplorer la trop grande rigidité du mécanisme prévu à l'art. 13(2) de la Loi type qui, tout comme celui prévu à l'art. 16(3) (voir à ce sujet *supra*, n° 447), ne permet pas aux parties d'écarter conventionnellement cette première condition substantielle de l'intervention du juge, afin que ce dernier puisse – lorsque les parties le jugent opportun – statuer directement sur une objection à la régularité du statut d'un arbitre, sans que la question n'ait à être préalablement débattue dans le cadre de l'instance arbitrale.

par la CNUDCI. Il s'agit alors de vérifier le bien-fondé du postulat sur lequel semble implicitement fondé ce mécanisme, soit que les opérateurs du commerce international ont davantage intérêt – quelles que soient les circonstances particulières de l'espèce – à ce que le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre survienne durant le déroulement de l'instance et qu'il ne soit donc pas reporté *a posteriori*. Cette idée est très largement répandue en droit comparé, puisqu'on constate que la grande majorité des lois régissant l'arbitrage commercial international permettent au juge de se prononcer en cours d'instance sur une demande de récusation d'un arbitre[1211]. Il est vrai que cette forme d'intervention judiciaire peut parfois être écartée par les parties – c'est notamment le cas en France –, mais il reste que le fait que la loi la rende possible en l'absence de convention contraire des parties signifie qu'on considère dans de tels systèmes que les parties ont *normalement* davantage intérêt à ce que le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre ne soit pas reporté *a posteriori*.

À la réflexion, cette prise de position ne s'avère cependant pas très convaincante. Le problème ne réside pas dans le fait que le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre soit *possible* durant le déroulement de l'instance arbitrale. De toute évidence, il existe des cas où les parties auront réellement intérêt, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, à voir une difficulté relative à la régularité du statut d'un arbitre vidée avant que l'instance arbitrale puisse se poursuivre. La solution consistant à toujours reporter *a posteriori* ce contrôle est donc trop radicale; il faut qu'il puisse être donné préséance aux considérations d'économie de moyens lorsque cela s'avère être dans l'intérêt des usagers de la justice arbitrale internationale. Le problème réside plutôt dans le fait que – dans ce mécanisme – le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre soit *toujours possible*, ce qui ouvre la porte à des manœuvres dilatoires et abusives. Évidemment, on pourrait répondre que les risques que des demandes d'intervention judiciaire retardent inutilement le déroulement de l'instance arbitrale sont suffisamment réduits dès lors que l'on

---

[1211] C'est par ex. le cas en France (voir notamment, au sujet de l'extension par la jurisprudence de l'art. 1463, al. 2 en matière d'arbitrage commercial international : Trib. gr. inst. Paris, 1er avril 1999, *Etat de Dubai e société Dubai Drydocks* c. *Sociétés Halcrow et F. Mc William*, Rev. arb. 1993.455 (note P. Bellet); E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 502 et suiv., n° 871 et suiv.), en Suisse (voir l'art. 180 de la LDIP), aux Pays-Bas (voir l'art. 1035(2) du Code de procédure civile) ainsi qu'en Angleterre (voir l'art. 24 de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23). La solution contraire, reportant *a posteriori* tout contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre, a déjà prévalu en droit espagnol : J.C. Fernández Rozas, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 2001.290.9 aux pp. 143-144, n° 83.

donne au tribunal arbitral le pouvoir de poursuivre son travail et que l'on encadre strictement l'intervention du juge, en forçant la partie requérante à se manifester à l'intérieur d'un court délai et en excluant toute possibilité d'appel. Mais cette réponse n'est pas entièrement satisfaisante. Comme l'ont souligné avec beaucoup de justesse Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, un tel encadrement de l'intervention judiciaire est d'une utilité assez limitée en pratique, puisque le tribunal arbitral acceptera rarement d'ordonner la poursuite de l'instance arbitrale alors qu'une demande de récusation d'un arbitre est pendante devant un tribunal judiciaire[1212]. Il aurait donc été préférable que la CNUDCI, comme elle l'a fait en ce qui concerne la compétence arbitrale, délègue à ce dernier – ou encore à la personne choisie par les parties pour trancher en premier lieu l'objection à la régularité de la mission d'un arbitre – le pouvoir de décider si, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, l'intervention judiciaire devrait être reportée *a posteriori*[1213].

471. – Il convient maintenant de préciser ce qu'on entend par la *régularité du statut de l'arbitre*, dans le but – analogue à celui poursuivi lors de l'étude l'intervention judiciaire ayant pour fonction de contrôler la régularité de la compétence arbitrale[1214] – de bien comprendre ce sur quoi doit avoir porté la décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale afin que l'on puisse considérer que la condition sous étude est effectivement réalisée, ce qui permettra du coup de préciser l'objet de l'intervention judiciaire possible en vertu de l'art. 13(3) de la Loi type.

472. – Cette notion de régularité du statut de l'arbitre, la Loi type la précise elle-même en énonçant – de manière exhaustive et impérative[1215] – les causes de récusation d'un arbitre

---

[1212] Voir E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 523 et suiv., n° 921. Voir aussi, dans cet esprit : Ph. Fouchard, « La Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861 à la p. 880, n° 41; E. Gaillard, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759 à la p. 766, soulignant les « risques d'exploitation [de l'art. 13(3) de la Loi type] à des fins dilatoires »; K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1993 à la p. 285; M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préf. P. Mayer, av.-prop. J.-D. Bredin, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 256, n° 377.

[1213] En plus d'être plus satisfaisante d'un point de vue strictement matériel, l'adoption d'une telle règle aurait aussi eu comme conséquence de rendre la Loi type un peu plus cohérente, puisqu'il est assez curieux que la CNUDCI n'ait pas accordé le même poids aux considérations d'économie de moyens à l'art. 16(3) et à l'art. 13(3) de la Loi type.

[1214] Voir *supra*, n° 448.

[1215] C'est ce qui ressort clairement des travaux préparatoires : *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 106 art. 13, n° 1;

à l'art. 12(2) [1216].

473. – En premier lieu, se pose une question ayant trait à la régularité du statut de l'arbitre lorsqu'une partie conteste sa capacité à remplir sa mission de manière désintéressée. L'arbitre est un juge – un juge privé – et comme tout juge[1217], il doit agir sans parti pris, il doit disposer d'une « totale liberté de jugement »[1218]. Le bien-fondé de cette idée, dans son principe, ne soulève aucune difficulté sur le plan théorique et il n'est donc pas surprenant de constater qu'elle fasse aujourd'hui consensus au sein de la communauté des États qui accordent leur soutien à l'arbitrage commercial international[1219]. Elle est également constamment reprise dans les règlements d'arbitrage mis à la disposition des opérateurs du commerce international[1220] et dans les instruments visant à jeter les bases d'une déontologie de l'arbitre international[1221].

Dans une formule que l'on rencontre, en substance, assez fréquemment en droit comparé – tant dans les lois régissant l'arbitrage commercial international[1222] que dans la

---

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 29, n^{os} 114-119; voir aussi, à ce sujet : H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989 à la p. 390.

[1216] La disposition correspondante du C.p.c. québécois est l'art. 942.

[1217] L'exigence d'impartialité des membres des tribunaux judiciaires est – dans son principe – aujourd'hui universelle. Voir par ex. l'art. 1.3 des *Draft Principles of Transnational Civil Procedure* et l'art. 10.1 des *Draft Rules of Transnational Civil Procedure*, ainsi que le commentaire *R-10A* sous ce dernier article (« [a]ll legal systems require judges to be impartial »). Voir aussi, d'un point de vue canadien : *R.* c. *Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R.* c. *Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Canadien Pacifique Ltée* c. *Bande indienne de Matsqui*, [1995]1 R.C.S. 3; *Ruffo* c. *Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *2747-3174 Québec Inc.* c. *Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R.* c. *S.(R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Ocean Port Hotel Ltd.* c. *Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Board)*, [2001] 2 R.C.S. 781.

[1218] Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325 à la p. 337, n° 21.

[1219] Voir notamment, en ce sens : E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 aux pp. 561-563, n^{os} 1022-1027; M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, pr. P. Mayer, av.-prop. J.-D. Bredin, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 45 et suiv., n° 77 et suiv. Voir aussi : T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004 à la p. 327 et suiv.

[1220] Voir, par ex. : l'art. 9 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; l'art. 7(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI; l'art. 5.2 du Règlement d'arbitrage de la LCIA; l'art. 7(1) du Règlement d'arbitrage international de la LCIA; l'art. 18(1) du Règlement d'arbitrage international du CCAC.

[1221] Voir, par ex. : l'art. 1 des *Rules of Ethics for International Arbitrators* de l'IBA, (1987) XII Yearbook Com. Arb. 199.

[1222] Voir, par ex., l'art. 1033(1) du Code de procédure civile néerlandais.

jurisprudence s'y rapportant[1223] –, la Loi type énonce qu'un arbitre peut être récusé si des *doutes légitimes* existent au sujet de son *indépendance* ou de son *impartialité*. Il est évident que cette seconde notion – l'impartialité – se rapporte à la liberté de jugement de l'arbitre, puisqu'elle peut réellement n'avoir qu'un sens, soit la qualité de celui ou celle qui juge sans parti pris, de manière désintéressée[1224]. La notion d'indépendance peut cependant sembler plus nébuleuse lorsqu'elle est associée à l'arbitre – surtout aux yeux d'un juriste canadien, pour qui elle dénote d'abord et avant tout l'absence de liens avec les pouvoirs exécutifs et législatifs, ce qui la rend *a priori* difficilement applicable à un juge *privé*[1225]. Mais même si l'on ne s'entende pas toujours sur sa portée exacte, il n'y a aucun doute qu'elle a bel et bien trait à la liberté de jugement de l'arbitre. Dans son sens le plus large, que privilégient notamment M. HENRY[1226] et Th. CLAY[1227], l'indépendance de l'arbitre viserait trois concepts distincts, soit la neutralité de l'arbitre – qui vise l'environnement socioculturel auquel il appartient –, son impartialité et son objectivité. Dans un sens plus restreint, souvent utilisé dans la jurisprudence française[1228], l'indépendance de l'arbitre signifierait son indépendance d'esprit; elle est alors pratiquement synonyme de liberté de jugement, et donc d'impartialité. Dans un sens encore plus restreint – qui correspond à celui qu'on lui donne notamment dans l'arbitrage CCI –, la notion d'indépendance est utilisée afin de décrire l'absence de liens objectifs entre l'arbitre et d'autres personnes – comme les parties ou leurs conseils – pouvant

---

[1223] Comme c'est par ex. actuellement le cas en France : M. Henry, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Rev. arb. 1999.193 à la p. 194, n° 3 : « [a]près avoir invoqué la nécessaire '*indépendance d'esprit*' de l'arbitre, et même si cette notion hante encore quelques décisions, la jurisprudence semble opter aujourd'hui pour une formule plus neutre et plus large en faisant une référence cumulative à l'obligation d'*'indépendance et d'impartialité*' de l'arbitre » [italiques dans l'original].

[1224] Voir, en ce sens, le Petit Robert (2002), sous « impartial ».

[1225] La Cour suprême a cependant déjà reconnu que l'indépendance des juges pouvait aussi dénoter l'absence de liens avec d'autres personnes ou organismes. Voir par ex. les propos du juge en chef A. LAMER, au sujet d'un arrêt rendu en 1985 (*Valente* c. *La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673) : « En particulier, le juge Le Dain a souligné que l'indépendance protégée par l'al. 11*d*) [de la *Charte canadienne des droits et libertés*] découlait de 'la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire', qu'il a définie comme la relation de la cour ou du tribunal '*avec autrui*, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement' (p. 685) » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 à la p. 141) [soulignés dans l'original; italiques ajoutés].

[1226] M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, pr. P. Mayer, av.-prop. J.-D. Bredin, Paris, L.G.D.J., 2001 à la p. 149 et suiv., n° 238 et suiv.

[1227] Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 251-252, n^{os} 300-301.

[1228] Voir, en ce sens : Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325 à la p. 338 et suiv., n° 26 et suiv.

affecter sa liberté de jugement[1229]. Dans son sens le plus étroit, qui a l'avantage de correspondre à son sens ordinaire, l'indépendance dénote seulement l'absence de rapports de soumission ou de subordination entre l'arbitre et d'autres personnes de nature à affecter sa liberté de jugement. La notion d'indépendance ne vise, dans ces deux derniers cas, qu'une sous-catégorie, somme toute assez restreinte, des divers facteurs de nature à affecter la liberté de jugement de l'arbitre[1230]. Peu importe le sens qu'il convient de donner à cette notion d'indépendance telle qu'elle est utilisée dans la Loi type, une chose est certaine – et c'est ce qui importe à ce stade de l'analyse : qu'elle soit entendue dans un sens large ou restreint, elle touche toujours, comme la notion d'impartialité, à la liberté de jugement de l'arbitre.

L'Assemblée nationale du Québec a choisi de ne pas reprendre, à l'art. 942. du C.p.c., les notions d'indépendance et d'impartialité, préférant plutôt les remplacer par un renvoi aux art. 234 et 235 du C.p.c., qui énoncent les motifs pour lesquels un juge peut être récusé dans une affaire assujettie au C.p.c. Ces motifs constituent tous des facteurs de nature à affecter la liberté de jugement du décideur, de sorte que l'on constate qu'en droit québécois aussi se pose une question relative à la régularité du statut de l'arbitre lorsqu'une partie conteste sa capacité à remplir sa mission de manière désintéressée. La législature québécoise a cependant adopté une approche différente de celle privilégiée par la CNUDCI s'agissant de la détermination des facteurs susceptibles d'affecter la régularité du statut de l'arbitre, en rendant applicables en matière d'arbitrage les causes de récusation des membres des tribunaux judiciaires. Cette approche n'est pas totalement nouvelle[1231], mais ce n'est pas celle qui est la plus fréquemment privilégiée à l'heure actuelle dans les États qui accordent leur soutien à l'arbitrage commercial international[1232].

[1229] Voir, par ex. : S.R. Bond, « The Selection of ICC Arbitrators and the Requirement of Independence », (1988) 4 Arb. Int. 307. M. Calvo, « The Challenge of ICC Arbitrators : Theory and Practice », (1998) 15(4) J. Int. Arb. 63.

[1230] D'autres facteurs, qui n'ont rien à voir avec de tels liens – on pense par ex. à l'intérêt financier que l'arbitre peut avoir dans le litige dont il est saisi –, peuvent évidemment affecter sa liberté de jugement.

[1231] Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 aux pp. 363-364, n° 433.

[1232] On aurait pu, à une certaine époque, se demander si l'approche adoptée par le législateur québécois était la bonne, compte tenu que les art. 234 et 235 du C.p.c. contenaient une énumération apparemment exhaustive et assez limitée de facteurs sur le fondement desquels un juge pouvait être récusé. La jurisprudence a cependant confirmé que cette énumération n'était pas exhaustive, de sorte qu'un juge pouvait être récusé pour tout autre motif susceptible de soulever une crainte raisonnable qu'il ne soit pas impartial : *Droit de la famille – 1559*, [1993] R.J.Q. 625 (C.A. Qué.). De plus, l'art. 234 du C.p.c. a été amendé le 1er janvier 2003 afin de refléter clairement cette idée. En conséquence, il n'y a pratiquement aucune différence entre l'art. 942 du C.p.c. et l'art.

474. – Se pose également un problème relatif à la régularité du statut de l'arbitre lorsqu'une partie allègue non pas que l'arbitre n'est pas en mesure de remplir sa mission de manière désintéressée, mais plutôt qu'il ou elle « ne possède pas les qualifications convenues par les parties », comme la connaissance d'une langue ou une expertise particulière[1233]. Qualifier ainsi une telle objection n'allait pas de soi, puisqu'on pourrait très bien y voir une difficulté ayant plutôt trait à la régularité de la constitution du tribunal arbitral. Mais la CNUDCI, à la dernière minute, a tenu à préciser que c'est bien une demande de récusation qui doit être formulée lorsqu'une partie reproche à l'arbitre de ne pas posséder une qualification requise par les parties[1234]. Une objection de cette nature est ainsi qualifiée dans de nombreux droits – dont le droit suisse[1235] et le droit anglais[1236] – ainsi que dans certains règlements d'arbitrage mis à la disposition des opérateurs du commerce international[1237].

§ II. L'autre condition pertinente seulement au Québec et en Colombie-Britannique : l'absence d'accord des parties d'exclure l'intervention judiciaire

475. – Contrairement à l'intervention judiciaire envisagée à l'art. 16(3) de la Loi type, dont la CNUDCI n'a pas précisé si elle pouvait être conventionnellement écartée par les parties[1238], celle envisagée à l'art. 13(3) est – en vertu de l'art. 13(1), et comme en Angleterre et aux Pays-Bas – clairement impérative[1239]. Sans exagérer, on peut affirmer que cet aspect de l'art. 13(1) est probablement la disposition la plus contestable de toute la Loi type. En effet, on cherche en vain les motifs pour lesquels les parties ne pourraient pas, si c'est ce

---

12(2) de la Loi type sur ce point. Par ailleurs, cette question peut être rapprochée de la controverse doctrinale et jurisprudentielle au sujet de l'applicabilité en matière d'arbitrage de l'art. 341 du N.C.P.C. français (voir notamment Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325 à la p. 348 et suiv., n° 47 et suiv.; Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 363 et suiv., n° 432 et suiv.), qui semble cependant être devenue assez théorique depuis que la Cour de cassation a affirmé le caractère non exhaustif des facteurs qui y sont énoncés : M. Henry, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Rev. arb. 1999.193 aux pp. 200-201, n° 12.

[1233] Voir l'art. 12(2) de la Loi type; voir aussi l'art. 942 du C.p.c. québécois.

[1234] Voir le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 à la p. 29, n^{os} 114-115.

[1235] Voir l'art. 180(1)*a*) de la L.D.I.P.

[1236] Voir l'art. 24(1)*b*) de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23.

[1237] Dont le Règlement d'arbitrage international du CCAC : voir l'art. 19(1).

[1238] Voir *supra*, n° 452.

[1239] L'article 13(1) prévoit ceci : « [s]ous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre ». S'agissant du droit néerlandais, voir l'art. 1035(2) du C.p.c. et K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1993 à la p. 279; s'agissant du droit anglais, voir l'art. 24 de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23, qui fait partie de la liste des dispositions impératives qui se trouve à l'Annexe 1 de la loi.

qu'elles veulent, exclure tout contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre dans le but de le reporter *a posteriori*. Pourquoi ne pourraient-elles pas choisir elles-mêmes quelle importance accorder aux considérations d'économies de moyen ? Quel intérêt l'État a-t-il à ce que le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre soit toujours possible ? Aucun : comme on l'a vu, l'État n'a aucun intérêt supérieur à celui des usagers de la justice arbitrale internationale s'agissant du contrôle direct de la légalité de l'arbitrage, surtout lorsque c'est d'un contrôle survenant durant le déroulement de l'arbitrage dont il s'agit[1240]. La décision qu'a prise la CNUDCI de rendre impératif ce cas d'intervention judiciaire est donc hautement déplorable par sa mise à l'écart injustifiée du principe général de l'autonomie de la volonté s'agissant de la détermination des règles de la procédure arbitrale[1241]. Elle est également assez incohérente, puisqu'on s'explique mal pourquoi la CNUDCI a affirmé le caractère impératif de l'intervention judiciaire envisagée à l'art. 13(3) de la Loi type alors qu'elle est restée complètement muette au sujet de celle envisagée à l'art. 16(3). L'article 13(1) de la Loi type a malheureusement été repris intégralement par toutes les législatures canadiennes, sauf celles de la Colombie-Britannique et du Québec.

476. – La loi britanno-colombienne est assez nuancée. Elle prévoit que le juge *peut* refuser de se prononcer sur une demande de récusation d'un arbitre « if it is satisfied that, under the procedure agreed on by the parties, the party making the request had an opportunity to have the challenge decided on by other than the arbitral tribunal »[1242]. Autrement dit, cela signifie concrètement que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refuser d'intervenir lorsque, d'une part, les parties ont convenu d'une procédure de récusation et, d'autre part, qu'au terme de cette procédure, une autorité autre que le tribunal arbitral – comme une institution d'arbitrage – a rejeté l'objection à la régularité du statut de l'arbitre visé. L'intervention judiciaire envisagée à l'art. 13(3) de la Loi type ne peut être écartée que dans des conditions assez strictes, et elle le sera effectivement seulement si le juge saisi de la demande de récusation exerce son pouvoir discrétionnaire de manière à respecter l'autonomie de la volonté des parties.

[1240] Voir *supra*, n° 437.

[1241] Voir aussi, en ce sens : Ph. Fouchard, « La Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861 à la p. 880, n° 41.

[1242] Voir l'art. 13(5) de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233.

En revanche, la loi québécoise est pleinement satisfaisante. Elle préserve complètement l'autonomie de la volonté, puisque l'art. 13(1) de la Loi type a été laissé de côté par le Législateur et l'art. 942.4 du C.p.c. – qui reprend en substance l'art. 13(3) de la Loi type – ne fait pas partie de la liste de dispositions auxquelles les parties ne peuvent déroger qu'on trouve à l'art. 940 du C.p.c.; il faut conclure que l'intervention judiciaire envisagée à l'art. 942.4 du C.p.c. peut être écartée conventionnellement par les parties et que le juge ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser de donner effet à un accord des parties en ce sens[1243].

477. – S'il n'y a donc aucun doute que les opérateurs du commerce international peuvent exclure l'intervention du juge québécois envisagée à l'art. 942.4 du C.p.c., une difficulté – analogue à celle étudiée en examinant l'exclusion conventionnelle de l'intervention judiciaire envisagée à l'art. 16(3) de la Loi type[1244] – existe quant à l'intention qu'on doit leur prêter lorsqu'elles s'assujettissent à l'un des règlements les plus fréquemment utilisés. Puisque ceux-ci ne contiennent aucune disposition relative à la possibilité que le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre survienne durant le déroulement de l'instance arbitrale, quelle intention doit-on prêter aux parties ? Doit-on conclure qu'en s'assujettissant à un tel règlement, elles ont forcément voulu exclure tout contrôle judiciaire durant le déroulement de l'instance arbitrale[1245] ? Doit-on plutôt conclure que l'assujettissement à un tel règlement ne saurait être interprété – à lui seul – comme exprimant l'intention d'écarter un tel contrôle judiciaire ?

478. – Lorsque l'on a analysé la question du point de vue du contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral susceptible de survenir durant le déroulement de l'instance, on a vu que la décision des parties de permettre au tribunal arbitral de statuer en cours d'instance sur sa propre compétence signifiait forcément qu'elles voulaient qu'il soit possible – dans l'éventualité où celui-ci le jugeait opportun – que la question puisse être vidée avant

---

[1243] Cette solution est semblable à celle qui prévaut actuellement dans les pays particulièrement favorables à l'autonomie de l'arbitrage commercial international, dont la France et la Suisse (sur le droit suisse, voir notamment : W. Peter et C. Freymond, « Article 180 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 379 à la p. 385 et suiv., n° 24 et suiv.).

[1244] Voir, à ce sujet, *supra*, n° 453 et suiv.

[1245] Conclusion qui s'appuierait évidemment sur l'idée voulant que de tels règlements constituent des codes complets, visant à régir l'ensemble de la procédure arbitrale.

que l'instance ne se poursuive. En effet, permettre au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence durant le déroulement d'instance n'a pratiquement aucune utilité si les parties n'ont pas immédiatement accès au juge, le tribunal arbitral n'ayant pas le pouvoir de trancher de manière finale une objection à sa propre compétence, que ce soit dans un sens ou dans l'autre.

Ce même raisonnement n'est cependant pas valable lorsque c'est du contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre dont il est question. Il peut être tout à fait utile de permettre au tribunal arbitral ou à une autre personne ou autorité, même si les parties n'ont pas immédiatement accès à un juge, de statuer sur une objection à la régularité d'un arbitre durant le déroulement de l'instance *puisque si l'objection est accueillie, la décision prise dans le cadre de l'instance arbitrale sera finale et l'incertitude entourant l'irrégularité de l'arbitrage sera définitivement levée.* On ne peut donc pas attribuer aux parties s'étant assujetties à un tel règlement d'arbitrage l'intention de préserver nécessairement un recours judiciaire que mettrait par hypothèse à leur disposition, durant le déroulement de l'instance arbitrale, le droit de l'arbitrage de lieu du siège; autrement dit, il n'est aucunement illogique que les parties expriment à la fois l'intention de permettre au tribunal arbitral ou à une autre personne ou autorité de statuer sur la régularité du statut d'un arbitre et l'intention de reporter *a posteriori* tout contrôle judiciaire sur cette question. Dans ces circonstances, il s'avère préférable de retenir la solution la plus conforme aux principes généraux de l'arbitrage commercial international – c'est évidemment le principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage qui est le plus pertinent sur ce point – et conclure que les parties s'assujettissant à un tel règlement ont bel et bien voulu, en l'absence d'indications contraires, exclure tout contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre durant le déroulement de l'instance. Cette interprétation s'avère d'autant plus convaincante que c'est celle que privilégient les droits français et suisse de l'arbitrage commercial international, dont on sait qu'ils sont particulièrement libéraux et – surtout – favorables à des solutions qui privilégient les intérêts des opérateurs du commerce international[1246].

[1246] Sur le fait qu'en droit français l'assujettissement à un tel règlement d'arbitrage a pour effet d'exclure le contrôle judiciaire de la régularité du statut de l'arbitre en cours d'instance arbitrale, ne laissant du coup subsister qu'un contrôle judiciaire susceptible de survenir *a posteriori*, voir notamment : Ph. Fouchard, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325 à la p. 353 et suiv., n° 55 et suiv.; M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préf. P. Mayer, av.-prop. J.-D. Bredin, Paris, L.G.D.J., 2001 à la

Section II. Les conditions procédurales : la compétence internationale du juge et le délai dans lequel son intervention doit avoir été sollicitée

479. – L'intervention du juge canadien visant à contrôler, durant le déroulement de l'instance arbitrale, la régularité du statut d'un arbitre est assujettie aux deux mêmes conditions que l'intervention portant sur la compétence du tribunal arbitral. En vertu de l'art. 1(2) de la Loi type, il sera d'abord compétent, au plan international, seulement si le lieu du siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for[1247]; ensuite, l'art. 13(3) précise que son intervention devra avoir été sollicitée dans les trente jours de la décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale et ayant affirmé la régularité du statut de l'arbitre visé. Les développements au sujet de ces deux conditions contenus au chapitre précédent sont tout aussi pertinents lorsqu'elles sont envisagées en rapport avec le contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre[1248].

CONCLUSION DU TITRE II

480. – Le bilan de l'analyse des conditions dans lesquelles les juges canadiens sont susceptibles d'intervenir avant et durant le déroulement d'un arbitrage commercial international afin d'y prêter assistance était mitigé; il l'est aussi lorsque ce sont plutôt des fonctions de contrôle de la légalité de l'arbitrage qu'on leur demande d'exercer.

481. – Première constatation – positive : il est heureux que les juges canadiens puissent intervenir en cours d'instance afin de contrôler la compétence du tribunal arbitral, qui vise

---

p. 249 et suiv., n° 367 et suiv.; E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer, The Hague, 1999 à la p. 502 et suiv., n° 871 et suiv. En droit suisse, voir : l'art. 180(3) de la L.D.I.P; A. Bucher et P.-Y Tschanz, *International Arbitration in Switzerland*, Basle and Frankfurt on the Main, Helbing & Lichtenhahn, 1988 à la p. 71, n° 128; W. Peter et C. Freymond, « Article 180 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 379 aux pp. 385-386, n^{os} 24-32. Voir aussi, dans cet esprit : G.A. Alvarez, « The Challenge of ICC Arbitrators », (1990) 6 Arb. Int. 203.

[1247] Lors de l'élaboration de la Loi type, on a suggéré d'étendre la compétence internationale du juge saisi d'une demande de récusation d'un arbitre afin de lui permettre d'intervenir dans l'hypothèse où le lieu du siège de l'arbitrage n'avait pas encore été fixé : *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session*, (1985) XVI Annuaire de la CNUDCI 3 aux p. 31, n° 133. Cette suggestion n'a pas été retenue, et il n'y a pas lieu de le déplorer. En effet, il n'existe pas de réel besoin que la compétence internationale du juge soit ainsi étendue afin d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international.

[1248] Voir *supra*, n° 459 et suiv.

tant l'efficacité de la convention d'arbitrage que la régularité de sa constitution. Il n'aurait pas été souhaitable que l'on donne toujours préséance au principe général du contrôle *a posteriori* et aux considérations liées à la lutte contre les manœuvres dilatoires et abusives qui le sous-tendent; cette solution est trop radicale, puisqu'il est possible qu'il existe effectivement des cas où les opérateurs du commerce international auront véritablement intérêt à voir une objection relative à la compétence arbitrale ou à la régularité du statut d'un arbitre vidée avant que l'instance se poursuive. Seconde constatation – elle aussi positive : il est heureux que le juge ne puisse intervenir qu'après que la question a été débattue et a fait l'objet d'une décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale; l'autonomie de l'instance arbitrale aurait autrement été marginalisée sans raison valable, et la solution retenue par la CNUDCI et intégrée au Canada est susceptible de rehausser la qualité du contrôle effectué par le juge canadien, puisque ce dernier pourra s'inspirer d'une première décision qui aura souvent été rendue par des personnes expérimentées en matière de résolution de différends du commerce international. Les conditions procédurales de l'intervention judiciaire visant à contrôler ces aspects de l'arbitrage – siège situé sur le territoire du for, intervention judiciaire sollicitée dans les trente jours de la décision rendue dans le cadre de l'instance arbitrale – sont elles aussi, dans l'ensemble, pleinement satisfaisantes.

482. – Cela dit, il faut déplorer le fait que le mécanisme prévu à l'art. 13(3) de la Loi type, et repris dans toutes les juridictions canadiennes, rende *toujours* possible, durant l'instance arbitrale, l'intervention judiciaire visant à vérifier la régularité du statut d'un arbitre; cette solution ouvre toute grande la porte à des manœuvres dilatoires et abusives susceptibles d'affecter sérieusement l'efficacité de l'arbitrage commercial international; de plus, elle ne s'imposait pas : on aurait très bien pu, comme on l'a fait s'agissant du contrôle judiciaire de la compétence arbitrale, déléguer au tribunal arbitral – ou encore à la personne ou à l'autorité chargée de statuer, dans le cadre de l'instance arbitrale, sur l'objection à la régularité du statut de l'arbitre – le pouvoir de déterminer si les circonstances particulières de l'espèce justifient qu'on fasse exception au principe général du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage. Il faut aussi déplorer le fait que partout sauf en Colombie-Britannique et au Québec, on ait repris cette disposition de l'art. 13(1) de la Loi type, injustifiable au plan théorique, qui consacre le caractère impératif du contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre durant le déroulement de l'instance arbitrale. La modification apportée par la législature britanno-colombienne n'est pas satisfaisante, en ce qu'elle confère au juge un

pouvoir discrétionnaire de donner effet à l'intention des parties d'écarter une telle forme d'intervention judiciaire. Puisque l'État n'a aucun intérêt supérieur à celui des parties dans toute forme de contrôle direct de la régularité du statut d'un arbitre – surtout lorsque ce contrôle survient durant le déroulement de l'instance arbitrale –, il n'y a aucune raison de ne pas donner pleinement effet à un accord des parties visant à l'exclure. L'Assemblé nationale du Québec l'a très bien compris, et il est tout à fait heureux qu'elle ait consacré la faculté des parties d'y renoncer.

483. – En terminant, on soulignera qu'encore une fois, l'analyse a permis de montrer la pertinence et l'utilité de faire preuve d'ouverture aux faits normatifs transnationaux s'intéressant à l'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. On a d'abord pu – surtout à l'aide des principes généraux de l'arbitrage commercial international, mais aussi des travaux préparatoires de la Loi type – mieux comprendre la raison d'être des conditions de l'intervention du juge appelé à contrôler la compétence du tribunal arbitral ou la régularité du statut d'un arbitre; mais surtout, l'ouverture à ces faits normatifs aura – ici aussi – permis de trouver des réponses à des difficultés interprétatives qui ne sont pas sans importance au plan pratique, et d'affirmer par exemple : que les parties peuvent renoncer à tout contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral durant l'instance arbitrale, que l'étendue de la compétence internationale du juge québécois appelé à contrôler la légalité de l'arbitrage durant le déroulement de l'instance est identique à celle envisagée dans la Loi type, et que le juge ne dispose d'aucun pourvoir discrétionnaire de proroger le délai de trente jours dans lequel son intervention doit avoir été sollicitée.

Conclusion de la Deuxième partie

484. – En guise de conclusion, il semble utile de procéder à la synthèse des principaux éléments d'une théorie générale des conditions l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international qu'on a pu dégager en adoptant un point de vue critique lors de l'étude des conditions en vigueur au Canada. Quelles solutions devrait-on privilégier si on avait à créer de toutes pièces un système d'intervention judiciaire avant et durant un arbitrage commercial international ?

485. – Premier constat, qui doit être le point de départ de toute la réflexion : l'État qui accepte de favoriser la libéralisation des échanges commerciaux transfrontaliers et qui décide d'accorder son soutien à l'arbitrage commercial international n'a pratiquement aucun intérêt distinct de celui des opérateurs du commerce international – et supérieur au leur – s'agissant des conditions de l'intervention judiciaire survenant avant le prononcé de la sentence. L'élaboration d'une réglementation s'y intéressant doit, sauf pour quelques rares exceptions, n'avoir qu'un seul but : satisfaire les intérêts des usagers de la justice arbitrale internationale – autrement dit : accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international, envisagée du seul point de vue de ses usagers. Cette idée suscitera moins de controverse s'agissant de l'intervention judiciaire ayant pour but d'assister l'arbitrage. En revanche, elle ne va pas de soi s'agissant de l'intervention judiciaire ayant pour but de contrôler la légalité de l'arbitrage, car jusqu'à présent, les États ont tenu pour acquis qu'ils avaient bel et bien un intérêt légitime, distinct de celui des parties et prépondérant s'agissant du contrôle judiciaire direct de la légalité de l'arbitrage commercial international. Mais à bien y penser, cette idée est contestable : l'État n'est réellement intéressé à la légalité de l'arbitrage commercial international que lorsqu'on cherche à intégrer dans l'ordre juridique interne le produit de l'instance arbitrale – la sentence –, ce qui ne survient qu'*a posteriori*, dans le cadre d'un recours en reconnaissance et exécution. En conséquence – et compte tenu du principe général favorisant l'autonomie de la volonté des parties s'agissant de la détermination des règles de la procédure arbitrale, elles devraient toujours être libres de réduire, voire d'exclure l'intervention judiciaire susceptible de survenir avant ou durant un arbitrage commercial international.

Quels cas d'intervention judiciaire devraient donc être ouverts et sous quelles conditions devrait-elle pouvoir survenir afin de satisfaire les intérêts des opérateurs du commerce international ?

486. – Si l'on examine d'abord la question du point de vue de l'assistance que le juge est susceptible de prêter à la justice arbitrale internationale, on constate qu'elle doit surtout servir l'une des deux fins suivantes.

487. – Elle doit d'abord servir à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage, tant dans son effet négatif, qui implique la renonciation à la compétence des tribunaux judiciaires, que dans son effet positif, qui implique l'assujettissement à la compétence exclusive d'une juridiction privée. L'utilité de l'intervention judiciaire visant à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet négatif – par le biais du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral – est évidemment acquise, maintenant que presque tous les États qui favorisent la libéralisation d'échanges commerciaux transfrontaliers sont parties à la Convention de New York. Mais elle doit être assujettie à certaines conditions afin d'assurer pleinement l'efficacité de l'arbitrage commercial international. Il est préférable de reconnaître – étant donné l'intérêt que présente le report *a posteriori* du contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage – que le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral est provoqué par la seule efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage. Il faut par ailleurs, en raison de l'intérêt qu'ont les opérateurs du commerce international au plein respect de leur volonté de recourir à l'arbitrage, écarter toute possibilité que le juge refuse de se dessaisir, en présence d'une convention d'arbitrage en apparence efficace, pour des motifs liés à l'opportunité de recourir à l'arbitrage ou encore pour cause d'inexistence d'une véritable question litigieuse opposant les parties. S'agissant enfin du moment où doit être demandé le renvoi du litige à l'arbitrage, le critère doit être clair et il doit forcer la partie qui désire demander le renvoi à l'arbitrage à se manifester promptement afin d'éviter que temps et argent ne soient inutilement investis dans le cadre de l'instance judiciaire en cours. Bien qu'il ne soit pas parfait, le critère des premières conclusions quant au fond qu'a privilégié la CNUDCI est celui qui – dans l'ensemble – est le plus satisfaisant.

S'agissant maintenant de l'intervention judiciaire visant à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet positif, il est d'abord essentiel que les parties aient

accès à un tribunal arbitral qui est non seulement constitué, mais qui est aussi en mesure de mener l'instance arbitrale à terme et qui, dans les faits, accomplit effectivement sa mission. Si les parties doivent toujours être libres de s'entendre sur des mécanismes procéduraux permettant d'assurer la constitution d'un tribunal arbitral en mesure de mener l'instance arbitrale à terme et qui, dans les faits, accomplit effectivement sa mission, il est possible qu'elles aient omis ou aient été incapables de s'entendre en ce sens, ou encore que les mécanismes procéduraux dont elles ont convenu se heurtent à certaines difficultés. L'intervention du juge doit donc toujours pouvoir être sollicitée dès lors qu'un blocage survient dans la procédure de nomination applicable, sauf si la convention d'arbitrage invoquée s'avère manifestement inefficace, car il donnerait autrement suite à une initiative procédurale abusive; le juge doit aussi pouvoir intervenir afin de révoquer la mission d'un arbitre qui est dans l'impossibilité d'agir ou qui fait défaut d'accomplir sa mission dans un délai raisonnable, mais – comme la volonté des parties s'agissant de la détermination des règles procédurales applicables doit prévaloir – seulement si les parties n'ont pas convenu d'une procédure permettant de régler efficacement un désaccord sur l'un de ces points autrement que par l'intervention judiciaire. Ensuite, il est souhaitable que le juge puisse intervenir afin de proroger un délai d'arbitrage pour des motifs légitimes lorsque les parties n'ont convenu d'aucun mécanisme en permettant la prorogation et qu'elles n'ont pas, par ailleurs, écarté expressément l'intervention judiciaire en ce sens; on ne saurait y voir une atteinte illégitime à la liberté des parties de convenir des modalités de la procédure arbitrale, puisqu'il s'agit tout simplement de donner préséance à leur volonté de recourir à l'arbitrage. Afin d'éviter les conflits de compétence, il faut restreindre l'intervention judiciaire visant à assurer l'exécution de la convention d'arbitrage dans son effet positif aux seules instances arbitrales dont le siège est situé sur le territoire du for, à une exception près : si un blocage survient lors de la procédure de constitution du tribunal arbitral et que les parties n'ont accès à aucun autre juge parce que le lieu du siège de l'arbitrage n'a pas encore été fixé, le juge doit pouvoir intervenir et assurer la constitution du tribunal arbitral afin de permettre la réalisation de la convention d'arbitrage et – surtout – afin d'éviter un déni de justice.

488. – Le juge doit aussi pouvoir intervenir afin d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale. Bien que l'intention des parties de recourir à l'arbitrage exclue *a priori* qu'un juge puisse se mêler de quelque manière que ce soit du déroulement de l'instance arbitrale, son intervention est en réalité justifiée parce que, d'une part, les pouvoirs du tribunal arbitral

s'agissant du déroulement de l'instance arbitrale sont limités en raison du fondement conventionnel de sa mission et parce que, d'autre part, ces limites sont susceptibles d'affecter réellement l'efficacité de l'arbitrage aux yeux des opérateurs du commerce international; l'intervention judiciaire ne doit donc servir qu'à permettre que soient rendues des décisions affectant la procédure arbitrale qui sont nécessaires afin d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international et, afin d'éviter tout empiétement sur la compétence du tribunal arbitral, que ce dernier n'est pas lui-même en mesure de rendre, ou de rendre efficacement.

C'est surtout à l'égard de mesures ayant trait à l'obtention de preuves et de mesures provisoires ou conservatoires que l'intervention judiciaire s'avèrera nécessaire. Le juge doit d'abord pouvoir octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international – que le siège soit situé sur le territoire du for ou pas – toutes les mesures pertinentes que le droit judiciaire du for met à sa disposition lorsqu'il est appelé à trancher le fond d'un litige, sauf l'ordonnance de fournir un cautionnement pour frais, car celle-ci peut toujours être octroyée de manière pleinement efficace par le tribunal arbitral, alors que l'octroi par le juge d'une mesure procédurale ne peut être justifiée que lorsque le tribunal arbitral n'est pas en mesure d'agir lui-même efficacement. S'agissant de mesures relatives à l'obtention de preuves, ce sera le cas lorsque la mesure recherchée vise un tiers; seul un juge aura alors le pouvoir de l'octroyer, mais afin d'assurer pleinement le respect de la compétence arbitrale, la décision relative à l'opportunité ou l'utilité de la mesure recherchée doit toujours être prise par le tribunal arbitral et non par le juge. S'agissant de mesures provisoires ou conservatoires, le pouvoir du juge d'en octroyer à l'endroit de tiers doit être limité de la même manière, sauf si l'urgence fait en sorte que l'efficacité de la mesure recherchée dépend de la possibilité qu'elle soit octroyée par un juge, auquel cas il faudra aussi lui reconnaître le pouvoir d'agir même lorsque la mesure vise l'une des parties. En second lieu, le juge doit pouvoir intervenir dans le but d'affirmer le caractère exécutoire d'une mesure octroyée par le tribunal arbitral – où qu'il siège – à l'endroit de l'une des parties lorsqu'il s'avère nécessaire que soient mise en œuvre, à l'égard de cette mesure, les mécanismes d'exécution faisant appel à la force publique. Le contrôle indirect de la régularité de la mesure auquel il pourra se livrer doit être beaucoup plus restreint que celui auquel il peut se livrer dans le cadre d'une procédure recherchant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale; tout au plus devrait-il lui être permis de vérifier qu'elle ne fut pas rendue par un tribunal manifestement incompétent, que les règles pertinentes de la procédure arbitrale ont été respectées et que les

exigences fondamentales d'une procédure équitable – l'ordre public procédural – ont été respectées.

Il semble par ailleurs utile de reconnaître aux tribunaux judiciaires le pouvoir d'intervenir afin de permettre la jonction d'instances arbitrales parallèles. Certes, les parties sont toujours libres de convenir de modalités procédurales permettant d'éviter les inconvénients dus à la poursuite d'instances arbitrales se rapportant à un seul et même litige. Mais dans les faits, les parties réussissent rarement à s'entendre en raison de la complexité des modalités procédurales qui permettront la jonction. Puisque les opérations commerciales internationales multipartites ou multicontractuelles sont fréquentes et que les parties auront la plupart du temps intérêt à éviter l'éparpillement du contentieux arbitral, permettre à un juge d'intervenir afin de fixer les modalités procédurales qui permettront que soient jointes des instances arbitrales parallèles est probablement susceptible d'accroître effectivement l'attrait de l'arbitrage aux yeux des opérateurs du commerce international. Mais le respect de la volonté des parties s'agissant de la détermination des règles de la procédure arbitrale commande qu'une telle forme d'intervention judiciaire ne soit possible que si toutes les parties concernées ont – dans les faits – consenti à déléguer ce pouvoir à un tribunal judiciaire, que ce soit au moment où l'intervention judiciaire est sollicitée ou lors de la conclusion de la convention d'arbitrage.

489. – Bien qu'il faille en principe reporter *a posteriori* le contrôle judiciaire de la légalité de l'arbitrage puisque réduire les risques que l'intervention du juge soit sollicitée à des fins dilatoires et abusives s'avère – en règle générale – plus important que d'éviter que temps et argent soient inutilement investis dans une instance arbitrale au terme de laquelle sera rendue une sentence irrégulière, il est dans l'intérêt des opérateurs du commerce international que l'intervention du juge du lieu du siège de l'arbitrage soit exceptionnellement possible avant le prononcé de la sentence afin qu'il puisse mettre fin à une incertitude au sujet de la compétence du tribunal arbitral – entendue dans un sens large, comprenant la question de la régularité de la constitution du tribunal arbitral – ou de la régularité du statut d'un arbitre, puisqu'il est indéniable que les considérations d'économie de moyens l'emporteront parfois sur celles liées à la nécessiter de lutter contre les manœuvres dilatoires et abusives.

Mais à moins que les parties n'en aient convenu autrement, l'intervention du juge relativement à ces questions ne devrait pouvoir être sollicitée durant le déroulement de l'instance que si le tribunal arbitral – ou l'autorité désignée par les parties afin de statuer en premier lieu sur une demande de récusation d'un arbitre – a d'abord décidé qu'il serait réellement souhaitable de faire exception au principe général du contrôle *a posteriori* de la régularité de l'arbitrage en raison des circonstances particulières de l'affaire et du fait que les risques que l'objection soulevée serve des fins dilatoires ne s'avèrent pas importants. Mais avant que le juge intervienne, il est souhaitable d'exiger que l'objection soulevée ait d'abord été examinée, puis rejetée, dans le cadre même de l'instance arbitrale – soit par le tribunal arbitral, soit par l'autorité de nomination désignée par les parties lorsque l'objection touche à la régularité du statut d'un arbitre. On augmentera alors les chances que le contrôle judiciaire survenant subséquemment soit de meilleure qualité, en réduisant les risques que le juge qui sera subséquemment saisi – qui la plupart du temps sera peu expérimenté en matière d'arbitrage commercial international –, rende une décision difficilement conciliable avec les attentes légitimes des opérateurs du commerce international.

Conclusion générale

490. – Le rôle qu'est appelé à jouer le juge canadien dans la résolution de différends en matière civile est en pleine évolution. L'époque où l'on pouvait affirmer qu'il se limitait à trancher le litige conformément au droit applicable, au terme d'un processus surtout contrôlé par les litigants, est clairement révolue. Non seulement prend-il aujourd'hui une part beaucoup plus active dans toute procédure visant l'obtention d'un jugement tranchant le fond d'un litige, il intervient de plus en plus fréquemment à d'autres fins, soit en prêtant assistance à ou en contrôlant la légalité d'une instance judiciaire étrangère ou d'un processus alternatif de résolution de différends, soit en incitant les parties à convenir d'un règlement amiable par le biais d'une médiation judiciaire.

491. – Au terme de la présente étude, on constate que la transformation du rôle du juge canadien n'a pas seulement trait aux *fonctions* qu'on lui confie désormais. L'engagement du Canada envers l'effort mondial de libéralisation des échanges commerciaux transfrontaliers et la perméabilité accrue des ordres juridiques canadiens à des faits normatifs transnationaux entraînent aussi une transformation de sa *mission* lorsqu'il est appelé à intervenir avant et durant un arbitrage commercial international. L'influence de ces faits normatifs transnationaux sur les conditions de son intervention est telle que l'on peut affirmer qu'il délaisse alors son rôle traditionnel de juge de l'ordre juridique interne auquel il est rattaché et

qu'il devient aussi – voire surtout – un juge transnational, œuvrant dans cet espace juridique propre à la Société des marchands internationaux – dans lequel l'arbitrage commercial international est devenu le mode normal de règlement des différends – et chargé d'y exercer des fonctions essentielles d'assistance et de contrôle. Et l'on devine que cette transnationalisation de sa mission est probablement plus importante que lorsqu'il est appelé à intervenir *après* le déroulement d'un arbitrage commercial international – afin de contrôler la régularité de la sentence, soit directement, soit dans le cadre d'une porcédure en recherchant la reconnaissance et l'exécution –, étant donné la place beaucoup plus grande qu'occupent alors des intérêts publics proprement internes s'agissant, par exemple, de la vérification de l'arbitrabilité du litige et de la conformité de la sentence à l'ordre public, tant dans sa composante procédurale que dans sa composante substantielle.

492. – Cette transformation de la mission du juge canadien et l'influence très importante de faits normatifs transnationaux s'intéressant aux conditions de son intervention avant le prononcé de la sentence qui en est à l'origine sont tout à fait heureuses. Plus ces conditions sont susceptibles d'être influencées par des faits normatifs transnationaux qu'abrite cet espace juridique propre à la Société des marchands internationaux, meilleure est susceptible d'être la qualité de la contribution du juge étatique à ce système de justice internationale; l'ouverture des ordres juridiques internes aux données transnationales pertinentes est donc vivement souhaitable, voire nécessaire, dans tout État accordant son concours à la justice arbitrale internationale. La présente étude aura permis de comprendre que l'intérêt de ce constat est loin de n'être que théorique, en montrant comment la perméabilité de l'ordre juridique interne à cet espace juridique propre à la Société des marchands internationaux peut effectivement et concrètement guider l'interprète aux prises avec des difficultés interprétatives vers les solutions qui sont les mieux à même d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international, et donc les mieux à même de favoriser l'atteinte de l'objectif poursuivi par l'État qui décide d'accorder son concours à la justice arbitrale internationale.

493. – En somme, le juge étatique a toujours sa place dans ce système de justice internationale, mais il faudra désormais, en s'interrogeant sur sa capacité d'y contribuer de manière satisfaisante, tenir compte non seulement – comme on l'a surtout fait jusqu'ici – de la teneur de la loi régissant l'arbitrage commercial international en vigueur dans l'ordre

juridique auquel il est rattaché, mais aussi du degré de perméabilité de cet ordre juridique aux faits normatifs transnationaux qui s'intéressent, de près ou de loin, aux fonctions d'assistance et de contrôle qu'il convient de confier aux tribunaux judiciaires en matière d'arbitrage commercial international.

494. – Cela dit, on a aussi pu constater que la prise en compte de ces facteurs transnationaux ne permet pas toujours de conduire l'interprète aux solutions les plus susceptibles d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international, étant donné qu'il lui incombe évidemment de retenir des solutions raisonnablement compatibles avec les dispositions de la loi régissant l'arbitrage commercial international en vigueur sur le territoire du for. À la lumière des lacunes identifiées dans les lois canadiennes pertinentes, on conclura en souhaitant que les réformes législatives suivantes soient entreprises dans un avenir rapproché :

1) en Colombie-Britannique et au Québec : adoption du critère des premières conclusions quant au fond du différend s'agissant du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral;

2) dans les juridictions canadiennes de common law : adoption d'une règle de compétence internationale similaire permettant au juge de nommer un arbitre avant même que le lieu du siège n'ait été déterminé, lorsque cela s'avère nécessaire afin d'éviter un déni de justice;

3) au Québec : modification des dispositions pertinentes du C.p.c. afin que le juge puisse octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international toute mesure relative à l'obtention de preuves mise à sa disposition par le droit judiciaire privé québécois;

4) modification des dispositions fédérales relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves afin que le juge puisse octroyer au soutien d'un arbitrage commercial international se déroulant à l'étranger toute mesure mise à sa disposition par le droit judiciaire privé du for;

5) dans toutes les juridictions canadiennes : adoption d'un mécanisme d'exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires octroyées par un tribunal arbitral adapté à la spécificité de ces mesures et s'écartant donc du mécanisme applicable aux sentences arbitrales; restriction corrélative du pouvoir du juge d'octroyer de telles mesures au soutien d'un arbitrage commercial international destinée à éviter tout empiétement sur la compétence arbitrale;

6) au Québec et au niveau fédéral : adoption d'un mécanisme de jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles; ailleurs : modification des mécanismes déjà mis en place destinée à permettre aux parties d'exprimer leur consentement à l'intervention judiciaire lors de la conclusion des clauses compromissoires;

7) dans toutes les juridictions canadiennes : adoption d'un mécanisme de prorogation judiciaire du délai d'arbitrage convenu entre les parties;

8) ailleurs qu'au Québec et en Colombie-Britannique : modification du mécanisme de récusation judiciaire afin que l'intervention du juge puisse être écartée conventionnellement.

ANNEXES

I. *CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DE SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES* (1958)

Article premier

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

Article II

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

2. On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Article III

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article IV

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;

b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

Article V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

Article VI

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Article VII

1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

Article VIII

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article IX

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article X

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires:

a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;

b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

c) Un État fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

Article XII

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article XIII

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.

2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la Convention cessera de s'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

Article XIV

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

Article XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII:

a) Les signatures et ratifications visées à l'article VIII;

b) Les adhésions visées à l'article IX;

c) Les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI;

d) La date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;

e) Les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.

Article XVI

1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

II. *LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL* (1985)

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier. Champ d'application[1]

1. La présente Loi s'applique à l'arbitrage commercial[2] international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat.

2. Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, se s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat.

3. Un arbitrage est international si :

a)Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;

ou

c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

---

[1] Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.

[2] Le terme « commercial » devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

4. Aux fins du paragraphe 3 du présent article,

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent Etat en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi.

Article 2. Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente Loi :

a) Le terme « arbitrage » désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;

b) L'expression « tribunal arbitral » désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;

c) Le terme « tribunal » désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un Etat;

d) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;

e) Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;

f) Lorsqu'une disposition de la présente Loi, autre que celles du paragraphe a) de l'article 25 et de l'alinéa 2 a) de l'article 32, se réfère à une demande, cette disposition s'applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu'elle se réfère à des conclusions en défense, elle s'applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle.

Article 3. Réception de communications écrites

1. Sauf convention contraire des parties,

a) Toute communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;

b) La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

Article 4. Renonciation au droit de faire objection

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux

Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Article 6. Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées ... [Chaque Etat adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.]

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

1. Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10. Nombre d'arbitres

1. Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

2. Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Article 11. Nomination de l'arbitre ou des arbitres

1. Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2. Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3. Faute d'une telle convention,

a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité, visé à l'article 6;

b) En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6.

4. Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties,

a) Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure; ou

b) Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure; ou

c) Un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure,

l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5. La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article, n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Article 12. Motifs de récusation

1. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

2. Un autre arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Article 13. Procédure de récusation

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

2. Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12 2). Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3. Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre

1. Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat.

2. Le fait qu'en application du présent article ou de l'article 13-2, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12-2 ou dans le présent article.

Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

CHAPITRE IV. COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime quele retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCEDURE ARBITRALE

Article 18. Egalité de traitement des parties

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Article 19. Détermination des règles de procédure

1. Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

2. Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

Article 20. Lieu de l'arbitrage

1. Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

Article 21. Début de la procédure arbitrale

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

Article 22. Langue

1. Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Article 23. Conclusions en demande et en défense

1. Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2. Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

Article 24. Procédure orale et procédure écrite

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties n'aient convenu qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

2. Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

3. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou document présenté en tant que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

Article 25. Défaut d'une partie

Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,

a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale;

b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur;

c) L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral,

a) Peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;

b) Peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

2. Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

CHAPITRE VI. PRONONCE DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCEDURE

Article 28. Règles applicables au fond du différend

1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois.

2. A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3. Le tribunal arbitral statue ex aequo et bono ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre-président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

Article 30. Règlement par accord des parties

1. Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

2. La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

Article 31. Forme et contenu de la sentence

1. La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2. La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3. La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1. La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

4. Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Article 32. Clôture de la procédure

1. La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

2. Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque :

a) Le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

b) Les parties conviennent de clore la procédure;

c) Le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

3. Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle

1. Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,

a) Une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2. Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3. Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

4. Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5. Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle.

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

1. Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2. La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si :

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve :

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent Etat; ou

ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à

l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou

b) Le tribunal constate :

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou

ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent Etat.

3. Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4. Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXECUTION DES SENTENCES

Article 35. Reconnaissance et exécution

1. La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2. La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent Etat, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue[3].

Article 36. Motifs du refus de la reconnaissance ou de l'exécution

1. La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que :

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve :

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

v) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties, ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

b) Si le tribunal constate que :

---

[3] Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un Etat conserve une procédure moins rigoureuse.

i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou que

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent Etat.

2. Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au sous-alinéa 1 a) v) du présent article, le tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES CANADIENNES RÉGISSANT L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (SÉLECTION)

A. Dispositions législatives fédérales

i) *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), c. 17 (2e supp.) (extraits)

TITRE ABRÉGÉ

Titre abrégé

1. *Loi sur l'arbitrage commercial.*

DÉFINITIONS

Définitions

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«Code» "*Code*"

«Code» Le *Code d'arbitrage commercial* – figurant à l'annexe – fondé sur la loi type adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985.

«établissement public» "*departmental corporation*"

«établissement public» S'entend au sens de l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

«ministère» [Abrogée]

«société d'État» "*Crown corporation*"

«société d'État» S'entend au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

Terminologie

3. Les termes de la présente loi s'entendent au sens du Code.

Interprétation

4. (1) La présente loi est à interpréter de bonne foi, selon le sens courant de ses termes en contexte et compte tenu de son objet.

Documents préparatoires

(2) Les documents suivants peuvent servir à l'interprétation du Code :

a) le Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, 3-21 juin 1985;

b) le commentaire analytique figurant dans le rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

APPLICATION

Code en vigueur

5. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Code a force de loi au Canada.

Restriction

(2) Le Code ne s'applique qu'au cas d'arbitrage où l'une des parties au moins est Sa Majesté du chef du Canada, un établissement public ou une société d'État ou qu'aux questions de droit maritime.

Applicabilité

(3) Le Code s'applique aux sentences arbitrales rendues et aux conventions d'arbitrage conclues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Précision

(4) Il est entendu que le terme « arbitrage commercial », à l'article 1-1 du Code, vise :

a) les plaintes prévues aux articles 1116 et 1117 de l'Accord au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*;

b) les plaintes prévues aux articles G-17 et G-18 de l'Accord au sens de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada – Chili*.

TRIBUNAUX

Définition de « tribunal » ou « tribunal compétent »

6. Dans le Code, « tribunal » ou « tribunal compétent » s'entend, sauf indication contraire du contexte, de toute cour supérieure, de district ou de comté.

PUBLICATION

Publication

7. Le ministre de la Justice fait publier dans la *Gazette du Canada*, dès l'entrée en vigueur de la présente loi, les documents mentionnés aux alinéas 4(2)*a*) et *b*).

RÉGLEMENTATION

Conclusion de conventions d'arbitrage

8. Le gouverneur en conseil peut par règlement, sur la recommandation du ministre de la Justice, fixer les conditions auxquelles Sa Majesté du chef du Canada, un établissement public ou une société d'État peut conclure une convention d'arbitrage.

Pouvoir général

9. Le ministre de la Justice peut prendre les règlements nécessaires à l'exécution de tout ou partie de la présente loi.

SA MAJESTÉ

Obligation de Sa Majesté

10. La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada.

ENTRÉE EN VIGUEUR

Entrée en vigueur

11. La présente loi entre en vigueur à la date fixée par proclamation.

ii) *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2e supp.) (extraits)

TITRE ABRÉGÉ

Titre abrégé

1. *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères.*

DÉFINITION

Définition de «Convention»

2. Dans la présente loi, «Convention» s'entend de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international tenue à New York le 10 juin 1958 et dont le texte est reproduit en annexe.

APPROBATION

Approbation

3. La Convention est approuvée et a force de loi au Canada pendant la durée de validité prévue par son dispositif.

Restriction

4. (1) La Convention n'est applicable qu'aux différends découlant d'un rapport commercial de droit, contractuel ou non contractuel.

Application

(2) La Convention s'applique aux sentences arbitrales rendues et aux conventions d'arbitrage conclues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

INCOMPATIBILITÉ

Incompatibilité

5. Les dispositions de la présente loi et la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi.

TRIBUNAUX

Demande au tribunal

6. Une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale aux termes de la Convention peut être faite à toute cour supérieure, de district ou de comté.

PUBLICATION

Avis

7. Le ministre de la Justice fait publier dans la *Gazette du Canada* avis de la date d'entrée en vigueur de la Convention ou de sa date de cessation d'effet dans les soixante jours suivant cette date. L'avis est admis d'office.

RÈGLEMENTS

Règlements

8. Le ministre de la Justice peut prendre les règlements nécessaires à l'exécution de tout ou partie de la Convention.

ENTRÉE EN VIGUEUR

Entrée en vigueur **9.** La présente loi entre en vigueur à la date fixée par proclamation.

B. Dispositions législatives québécoises

i) *Code civil du Québec* (art. 2638-2643)

CHAPITRE DIX-HUITIÈME

DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

2638. 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.

2639. 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.

2640. La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre.

2641. Est nulle la stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres.

2642. Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage.

2643. 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.

ii) *Code de procédure civile* (art. 940-951.2)

LIVRE VII
DES ARBITRAGES

TITRE I
DE LA TENUE DE L'ARBITRAGE

CHAPITRE I
DISPOSITIONS GÉNÉRALES

940. Les dispositions du présent Titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires. Cependant, on ne peut déroger aux dispositions contenues aux articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, ni à l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire.

940.1. Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué.

940.2. Sauf dans le cas prévu à l'article 940.1 et sous réserve des matières relevant de la compétence exclusive de la Cour supérieure, le tribunal ou le juge auquel il est fait référence dans le présent Titre est celui qui est compétent à statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres.

940.3. Pour toutes les questions régies par le présent Titre, un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit.

940.4. Avant ou pendant la procédure arbitrale, un juge ou le tribunal peut accorder, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles.

940.5. La signification de tout document se fait conformément au présent code.

940.6. Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international, le présent Titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte:

1° de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international;

2° du Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985;

3° du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international.

CHAPITRE II
NOMINATION DES ARBITRES

941. Les arbitres sont au nombre de trois. Chaque partie nomme un arbitre et ces arbitres désignent le troisième.

941.1. Si, 30 jours après avoir été avisée par une partie de nommer un arbitre, l'autre partie ne procède pas à la nomination ou si, 30 jours après leur nomination, les arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre, un juge, à la demande d'une partie, procède à la nomination.

941.2. En cas de difficulté dans la mise en oeuvre de la procédure de nomination prévue à la convention d'arbitrage, un juge peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure nécessaire pour assurer cette nomination.

941.3. La décision du juge en vertu des articles 941.1 et 941.2 est finale et sans appel.

CHAPITRE III
CESSATION INCIDENTE DU MANDAT DES ARBITRES

942. Outre pour les motifs mentionnés aux articles 234 et 235, un arbitre peut être récusé s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties.

942.1. L'arbitre doit signaler aux parties toute cause valable de récusation en sa personne.

942.2. La partie qui a nommé un arbitre ne peut proposer sa récusation que pour une cause de récusation survenue ou découverte après cette nomination.

942.3. La partie qui propose une récusation expose par écrit ses motifs aux arbitres dans les 15 jours de la date où elle a eu connaissance de la nomination de tous les arbitres ou d'une cause de récusation.

Si l'arbitre dont la récusation est proposée ne se retire pas ou si l'autre partie n'accepte pas la récusation, les autres arbitres se prononcent sur la récusation.

942.4. Si la récusation ne peut être obtenue en vertu de l'article 942.3, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander à un juge de se prononcer sur la récusation.

Les arbitres, y compris l'arbitre dont la récusation est proposée, peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence tant que le juge n'a pas statué.

942.5. Si un arbitre est dans l'impossibilité de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, une partie peut s'adresser à un juge pour obtenir la révocation de son mandat.

942.6. En cas de difficulté dans la mise en oeuvre de la procédure prévue à la convention d'arbitrage concernant la récusation ou la révocation de mandat d'un arbitre, un juge peut, à la demande d'une partie, décider de cette récusation ou révocation de mandat.

942.7. La décision du juge sur la récusation ou la révocation du mandat est finale et sans appel.

942.8. La procédure prévue pour la nomination d'un arbitre s'applique à son remplacement.

CHAPITRE IV
COMPÉTENCE DES ARBITRES

943. Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

943.1. Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet.

Tant que le tribunal n'a pas statué, les arbitres peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence.

943.2. La décision du tribunal qui reconnaît, pendant la procédure arbitrale, la compétence des arbitres est finale et sans appel.

CHAPITRE V
DÉROULEMENT DE L'ARBITRAGE

944. La partie qui entend soumettre un différend à l'arbitrage doit en donner avis à l'autre partie, en y précisant l'objet du différend.

La procédure arbitrale débute à la date de la signification de cet avis.

944.1. Sous réserve des dispositions du présent Titre, les arbitres procèdent à l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent. Ils ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence, y compris celui de nommer un expert.

944.2. Les arbitres peuvent requérir chacune des parties de leur remettre, dans un délai imparti, un exposé de leurs prétentions avec les pièces qu'elles invoquent.

Dans le même délai, chacune des parties en fait parvenir copie à la partie adverse.

Tout rapport d'expert ou autre document sur lequel les arbitres peuvent s'appuyer pour statuer doit être communiqué aux parties.

944.3. La procédure se déroule oralement. Toutefois, une partie peut présenter un exposé écrit.

944.4. Les arbitres doivent donner aux parties un avis de la date de l'audition et, le cas échéant, un avis de la date où ils procéderont à l'inspection de biens ou à la visite des lieux.

944.5. Les arbitres constatent le défaut et peuvent continuer l'arbitrage si une partie fait défaut d'exposer ses prétentions, de se présenter à l'audience ou d'administrer la preuve au soutien de ses prétentions.

Toutefois, si la partie qui a soumis le différend à l'arbitrage fait défaut d'exposer ses prétentions, les arbitres mettent fin à l'arbitrage, à moins qu'une autre partie ne s'y oppose.

944.6. Les témoins sont assignés conformément aux articles 280 à 283.

Lorsqu'une personne régulièrement assignée et à qui une indemnité pour la perte de temps et les allocations pour les frais de transport, de repas et d'hébergement ont été avancées fait défaut de comparaître, une partie peut demander à un juge de l'y contraindre selon l'article 284.

944.7. Les arbitres ont le pouvoir de faire prêter serment.

944.8. Lorsqu'un témoin, sans raison valable, refuse de répondre ou, ayant en sa possession quelque élément matériel de preuve d'intérêt pour le différend, refuse de le produire, une partie peut, avec la permission des arbitres, demander à un juge l'émission de l'ordonnance prévue à l'article 53.

944.9. Les articles 307, 308, 309, 316 et 317 s'appliquent à l'audition des témoins.

944.10. Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

944.11. Toute décision des arbitres est rendue à la majorité des voix. Toutefois, l'un d'entre eux, s'il y est autorisé par les parties ou par tous les autres arbitres, peut trancher les questions de procédure.

En cas de décision écrite, elle doit être signée par tous les arbitres; si l'un d'entre eux refuse ou ne peut signer, les autres doivent en faire mention et la décision a le même effet que si elle avait été signée par tous.

CHAPITRE VI
SENTENCE ARBITRALE

945. Les arbitres sont tenus de garder le secret du délibéré. Chacun d'eux peut cependant, dans la sentence, faire part de ses conclusions et de ses motifs.

945.1. Si les parties règlent le différend, les arbitres consignent l'accord dans une sentence arbitrale.

945.2. La sentence arbitrale est rendue par écrit à la majorité des voix. Elle doit être motivée et signée par tous les arbitres; si l'un d'eux refuse ou ne peut signer, les autres doivent en faire mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous.

945.3. La sentence arbitrale contient l'indication de la date et du lieu où elle a été rendue.

La sentence est réputée avoir été rendue à cette date et en ce lieu.

945.4. La sentence arbitrale, dès qu'elle est rendue, lie les parties. Une copie signée par les arbitres doit être remise sans délai à chacune des parties.

945.5. Dans les 30 jours de la sentence arbitrale, les arbitres peuvent d'office rectifier une erreur d'écriture ou de calcul ou quelque autre erreur matérielle contenue dans la sentence.

945.6. À la demande d'une partie, présentée dans les 30 jours de la réception de la sentence arbitrale, les arbitres peuvent:

1° rectifier, dans la sentence, une erreur d'écriture ou de calcul ou quelque autre erreur matérielle;

2° si les parties en ont convenu, interpréter une partie précise de la sentence;

3° rendre une sentence additionnelle sur une partie de la demande omise dans la sentence.

L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

945.7. La décision des arbitres qui rectifie, interprète ou complète la sentence suite à une demande visée à l'article 945.6 doit être rendue dans les 60 jours de celle-ci. Les articles 945 à 945.4 s'appliquent à cette décision.

Si, à l'expiration de ce délai, les arbitres n'ont pas rendu leur décision, une partie peut demander à un juge de rendre toute ordonnance pour sauvegarder les droits des parties.

945.8. La décision du juge en vertu de l'article 945.7 est finale et sans appel.

CHAPITRE VII
HOMOLOGATION DE LA SENTENCE ARBITRALE

946. La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été homologuée.

946.1. Une partie peut, par requête, demander au tribunal l'homologation de la sentence arbitrale.

946.2. Le tribunal saisi d'une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend.

946.3. Le tribunal peut surseoir à statuer sur l'homologation si une demande en vertu de l'article 945.6 a été présentée aux arbitres.

Le tribunal peut alors, à la demande de la partie qui demande l'homologation, ordonner à l'autre partie de fournir caution.

946.4. Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi:

1° qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;

2° que 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;

3° que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

4° que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes; ou

5° que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté.

Toutefois, dans le cas prévu au paragraphe 4°, seule une disposition de la sentence arbitrale à l'égard de laquelle un vice mentionné à ce paragraphe existe n'est pas homologuée, si cette disposition peut être dissociée des autres dispositions de la sentence.

946.5. Le tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public.

946.6. La sentence arbitrale telle qu'homologuée est exécutoire comme un jugement du tribunal.

CHAPITRE VIII
ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE

947. La demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul recours possible contre celle-ci.

947.1. L'annulation s'obtient par requête au tribunal ou en défense à une requête en homologation.

947.2. Les articles 946.2 à 946.5 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande d'annulation de la sentence arbitrale.

947.3. À la demande d'une partie, le tribunal peut, s'il l'estime utile, suspendre la demande d'annulation pendant le temps qu'il juge nécessaire afin de permettre aux arbitres de prendre toute mesure susceptible d'éliminer les motifs d'annulation, même si le délai prévu à l'article 945.6 est expiré.

947.4. La demande en annulation doit être présentée dans un délai de trois mois de la réception de la sentence arbitrale ou de la décision rendue en vertu de l'article 945.6.

TITRE II
DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES RENDUES HORS DU QUÉBEC

948. Le présent Titre s'applique à une sentence arbitrale rendue hors du Québec qu'elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente.

Il s'interprète en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée le 10 juin 1958 par la Conférence des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international à New York.

949. La sentence arbitrale est reconnue et exécutée si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne sont pas contraires à l'ordre public.

949.1. La demande de reconnaissance et d'exécution est présentée par voie de requête en homologation adressée au tribunal qui, au Québec, aurait été compétent à statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres.

Cette requête doit être accompagnée de l'original ou d'une copie de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage. L'original ou la copie de ces dernières doit être authentifié soit par un représentant officiel du gouvernement du Canada, soit par un délégué général, un délégué ou un chef de poste du Québec exerçant ses fonctions à l'extérieur du Québec, soit par le gouvernement ou par un officier public du lieu où la sentence a été rendue.

950. Une partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en établissant:

1° qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;

2° que 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 lieu où la sentence arbitrale a été rendue;

3° que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

4° que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes;

5° que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, à la loi du lieu où l'arbitrage s'est tenu; ou

6° que la sentence arbitrale n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du lieu dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence arbitrale a été rendue.

Toutefois, dans le cas prévu au paragraphe 4°, si, à l'intérieur de la sentence arbitrale, une disposition à l'égard de laquelle un vice mentionné à ce paragraphe existe peut être dissociée des autres dispositions de la sentence arbitrale, ces dernières peuvent être reconnues et déclarées exécutoires.

951. Le tribunal peut surseoir à statuer sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale si l'annulation ou la suspension de la sentence arbitrale est demandée à l'autorité compétente visée au paragraphe 6° de l'article 950.

Le tribunal peut alors, à la demande de la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir caution.

951.1. Le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale ne peut examiner le fond du différend.

951.2. La sentence arbitrale telle qu'homologuée est exécutoire comme un jugement du tribunal.

C. *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I-9 (Ontario) (extraits)

Définition

1. (1) La définition qui suit s'applique à la présente loi.

«Code» La Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et dont le texte est reproduit à l'annexe.

Idem

(2) Sauf disposition contraire, les termes de la présente loi s'entendent au sens du Code.

Définition de «présent État» dans le Code

(3) À l'article 1 (1) du Code, l'expression «accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent État» s'entend de l'accord multilatéral ou bilatéral auquel le Canada est partie et qui est en vigueur en Ontario.

Idem

(4) Aux articles 34 (2) b) (i) et 36 (1) b) (i) du Code, l'expression «la loi du présent État» s'entend des lois de l'Ontario ainsi que des lois du Canada qui sont en vigueur en Ontario.

Idem

(5) À l'article 35 (2) du Code, l'expression «le présent État» s'entend du Canada. L.R.O.

Idem

(6) Aux articles 1 (2) et (5), 27, 34 (2) b) (ii) et 36 (1) b) (ii) du Code, l'expression «le présent État» s'entend de l'Ontario.

Définition d'«États différents» dans le Code

(7) À l'article 1 (3) du Code, l'expression «États différents» s'entend des pays différents, et le terme «l'État» s'entend du pays.

Définition de «tribunal compétent» dans le Code

(8) La mention de «tribunal compétent» dans le Code s'entend de la Cour de l'Ontario (Division générale).

Code en vigueur en Ontario

2. (1) Sous réserve de la présente loi, le Code est en vigueur en Ontario.

Champ d'application

(2) Le Code s'applique aux conventions d'arbitrage commercial international conclues et aux sentences arbitrales rendues avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Idem

(3) Malgré l'article 1 (3) c) du Code, l'arbitrage qui a lieu en Ontario entre des parties qui toutes ont leur établissement en Ontario, n'est pas considéré comme international pour la seule raison que les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

Conciliation et autres modes de règlement

3. Pour faciliter le règlement d'un différend, le tribunal arbitral peut, à toute étape de la procédure arbitrale, avoir recours, avec l'accord des parties, à la médiation, à la conciliation ou à tout autre mode de règlement. Il peut également, avec leur accord, reprendre son rôle d'arbitre.

Révocation d'arbitre

4. (1) Toute procédure orale antérieure à un remplacement ou à une révocation d'arbitre conforme au Code est, sauf décision contraire des parties, à recommencer.

Idem

(2) Les parties peuvent révoquer un arbitre ou un arbitre remplaçant n'importe quand avant la sentence définitive, indépendamment du mode de nomination de celui-ci.

L'article 11 (1) du Code est remplacé

5. L'article 11 (1) du Code est réputé rédigé comme suit :

(1) Une personne peut être nommée arbitre quelle que soit sa nationalité.

Règles applicables au fond du différend

6. Malgré l'article 28 (2) du Code, à défaut par les parties de procéder à la désignation prévue à son article 28 (1), le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il estime indiquées compte tenu des circonstances de l'espèce. L.R.O.

Réunion de procédures

7. (1) La Cour de l'Ontario (Division générale), sur demande des parties à plus d'une procédure arbitrale, peut ordonner :

a) leur réunion, aux conditions qu'elle estime équitables;

b) leur audition simultanée ou consécutive;

c) le sursis de telle ou telle d'entre elles jusqu'à détermination de n'importe laquelle des autres.

Nomination du tribunal arbitral

(2) Dans les cas où la Cour ordonne la réunion prévue à l'alinéa (1) a) et où les parties à ces procédures sont d'accord sur le choix d'un tribunal arbitral, celui-ci est nommé par la Cour. À défaut d'accord des parties, elle peut nommer un tribunal arbitral pour ces procédures.

Réunion sans ordonnance

(3) Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher les parties à plus d'une procédure arbitrale de s'entendre sur leur réunion et de prendre toutes mesures nécessaires à cette fin.

Sursis de procédures

8. Dans le cas où, en vertu de l'article 8 du Code, un tribunal renvoie les parties à l'arbitrage, il est sursis aux procédures devant ce tribunal qui sont liées aux questions se rapportant à l'arbitrage.

Mesures provisoires

9. Est assujettie aux dispositions du Code comme s'il s'agissait d'une sentence, l'ordonnance du tribunal arbitral prévue à l'article 17 du Code qui porte sur les mesures provisoires ou conservatoires ainsi que le versement d'une provision appropriée.

Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères

10. Pour l'application des articles 35 et 36 du Code, une sentence arbitrale s'entend notamment d'une sentence arbitrale commerciale rendue à l'extérieur du Canada, même si l'arbitrage auquel elle est liée n'est pas international au sens de l'article 1 (3) du Code.

Exécution

11. (1) La sentence arbitrale reconnue par le tribunal est exécutoire comme s'il s'agissait d'un jugement ou d'une ordonnance rendus par le tribunal.

Idem

(2) La sentence arbitrale reconnue par le tribunal lie les personnes à l'égard desquelles elle a été rendue. Ces personnes peuvent invoquer la sentence dans toute action en justice.

Couronne liée

12. La présente loi s'applique à l'arbitrage auquel Sa Majesté est partie.

Guide d'interprétation

13. Afin d'interpréter le Code, on peut avoir recours aux documents suivants :

a) le Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, du 3 au 21 juin 1985;

b) le commentaire analytique figurant dans le rapport du Secrétaire général à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

tels qu'ils sont publiés dans La Gazette du Canada, Partie I, Vol. 120, n° 40, le 4 octobre 1986, Supplément. Ces documents s'ajoutent aux guides d'interprétation auxquels on a recours habituellement en vertu de la loi de l'Ontario.

D. Dispositions législatives britanno-colombiennes

i) *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233

Preamble

WHEREAS British Columbia, and in particular the City of Vancouver, is becoming an international financial and commercial centre;

AND WHEREAS disputes in international commercial agreements are often resolved by means of arbitration;

AND WHEREAS British Columbia has not previously enjoyed a hospitable legal environment for international commercial arbitrations;

AND WHEREAS there are divergent views in the international commercial and legal communities respecting the conduct of, and the degree and nature of judicial intervention in, international commercial arbitrations;

AND WHEREAS the United Nations Commission on International Trade Law has adopted the UNCITRAL Model Arbitration Law which reflects a consensus of views on the conduct of, and degree and nature of judicial intervention in, international commercial arbitrations;

THEREFORE HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of British Columbia, enacts as follows:

Part 1 — Application and Interpretation

Scope of application

1 (1) This Act applies to international commercial arbitration, subject to any agreement which is in force between Canada and any other state or states and which applies in British Columbia.

(2) This Act, except sections 8, 9, 35 and 36, applies only if the place of arbitration is in British Columbia.

(3) An arbitration is international if

(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different states,

(b) one of the following places is located outside the state in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed;

(iii) the place with which the subject matter of the dispute is most closely connected, or

(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one state.

(4) For the purposes of subsection (3),

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement, and

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to the party's habitual residence.

(5) For the purposes of subsection (3), the provinces and territories of Canada must be considered one state.

(6) An arbitration is commercial if it arises out of a relationship of a commercial nature including, but not limited to, the following:

(a) a trade transaction for the supply or exchange of goods or services;

(b) a distribution agreement;

(c) a commercial representation or agency;

(d) an exploitation agreement or concession;

(e) a joint venture or other related form of industrial or business cooperation;

(f) the carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road;

(g) the construction of works;

(h) insurance;

(i) licensing;

(j) factoring;

(k) leasing;

(l) consulting;

(m) engineering;

(n) financing;

(o) banking;

(p) investing.

(7) If an arbitration agreement respecting an international commercial arbitration contains a reference to the *Arbitration Act*, that reference is deemed to be a reference to this Act.

(8) This Act does not affect any other law in force in British Columbia by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only in accordance with provisions other than those of this Act.

Definitions and interpretation

2 (1) For the purposes of this Act:

"arbitral award" means any decision of the arbitral tribunal on the substance of the dispute submitted to it and includes

(a) an interim arbitral award, including an interim award made for the preservation of property, and

(b) any award of interest or costs;

"arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;

"arbitration" means any arbitration whether or not administered by the B.C. Arbitration Centre or any other permanent arbitral institution;

"B.C. Arbitration Centre" means the British Columbia International Commercial Arbitration Centre located in Vancouver, British Columbia;

"Chief Justice" means the Chief Justice of the Supreme Court or his or her designate;

"court" means a body or an organ of the judicial system of a state;

"party" means a party to an arbitration agreement and includes a person claiming through or under a party;

"Supreme Court" means the Supreme Court of British Columbia.

(2) Where this Act, except section 28, leaves the parties free to determine a certain issue, that freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including the B.C. Arbitration Centre or any other institution, to make that determination.

(3) Where this Act

(a) refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree, or

(b) in any other way refers to an agreement of the parties,

that agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement.

(4) Where this Act, other than section 25 (1) or 32 (2) (a), refers to a claim, it also applies to a counterclaim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to that counterclaim.

Receipt of written communications

3 (1) Unless otherwise agreed by the parties,

(a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at the addressee's place of business, habitual residence or mailing address, and

(b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) If none of the places referred to in subsection (1) (a) can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last known place of business, habitual residence or mailing address by registered mail or by any other means which provides a record of the attempt to deliver it.

(3) This section does not apply to written communications in respect of court proceedings.

Waiver of right to object

4 (1) A party who knows that

(a) any provision of this Act, or

(b) any requirement under the arbitration agreement,

has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating an objection to noncompliance without undue delay or, if a time limit is provided for stating that objection, within that period of time, is deemed to have waived the right to object.

(2) In subsection (1) (a), **"any provision of this Act"** means any provision of this Act in respect of which the parties may otherwise agree.

Extent of judicial intervention

5 In matters governed by this Act,

(a) a court must not intervene unless so provided in this Act, and

(b) an arbitral proceeding of an arbitral tribunal or an order, ruling or arbitral award made by an arbitral tribunal must not be questioned, reviewed or restrained by a proceeding under the *Judicial Review Procedure Act* or otherwise except to the extent provided in this Act.

Construction of Act

6 In construing a provision of this Act, a court or arbitral tribunal may refer to the documents of the United Nations Commission on International Trade Law and its working group respecting the preparation of the UNCITRAL Model Arbitration Law and must give those documents the weight that is appropriate in the circumstances.

Part 2 — Arbitration Agreement

Definition of arbitration agreement

7 (1) In this Act, **"arbitration agreement"** means an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

(2) An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(3) An arbitration agreement must be in writing.

(4) An arbitration agreement is in writing if it is contained in

(a) a document signed by the parties,

(b) an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or

(c) an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.

(5) The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the contract is in writing and the reference is such as to make that arbitration clause part of the contract.

Stay of legal proceedings

8 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(3) Even if an application has been brought under subsection (1) and even if the issue is pending before the court, an arbitration may be commenced or continued and an arbitral award made.

Interim measures by court

9 It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request from a court, before or during arbitral proceedings, an interim measure of protection and for a court to grant that measure.

Part 3 — Composition of Arbitral Tribunal

Number of arbitrators

10 (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.

(2) Failing the determination referred to in subsection (1), the number of arbitrators is 3.

Appointment of arbitrators

11 (1) A person of any nationality may be an arbitrator.

(2) Subject to subsections (6) and (7), the parties are free to agree on a procedure for appointing the arbitral tribunal.

(3) Failing any agreement referred to in subsection (2), in an arbitration with 3 arbitrators, each party must appoint one arbitrator, and the 2 appointed arbitrators must appoint the third arbitrator.

(4) If the appointment procedure in subsection (3) applies and

(a) a party fails to appoint an arbitrator within 30 days after receipt of a request to do so from the other party, or

(b) the 2 appointed arbitrators fail to agree on the third arbitrator within 30 days after their appointment,

the appointment must be made, on request of a party, by the Chief Justice.

(5) Failing any agreement referred to in subsection (2), in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties fail to agree on the arbitrator, the appointment must be made, on request of a party, by the Chief Justice.

(6) If, under an appointment procedure agreed on by the parties,

(a) a party fails to act as required under that procedure,

(b) the parties, or 2 appointed arbitrators, fail to reach an agreement expected of them under that procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to the third party under that procedure,

a party may request the Chief Justice to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(7) A decision on a matter entrusted by subsection (4), (5) or (6) to the Chief Justice is final and is not subject to appeal.

(8) The Chief Justice, in appointing an arbitrator, must have due regard to

(a) any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties, and

(b) other considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator.

(9) Unless the parties have previously agreed to the appointment of a sole or third arbitrator who is of the same nationality as any of the parties, the Chief Justice must not appoint a sole or third arbitrator who is of the same nationality as that of any of the parties.

Grounds for challenge

12 (1) When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, the person must disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to the person's independence or impartiality.

(2) An arbitrator, from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings, must, without delay, disclose to the parties any circumstances referred to in subsection (1) unless they have already been informed of them by the arbitrator.

(3) An arbitrator may be challenged only if

(a) circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's independence or impartiality, or

(b) the arbitrator does not possess the qualifications agreed to by the parties.

(4) A party may challenge an arbitrator appointed by that party, or in whose appointment the party has participated, only for reasons of which the party becomes aware after the appointment has been made.

Challenge procedure

13 (1) Subject to subsection (4), the parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), a party who intends to challenge an arbitrator must, within 15 days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstances referred to in section 12 (3), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal.

(3) Unless the arbitrator challenged under subsection (2) withdraws from office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal must decide on the challenge.

(4) If a challenge under any procedure agreed on by the parties or under the procedure under subsection (2) is not successful, the challenging party may request the Supreme Court, within 30 days after having received notice of the decision rejecting the challenge, to decide on the challenge.

(5) If a request is made under subsection (4), the Supreme Court may refuse to decide on the challenge, if it is satisfied that, under the procedure agreed on by the parties, the party making the request had an opportunity to have the challenge decided on by other than the arbitral tribunal.

(6) The decision of the Supreme Court under subsection (4) is final and is not subject to appeal.

(7) While a request under subsection (4) is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an arbitral award.

Failure or impossibility to act

14 (1) The mandate of an arbitrator terminates if

(a) the arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform the arbitrator's functions or for other reasons fails to act without undue delay, and

(b) the arbitrator withdraws from office or the parties agree to the termination of the arbitrator's mandate.

(2) If a controversy remains concerning any of the grounds referred to in subsection (1) (a), a party may request the Supreme Court to decide on the termination of the mandate.

(3) A decision of the Supreme Court under subsection (2) is final and is not subject to appeal.

(4) If, under this section or section 13 (3), an arbitrator withdraws from office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this section or section 12 (3).

Termination of mandate and substitution of arbitrator

15 (1) In addition to the circumstances referred to in section 13 or 14, the mandate of an arbitrator terminates

(a) if the arbitrator withdraws from office for any reason, or

(b) by or pursuant to agreement of the parties.

(2) If the mandate of an arbitrator terminates, a substitute arbitrator must be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

(3) Unless otherwise agreed by the parties,

(a) if the sole or presiding arbitrator is replaced, any hearings previously held must be repeated, and

(b) if an arbitrator, other than the sole or presiding arbitrator is replaced, any hearings previously held may be repeated at the discretion of the arbitral tribunal.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, an order or ruling of the arbitral tribunal made before the replacement of an arbitrator under this section is not invalid solely because there has been a change in the composition of the tribunal.

Part 4 — Jurisdiction of Arbitral Tribunal

Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

16 (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement, and for that purpose,

(a) an arbitration clause which forms part of a contract must be treated as an agreement independent of the other terms of the contract, and

(b) a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void must not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction must be raised not later than the submission of the statement of defence; however, a party is not precluded from raising such a plea by the fact that the party has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator.

(3) A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority must be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings.

(4) The arbitral tribunal may, in either of the cases referred to in subsection (2) or (3), admit a later plea if it considers the delay justified.

(5) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in subsections (2) and (3) either as a preliminary question or in an award on the merits.

(6) If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request the Supreme Court, within 30 days after having received notice of that ruling, to decide the matter.

(7) The decision of the Supreme Court under subsection (6) is final and is not subject to appeal.

(8) While a request under subsection (6) is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an arbitral award.

Interim measures ordered by arbitral tribunal

17 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order a party to take any interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject matter of the dispute.

(2) The arbitral tribunal may require a party to provide appropriate security in connection with a measure ordered under subsection (1).

Part 5 — Conduct of Arbitral Proceedings

Equal treatment of parties

18 The parties must be treated with equality and each party must be given a full opportunity to present their case.

Determination of rules of procedure

19 (1) Subject to this Act, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), the arbitral tribunal may, subject to this Act, conduct the arbitration in the manner it considers appropriate.

(3) The power of the arbitral tribunal under subsection (2) includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Place of arbitration

20 (1) The parties are free to agree on the place of arbitration.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), the place of arbitration must be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(3) Despite subsection (1), the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of documents, goods or other property.

Commencement of arbitral proceedings

21 Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Language

22 (1) The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings.

(2) Failing any agreement referred to in subsection (1), the arbitral tribunal must determine the language or languages to be used in the arbitral proceedings.

(3) The agreement or determination, unless otherwise specified, applies to any written statement by a party, any hearing and any arbitral award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(4) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence must be accompanied by a translation into the language or languages agreed on by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Statements of claim and defence

23 (1) Within the period of time agreed on by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant must state the facts supporting the claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent must state the respondent's defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of those statements.

(2) The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement a claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow the amendment or supplement having regard to the delay in making it.

Hearings and written proceedings

24 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal must decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings must be conducted on the basis of documents and other materials.

(2) Unless the parties have agreed that no oral hearings are to be held, the arbitral tribunal must hold oral hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(3) The parties must be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purpose of inspection of documents, goods or other property.

(4) All statements, documents or other information supplied to, or applications made to, the arbitral tribunal by one party must be communicated to the other party, and any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision is to be communicated to the parties.

(5) Unless otherwise agreed by the parties, all oral hearings and meetings in arbitral proceedings are to be held in private.

Default of a party

25 (1) Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, the claimant fails to communicate the statement of claim in accordance with section 23 (1), the arbitral tribunal must terminate the proceedings.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, the respondent fails to communicate the statement of defence in accordance with section 23 (1), the arbitral tribunal must continue the proceedings without treating that failure in itself as an admission of the claimant's allegations.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause, a party fails to appear at an oral hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the arbitral award on the evidence before it.

Expert appointed by arbitral tribunal

26 (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may

(a) appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal, and

(b) require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for the expert's inspection.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert must, after delivery of the expert's written or oral report, participate in an oral hearing where the parties have the opportunity to put questions to the expert and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, the expert must, on the request of a party, make available to that party, for examination, all documents, goods or other property in the expert's possession with which the expert was provided in order to prepare the expert's report.

Court assistance in taking evidence and consolidating arbitrations

27 (1) The arbitral tribunal, or a party with the approval of the arbitral tribunal, may request from the Supreme Court assistance in taking evidence and the court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

(2) If the parties to 2 or more arbitration agreements have agreed, in their respective arbitration agreements or otherwise, to consolidate the arbitrations arising out of those arbitration agreements, the Supreme Court may, on application by one party with the consent of all the other parties to those arbitration agreements, do one or more of the following:

(a) order the arbitrations to be consolidated on terms the court considers just and necessary;

(b) if all the parties cannot agree on an arbitral tribunal for the consolidated arbitration, appoint an arbitral tribunal in accordance with section 11 (8);

(c) if all the parties cannot agree on any other matter necessary to conduct the consolidated arbitration, make any other order it considers necessary.

(3) Nothing in this section is to be construed as preventing the parties to 2 or more arbitrations from agreeing to consolidate those arbitrations and taking any steps that are necessary to effect that consolidation.

Part 6 — Making of Arbitral Award and Termination of Proceedings

Rules applicable to substance of dispute

28 (1) The arbitral tribunal must decide the dispute in accordance with the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute.

(2) Any designation by the parties of the law or legal system of a given state must be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that state and not to its conflict of laws rules.

(3) Failing any designation of the law under subsection (1) by the parties, the arbitral tribunal must apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances surrounding the dispute.

(4) The arbitral tribunal must decide ex aequo et bono or as amiable compositeur if the parties have expressly authorized it to do so.

(5) In all cases, the arbitral tribunal must decide in accordance with the terms of the contract and must take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Decision making by panel of arbitrators

29 (1) Unless otherwise agreed by the parties, in arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal must be made by a majority of all its members.

(2) Despite subsection (1), if authorized by the parties or all the members of the arbitral tribunal, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator.

Settlement

30 (1) It is not incompatible with an arbitration agreement for an arbitral tribunal to encourage settlement of the dispute and, with the agreement of the parties, the arbitral tribunal may use mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitral proceedings to encourage settlement.

(2) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal must terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(3) An arbitral award on agreed terms must be made in accordance with section 31 and must state that it is an arbitral award.

(4) An arbitral award on agreed terms has the same status and effect as any other arbitral award on the substance of the dispute.

Form and content of arbitral award

31 (1) An arbitral award must be made in writing and must be signed by the members of the arbitral tribunal.

(2) For the purposes of subsection (1), in arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all the members of the arbitral tribunal are sufficient if the reason for any omitted signature is stated.

(3) The arbitral award must state the reasons on which it is based, unless

(a) the parties have agreed that no reasons are to be given, or

(b) the award is an arbitral award on agreed terms under section 30.

(4) The arbitral award must state its date and the place of arbitration as determined in accordance with section 20 and the award is deemed to have been made at that place.

(5) After the arbitral award is made, a signed copy must be delivered to each party.

(6) The arbitral tribunal may, at any time during the arbitral proceedings, make an interim arbitral award on any matter with respect to which it may make a final arbitral award.

(7) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may award interest.

(8) Unless otherwise agreed by the parties, the costs of an arbitration are in the discretion of the arbitral tribunal which may, in making an order for costs,

(a) include as costs,

(i) the fees and expenses of the arbitrators and expert witnesses,

(ii) legal fees and expenses,

(iii) any administration fees of the B.C. Arbitration Centre or any other institution, and

(iv) any other expenses incurred in connection with the arbitral proceedings, and

(b) specify

(i) the party entitled to costs,

(ii) the party who must pay the costs,

(iii) the amount of costs or method of determining that amount, and

(iv) the manner in which the costs must be paid.

Termination of proceedings

32 (1) The arbitral proceedings are terminated by the final arbitral award or by an order of the arbitral tribunal under subsection (2).

(2) The arbitral tribunal must issue an order for the termination of the arbitral proceedings if

(a) the claimant withdraws the claim, unless the respondent objects to the order and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on the respondent's part in obtaining a final settlement of the dispute,

(b) the parties agree on the termination of the proceedings, or

(c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) Subject to sections 33 and 34 (4), the mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings.

Correction and interpretation of award; additional award

33 (1) Within 30 days after receipt of the arbitral award, unless another period of time has been agreed on by the parties,

(a) a party may request the arbitral tribunal to correct in the arbitral award any computation errors, any clerical or typographical errors or any other errors of a similar nature, and

(b) a party may, if agreed by the parties, request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the arbitral award.

(2) If the arbitral tribunal considers the request made under subsection (1) to be justified, it must make the correction or give the interpretation within 30 days after receipt of the request and the interpretation forms part of the arbitral award.

(3) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in subsection (1) (a), on its own initiative, within 30 days after the date of the arbitral award.

(4) Unless otherwise agreed by the parties, a party may request, within 30 days after receipt of the arbitral award, the arbitral tribunal to make an additional arbitral award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the arbitral award.

(5) If the arbitral tribunal considers the request made under subsection (4) to be justified, it must make the additional arbitral award within 60 days.

(6) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it must make a correction, give an interpretation or make an additional arbitral award under subsection (2) or (4).

(7) section 31 applies to a correction or interpretation of the arbitral award or to an additional arbitral award made under this section.

Part 7 — Recourse Against Arbitral Award

Application for setting aside arbitral award

34 (1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with subsections (2) and (3).

(2) An arbitral award may be set aside by the Supreme Court only if

(a) the party making the application furnishes proof that

(i) a party to the arbitration agreement was under some incapacity,

(ii) the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication of that law, the law of British Columbia,

(iii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present the party's case,

(iv) the arbitral award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the arbitral award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside, or

(v) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless that agreement was in conflict with a provision of this Act from which the parties cannot derogate, or, failing any agreement, was not in accordance with this Act, or

(b) the court finds that

(i) the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of British Columbia, or

(ii) the arbitral award is in conflict with the public policy in British Columbia.

(3) An application for setting aside may not be made after 3 months have elapsed from the date on which the party making that application had received the arbitral award or, if a request had been made under section 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) When asked to set aside an arbitral award the court may, if it is appropriate and it is requested by a party, adjourn the proceedings to set aside the arbitral award for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside the arbitral award.

Part 8 — Recognition and Enforcement of Arbitral Awards

Recognition and enforcement

35 (1) Subject to this section and section 36, an arbitral award, irrespective of the state in which it was made, must be recognized as binding and, on application to the Supreme Court, must be enforced.

(2) Unless the court orders otherwise, the party relying on an arbitral award or applying for its enforcement must supply

(a) the duly authenticated original arbitral award or a duly certified copy of it, and

(b) the original arbitration agreement or a duly certified copy of it.

(3) If the arbitral award or arbitration agreement is not made in an official language of Canada, the party must supply a duly certified translation of it into an official language.

Grounds for refusing recognition or enforcement

36 (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the state in which it was made, may be refused only

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that

(i) a party to the arbitration agreement was under some incapacity,

(ii) the arbitration agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication of that law, under the law of the state where the arbitral award was made,

(iii) the party against whom the arbitral award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present the party's case,

(iv) the arbitral award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the arbitral award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced,

(v) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing any agreement, was not in accordance with the law of the state where the arbitration took place, or

(vi) the arbitral award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the state in which, or under the law of which, that arbitral award was made, or

(b) if the court finds that

(i) the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of British Columbia, or

(ii) the recognition or enforcement of the arbitral award would be contrary to the public policy in British Columbia.

(2) If an application for setting aside or suspension of an arbitral award has been made to a court referred to in subsection (1) (a) (vi), the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the arbitral award, order the other party to provide appropriate security.

Power to make regulations

37 The Lieutenant Governor in Council may make regulations

(a) exempting from an enactment, or any provision of it, a person or class of persons who acts in a professional capacity in an international commercial arbitration and is not entitled under the enactment to practise that profession in British Columbia, and

(b) imposing different conditions on exemptions granted under paragraph (a) to different persons or classes of persons.

Offence Act

38 section 5 of the *Offence Act* does not apply to this Act.

ii) *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 154 (extraits)

Definition

1 In this Act, **"Convention"** means the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards set out in the Schedule.

Convention applies in British Columbia

2 The Convention applies in British Columbia.

Limitation

3 This Act applies only to the recognition and enforcement of awards respecting differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the law of British Columbia.

Court

4 For the purpose of seeking recognition of a foreign arbitral award under this Act, applications may be made to the Supreme Court.

This Act prevails

5 If there is conflict between this Act and any other enactment, this Act prevails.

IV. DISPOSITIONS DU *NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE* FRANÇAIS RÉGISSANT L'ARBITRAGE

Titre I

Les conventions d'arbitrage

Chapitre I : La clause compromissoire

Article 1442

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

Article 1443

La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.

Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

Article 1444

Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres.

Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal de commerce si la convention l'a expressément prévu.

Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation.

Article 1445

Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente.

Article 1446

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

Chapitre II : Le compromis

Article 1447

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes.

Article 1448

Le compromis doit, à peine de nullité, déterminer l'objet du litige.

Sous la même sanction, il doit soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

Le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée.

Article 1449

Le compromis est constaté par écrit . Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties.

Article 1450

Les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction.

Chapitre III : Règles communes

Article 1451

La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique ; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils.

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage.

Article 1452

La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée.

L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties.

Article 1453

Le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair.

Article 1454

Lorsque les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit, en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président du tribunal de grande instance .

Article 1455

Lorsqu'une personne physique ou morale est chargée d'organiser l'arbitrage, la mission d'arbitrage est confiée à un ou plusieurs arbitres acceptés par toutes les parties.

A défaut d'acceptation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage invite chaque partie à désigner un arbitre et procède, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre nécessaire pour compléter le tribunal arbitral. Faute pour les parties de désigner un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage.

Le tribunal arbitral peut aussi être directement constitué selon les modalités prévues à l'alinéa précédent.

La personne chargée d'organiser l'arbitrage peut prévoir que le tribunal arbitral ne rendra qu'un projet de sentence et que si ce projet est contesté par l'une des parties, l'affaire sera soumise à un deuxième tribunal arbitral. Dans ce cas, les membres du deuxième tribunal sont désignés par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, chacune des parties ayant la faculté d'obtenir le remplacement d'un des arbitres ainsi désignés.

Article 1456

Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne dure que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée.

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit, à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par le président du tribunal de grande instance ou, dans le cas visé à l'article 1444, alinéa 2, par le président du tribunal de commerce.

Article 1457

Dans les cas prévus aux articles 1444, 1454, 1456 et 1463 le président du tribunal, saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral, statue par ordonnance non susceptible de recours.

Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le président déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1444 (alinéa 3). L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence.

Le président compétent est celui du tribunal qui a été désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel cette convention a situé les opérations d'arbitrage. Dans le silence de la convention, le président compétent est celui du tribunal du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, celui du tribunal du lieu où demeure le demandeur.

Article 1458

Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

Article 1459

Toute disposition ou convention contraire aux règles édictées par le présent chapitre est réputée non écrite.

Titre II : L'instance arbitrale

Article 1460

Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage.

Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale.

Si une partie détient un élément de preuve, l'arbitre peut aussi lui enjoindre de le produire.

Article 1461

Les actes de l'instruction et les procès-verbaux sont faits par tous les arbitres si le compromis ne les autorise à commettre l'un d'eux.

Les tiers sont entendus sans prestation de serment.

Article 1462

Tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci.

Un arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties.

Article 1463

Un arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation.

Les difficultés relatives à l'application du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent.

Article 1464

L'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties :

1° Par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que par la perte du plein exercice des ses droits civils ;

2° Par l'abstention ou la récusation d'un arbitre ;

3° Par l'expiration du délai d'arbitrage.

Article 1465

L'interruption de l'instance arbitrale est régie par les dispositions des articles 369 à 376.

Article 1466

Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture.

Article 1467

Sauf convention contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299.

En cas d'inscription de faux incident, l'article 313 est applicable devant l'arbitre. Le délai d'arbitrage continue à courir du jour où il a été statué sur l'incident.

Article 1468

L'arbitre fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré.

Après cette date, aucune demande ne peut être formée ni aucun moyen soulevé. Aucune observation ne peut être présentée ni aucune pièce produite, si ce n'est à la demande de l'arbitre.

Titre III : La sentence arbitrale

Article 1469

Les délibérations des arbitres sont secrètes.

Article 1470

La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.

Article 1471

La sentence arbitrale doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens.

La décision doit être motivée.

Article 1472

La sentence arbitrale contient l'indication :

- du nom des arbitres qui l'ont rendue ;
- de sa date ;
- du lieu où elle est rendue ;
- des nom, prénoms ou dénomination des parties, ainsi que de leur domicile ou siège social ;
- le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties.

Article 1473

La sentence arbitrale est signée par tous les arbitres.

Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

Article 1474

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur.

Article 1475

La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche.

L'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence, de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent et de la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Les articles 461 à 463 sont applicables. Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eut été compétente à défaut d'arbitrage.

Article 1476

La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Article 1477

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue.

A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction.

Article 1478

L'exequatur est apposé sur la minute de la sentence arbitrale.

L'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée.

Article 1479

Les règles sur l'exécution provisoire des jugements sont applicables aux sentences arbitrales.

En cas d'appel ou de recours en annulation, le premier président ou le magistrat chargé de la mise en état dès lors qu'il est saisi, peut accorder l'exequatur à la sentence arbitrale assortie de l'exécution provisoire. Il peut aussi ordonner l'exécution provisoire dans les conditions prévues aux articles 525 et 526 ; sa décision vaut exequatur.

Article 1480

Les dispositions des articles 1471 (alinéa 2), 1472, en ce qui concerne le nom des arbitres et la date de la sentence, et 1473 sont prescrites à peine de nullité.

Titre IV : Les voies de recours

Article 1481

La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation.

Elle peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'article 588 (alinéa 1).

Article 1482

La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage .

Article 1483

Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel, ou qu'elles se sont réservées expressément cette faculté dans la convention d'arbitrage , la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence arbitrale ou à son annulation. Le juge d'appel statue comme amiable compositeur lorsque l'arbitre avait cette mission.

Article 1484

Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservées cette faculté dans la convention d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire.

Il n'est ouvert que dans les cas suivants :

1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;

2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;

3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;

5° Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480 ;

6° Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public.

Article 1485

Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties.

Article 1486

L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue.

Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence ; ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur.

Le délai pour exercer ces recours suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

Article 1487

L'appel et le recours en annulation sont formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure en matière contentieuse devant la cour d'appel.

La qualification donnée par les parties à la voie de recours au moment où la déclaration est faite pour être modifiée ou précisée jusqu'à ce que la cour d'appel soit saisie.

Article 1488

L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, l'appel ou le recours en annulation de la sentence emportent de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exequatur ou dessaisissement de ce juge.

Article 1489

L'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de sa signification. En ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande des parties, des moyens que celles-ci auraient pu faire valoir contre la sentence arbitrale, par la voie de l'appel ou du recours en annulation selon le cas.

Article 1490

Le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour.

Article 1491

Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas et sous les conditions prévus pour les jugements.

Il est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence.

Titre V : L'arbitrage international

Article 1492

Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

Article 1493

Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457.

Article 1494

La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine.

Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

Article 1495

Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494.

Article 1496

L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.

Article 1497

L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission.

Chapitre I : La reconnaissance et l'exécution

Article 1498

Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution.

Article 1499

L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces pièces ne sont pas rédigées en langue française, la partie en produit une traduction certifiée par un traducteur inscrit sur la liste des experts.

Article 1500

Les dispositions des articles 1476 à 1479 sont applicables.

Chapitre II : Les voies de recours contre les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international

Article 1501

La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'appel.

Article 1502

L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;

2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;

3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;

4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;

5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.

Article 1503

L'appel prévu aux articles 1501 et 1502 est porté devant la cour d'appel dont relève le juge qui a statué. Il peut être formé jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la signification de la décision du juge.

Article 1504

La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502.

L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge.

Article 1505

Le recours en annulation prévu à l'article 1504 est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence déclarée exécutoire.

Article 1506

Le délai pour exercer les recours prévus aux articles 1501, 1502 et 1504 suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

Article 1507

Les dispositions du titre IV du présent livre, à l'exception de celles de l'alinéa 1er de l'article 1487 et de l'article 1490, ne sont pas applicables aux voies de recours.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MONOGRAPHIES ET THÈSES

Ancel, B. et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Paris, Éditions Sirey, 2001

Antaki, N.N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

Arbour, J.-M., *Droit international public*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992

Arcangeli, V., *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse, Université de Montréal, 1999

Audit, B., *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Economica, 2000

Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000

Bahmaei, M.-A., *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage – Droit français, anglais et suisse*, préf. J. Béguin, Paris, L.G.D.J., 2002

Baker, J.H., *An Introduction to the English Legal System*, 3e éd., London, Butterworths, 1990

Batiffol, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956

Baudouin, J.-L. et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

Baudouin, J.-L. et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

Béguin, J., *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (Université McGill), 1987

Bell, J. et Sir G. Engle, *Cross – Statutory Interpretation*, 3e éd., London, Butterworths, 1995

Bennion, F.A.R., *Statutory Interpretation – A Code*, 3e éd., London, Butterworths, 1997

Bergel, J.-L., *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989

Berger, K.P., *International Economic Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1991

Bergsten, E.E., dir., *International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry, New York, m.-à-j.

Besson, S., *Arbitrage international et mesures provisoires – Étude de droit comparé*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1998

Binder, P., *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, London, Sweet & Maxwell, 2000

Bonnecase, J., *Introduction à l'étude du droit – Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale*, Paris, Sirey, 1926

Born, G.B., *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, 2e éd., Ardsley, Transnational Publishers, 2001

Brière, C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, pr. P. Courbe, Paris, L.G.D.J., 2001

Brierley, J.E.C., *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, Thèse, Faculté de droit et sciences économiques de l'Université de Paris, 1964

Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990

Bucher, A. et P.-Y Tschanz, *International Arbitration in Switzerland*, Basle and Frankfurt on the Main, Helbing & Lichtenhahn, 1988

Bureau, D., *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992

Carbonneau, T.E., *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004

Casey, J.B., *International and Domestic Commercial Arbitration*, Scarborough, Carswell, m.-à-j.

Castel, J.-G., A.L.C. de Mestral et W.C. Graham, *The Canadian Law and Practice of International Trade with Particular Emphasis on Export and Import of Goods and Services*, 2e éd., Toronto, Edmond Montgomery Publications, 1997

Castel, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1997

Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexique bilingue*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991

Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens & Sons, 1953

Clavel, S., *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1999

Clay, Th., *L'arbitre*, pr. Ph. Fouchard, Paris, Dalloz, 2001

Coe, Jr., J.J., *International Commercial Arbitration : American Principles and Practice in a Global Context*, New York, Transnational Publishers, 1997

Coipel-Cordonnier, N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, pr. M. Fallon, av.-prop. P. Mayer, Paris, L.G.D.J., 1999

Craig, W.L., W.W. Park et J. Paulson, *Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules With Commentary*, ICC Publishing, 1998

Craig, W.L., W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2000

de Béchillon, M., *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998

de Boisseson, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN-Joly, 1990

Derains, Y. et E.A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, ICC Publishing, 1998

Derains, Y., R. Bourdin, P. Level, Y Loussouarn et P. Mayer, *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Paris, FEDUCI, 1984

Cornu, G., dir., *Vocabulaire juridique*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1990

Corten, O., *L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international – Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997

Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999

Cross, R. et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 1991

Di Pietro, D. et M. Platte, *Enforcement of International Arbitral Awards : The New York Convention of 1958*, London, Cameron May, 2001

Dickerson, R., *The Interpration and Application of Statutes*, Boston, Little Brown, 1975

Dinh, N.Q., P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 2002

Dore, I., *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, London, Graham & Trotman, 1993

Driedger, E., *Construction of Statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983

Ducharme, L., *L'administration de la preuve*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001

Dupuy, P.-M., *Droit international public*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1995

Dussault, R. et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. III, 2e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989

Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1986

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977

El-Ahdab, A.H., *Arbitration With The Arab Countries*, 2e éd., The Hague, Kluwer, 1999

Emanuelli, Cl., *Droit international public*, 2e éd., t. 1, Ottawa, Collection Bleue, 1993

Enderlein, F. et D. Maskow, *International Sales Law*, New York, Oceana Publications, 1992

Eskridge Jr., W.N., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 1994

Ferland, Ph., *L'arbitrage conventionnel dans la province de Québec*, Montréal, Thélème, 1983

Fish, S., *Is There a Text in This Class ? – The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1980

Fouchard, Ph., *L'arbitrage commercial international*, pr. B. Goldman, Paris, Dalloz, 1965

Freement, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 2001

Gaillard E., et J. Savage, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999

Gaillard, E., dir., *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC Publication No. 480/4, 1993

Gall, G.L., *The Canadian Legal System*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1995

Gannagé, L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – Étude du droit international privé de la famille*, pr. Y. Lequette, Paris, L.G.D.J., 2001

Gendreau, P.-A., *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

Gény, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit positif – Essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq & Cie, Bibliothèque de jurisprudence civile contemporaine, 1899

Gharavi, H.G., *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, The Hague, Kluwer, 2002

Ghestin, J. et G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1994

Goldstein et E. Groffier, G., *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale ») et t. II (« Règles spécifiques »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

Goldstein, G., *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire – Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, pr. E. Groffier, Montréal, Éditions Thémis, 1996

Gottlieb, G., *The Logic of Choice*, New York, Macmillan, 1968

Gray, J., *The Nature and Sources of the Law*, 2e éd., Boston, Beacon Press, 1927

Gregorczyk, Ch., F. Muchaut et M. Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, Story-Scientia/L.G.D.J., 1992

Grenier, D. et M. Paré, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999

Hammje, P., *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1994

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961

Hayek, F.A., *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944

Henry, M. *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préf. P. Mayer, av.-prop. J.-D. Bredin, Paris, L.G.D.J., 2001

High, J.L., *A Treatise on the Law of Injunctions as Administered in the Courts of the United States and England*, Chicago, Callaghan and Company, 1874

Hirsch, M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993

Hoyle, M.S., *The Mareva Injunction and Related Orders*, 3e éd., London, LLP, 1997

Hogg, P.W., *Constitutional Law of Canada*, 2001 Student Edition, Toronto, Carswell, 2001

Holtzmann, H.M. et J.E. Neuhaus, *A Guide To The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer, 1989

Honnold, J.O., *Uniform Law For International Sales*, 3e éd., The Hague, Kluwer, 1999

Jackson, J.H., *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press, 1989

Jacomy-Millette, A., *L'introduction et l'application des traités internationaux au Canada*, Paris, L.G.D.J., 1971

Jarrosson, Ch., *La notion d'arbitrage*, pr. B. Oppetit, Paris, L.G.D.J., 1987

Kassis, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. 1 (« Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel »), Paris, L.G.D.J., 1987

Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999

Kerr, W.W., *A Treatise on the Law and Practice of Injunctions*, 6e éd., London, Sweet & Maxwell, 1927

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L., *Commercial and Civil Law Arbitration in Canada*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1978

Lalive, P., J.-F. Poudret et Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989

Lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961

MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978

Mann, F.A., *Further Studies in International Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990

Marsh, N.S., *Interpretation in a National and International Context*, Heule, VGA Publishers, 1973

Marty, G. et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1, « Introduction générale à l'étude du droit », 2e éd., Paris, Sirey, 1972

McLaren, R.H. et E.E. Palmer, *The Law Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell, 1982

Morin, J.-Y. et J. Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec – Du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992

Morvan, P., *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999

Motulsky, H., *Ecrits – Vol. II – Ecrits et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974

Mustill, M. et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2e éd., London, Butterworths, 1989

Oppetit, B., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999

Oppetit, B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998

Osman, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, pr. É. Loquin, Paris, L.G.D.J., 1992

Ost, F. et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit – Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989

Papadopoulou, R.-E., *Principes généraux du droit en droit communautaire – Origines et concrétisation*, Athènes, Sakkoulas, 1996

Paré, M., *La requête en jugement déclaratoire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001

Pellonpää, M. et D.D. Caron, *The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied – Selected Problems in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing, 1994

Perrin, J.-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979

Phillips, O.H., *A First Book of English Law*, 8e éd., London, Sweet & Maxwell, 1988

Poudret, J.-F. et S. Besson, *Droit compare de l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 2002

Prujiner, A., *Contribution à une théorie du droit judiciaire d'urgence : étude comparative de l'injonction interlocutoire et du référé*, Thèse, Université Laval, 1979

Racine, J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, pr. Ph. Fouchard, Paris, L.G.D.J., 1999

Redfern, A. et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999

Reisman, W.M., *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Durham, Duke University Press, 1992

Reisman, W.M., W.L. Craig, W. Park et J. Paulsson, *Intenational Commercial Arbitration – Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, Westbury, The Foundation Press, 1997

Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955

Robert, J., *L'arbitrage – Droit interne – Droit international privé*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1993

Rousseau, Ch., *Droit international public*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1968

Royer, J.-Cl., *La preuve civile*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration Law*, The Hague, Kluwer, 1990

Sagyias, D., M. Kinnear, D.J. Rennie et B.J. Saunders, *Federal Court Practice – 2003*, Toronto, Carswell, 2002

Samuel, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss U.S. and West German Law*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989

Sarcevic, P., *Essays on International Commercial Arbitration*, London, Graham & Trotman, 1989

Sarna, L., *The Law of Declaratory Judgments*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1988

Schreuer, C., *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

Seraglini, Ch., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, pr. P. Mayer, Paris, Dalloz, 2001

Sharpe, R.J., *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 3e éd., Aurora, Canada Law Books, 1992

Shaw, M.N., *International Law*, 4e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997

Shenton, D. et W. Kuhn, dir., *Interim Court Remedies in Support of Arbitration*, London, International Bar Association, 1987

Simard, J., *L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique*, Thèse, Université de Montréal, 1999

Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984

Singer, N.J., *Statutes and Statutory Construction*, 5e éd., vol. 2A, New York, Clark Boardman Callaghan, 1992

Sinkondo, M., *Droit international public*, Paris, Ellipses, 1999

Slavko Yambrusic, E., *National Legal Systems and Private Dispute Resolution : Treaty Interpretation : Theory and Reality*, Lanham, University Press of America, 1987

Spry, I.C.F., *The Principles of Equitable Remedies – Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 5e éd., London, Sweet & Maxwell, 1997

St.J. Sutton, D., J. Kendall et J. Gill, dir., *Russell on Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 1997

Starke, J.G., *Introduction to International Law*, 10e éd., Londres, Butterworths, 1989

Steven, G., *Mareva Inunctions and Anton Piller Relief*, 4e éd., London, Sweet & Maxwell, 1998

Sullivan, R., *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994

Talpis, J., *« If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas ? » – Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Éditions Thémis, 2001

Tetley, W., *International Conflict of Laws : Common, Civil and Maritime*, Montréal, International Shipping Publications : Blais, 1994

Thibault, J., *Les procédures de règlement amiable des litiges au* Canada, pr. Ph. Fouchard, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000

Thuilleaux, S., *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne – droit international privé*, pr. A.L.C. de Mestral, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991

Toope, S.J., *Mixed International Arbitration – Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990

Trakman, L.E., *Dispute Settlement Under the NAFTA : Manual and Source Book*, Irvingston-on-Duson, Transnational Publisher, 1997

Trebilcock, M.J. et R. Howse, *The Regulation of International Trade*, 2e éd., Londres, Rutledge, 1999

Tremblay, A., *Droit constitutionnel – Principes*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000

Tweeddale, A. et K. Tweeddale, *A Practical Approach to Arbitration Law*, London, Blackstone Press, 1999

van den Berg, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981

van Hof, J.J., *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules – The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Deventer & Boston, Kluwer, 1991

vander Eycken, P., *Méthode positive de l'interprétation des lois*, Bruxelles, Falk, 1906

Walker, R. et R. Ward, *Walker & Walker's English Legal System*, 7e éd., London, Butterworths, 1994

Williams, G., *Salmond on Jurisprudence*, 11e éd., London, Sweet & Maxwell, 1957

Zander, M., *The Law-Making Process*, 4e éd., London, Butterworths, 1994

Zweigert, K. et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1992

II. OUVRAGES COLLECTIFS

–, *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991

–, *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982

–, *Mélanges P. Drai – Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000

–, *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n° 519, Paris, 1993,

–, *Recueil d'Études en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968

Amselek, P.,dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995

Antaki, N. et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986

Association internationale de méthodologie juridique, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990

Barreau du Québec (Service de formation permanente), *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997

Cappelletti, M., dir., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978

Carbonneau, T.E., dir., *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration*, Charlottesville, 1984

Carbonneau, T.E., dir., *Lex Mercatoria and Arbitration – A Discussion of the New Law Merchant*, Dobbs Ferry, New York, 1990

Conseil canadien de droit international, *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada*, The Hague, Kluwer, 1999

Domke, M., dir., *International Arbitration – A Road to Worlwide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958

Ferland, D. et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile*, 3e éd., vol. 2, Cowansvile, Éditions Yvon Blais, 1997

Gaja, G.G., dir., *International Commercial Arbitration – New York Convention*, New York, Oceana Publications, 1996

Goldstein, L., dir., *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987

Haldy, J., J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999

Hunter, M., A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of International Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, London, Graham & Trotman, 1995

International Chamber of Commerce, *60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future*, Paris, ICC Publishing, 1984

Jacobs, F.G. et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987

Lew, J.D.M., dir., *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, School of International Arbitration, 1986

Macdonald, R.St.J., G.L. Morris et D.M. Johnston, dir., *Canadian Perspectives on International Law*, Toronto, U. of Toronto Press, 1974

Makarczyk, J., dir., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996

Parker School of Foreign and Comparative Law, *International Commercial Arbitration and the Courts*, Dobbs Ferry, Transnational Juris Publications, 1990

Paterson, R.K. et B.J. Thomspson, dir., *UNCITRAL Arbitration Model in Canada – Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, Toronto, Carswell, 1987

Paulsson, J. dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

Perelman, Ch. et P. Foriers, dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978

Sanders, P., dir., *International Arbitration – Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967

Sander, P., dir., *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration – ICCA Congress Series No. 2*, The Hague, Kluwer 1984

Storme, M. et F. de Ly, dir., *The Place of Arbitration*, Mys & Breescht, 1992

UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique – Actes du 3ème Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé*, Rome, UNIDROIT, 1988

van den Berg, A.J., dir., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention – ICCA Congress Series No. 9*, Deventer, Kluwer, 1999

Vogt, N.P., S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000

III. ARTICLES, COURS, NOTES ET RAPPORTS

–, « Note : General Principles of Law in International Commercial Arbitration », (1988) 101 Harv. L. Rev. 1816

–, « Arbitration – Consolidation of Separate Proceedings – Second Circuit Holds that Consolidation is Governed by the Terms of the Parties' Agreements – *Government of the United Kingdom of Great Britain* v. *Boeing Co.*, 998 F.2d 68 (2d Cir. 1993) », (1993) 107 Harv. L. Rev. 499

Abdallah, E., « La Convention de la Ligue arabe sur l'exécution des jugements – Étude comparative du droit conventionnel comparé avec le droit interne », R.C.A.D.I. 1973.138.503

Akehurst, M., « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », (1981) 52 B.Y.I.L. 29

Alexander, L. et K. Kress, « Against Legal Principles », (1997) 82 Iowa L. Rev. 739

Alvarez, G.A., « The Challenge of Arbitrators », (1990) 6 Arb. Int. 203

Alvarez, H., « La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1986.529

Alvarez, H., « The Role of Arbitration in Canada – New Perspectives », (1987) 21 U.B.C.L. Rev. 247

Alvarez, H.C., « Arbitration Under the North American Free Trade Agreement », (2000) 16 Arb. Int. 393

Amoussou-Guenou, R., « L'arbitrage dans le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », R.D.A.I. 1996.321

Amram, Ph. W., « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale », http://www.hcch.net/f/conventions/expl20f.html

Amselek, P., « Brèves réflexions sur la notion de 'sources du droit' », (1982) 27 Arch. phil. dr. 251

Amselek, P., « La teneur indécise du droit », (1992) 26 R.J.T. 1

Ancel, J.-P., « French Judicial Attitudes Toward International Arbitration », (1993) 9 Arb. Int. 121

Ancel, J.-P., « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », dans *Mélanges P. Drai – Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 161

Ancel, J.-P., « Measures Against Dilatory Tactics : The Cooperation Between the Arbitrators and the Courts », dans A.J. van den Berg, dir., *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention – ICCA Congress Series No. 9*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 410

Annan, K., « The 1958 New York Convention as a Model for Subsequent Legislative Texts on Arbitration », (1999) 15 Arb. Int. 319

Antaki, N.,« L'arbitrage commercial : concept et définitions », [1987] C.P. du N. 485

Arnaldez, J.-J. et E. Schafer, « Le Règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale (en vigueur depuis le 1er janvier 1990) », Rev. arb. 1990.835

Art, J.Y., « Challenge of Arbitrators : Is an Institutional Decision Final ? » (1986) 2 Arb. Int. 261

Awini, A., « Preserving the Integrity of the Arbitral Process : *The Government of the United Kingdom and Northern Ireland* v. *Boeing Co.* », (1994) 18 Tul. Mar. L.J. 359

Bachand, F., « 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

Bachand, F., « Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution ? », (2001) 35 R.J.T. 789

Bachand, F., note sous Cour de l'Ontario (Division générale), 4 novembre 1998, *Noble China Inc.* c. *Lei*, (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 43

Bachand, F., note sous Cour supérieure de l'Ontario, 22 septembre 1999 et Cour d'appel de l'Ontario, 15 septembre 2000, *Corporation Transnational de Inversiones, S.A. de C.V.* c. *STET International, S.P.A.*, (2000) 4(1) M.A.L.Q.R. 5

Bachand, F., note sous Cour suprême du Canada, 21 mars 2003, *Éditions Chouette (1987) Inc.* c. *Desputeaux*, Rev. arb. 2003.473

Bachand, F., obs. sous Cour supérieure du Québec, 15 février 2000, *Air France* c. *Libyan Arab Airlines*, (2000) 3(4) M.A.L.Q.R. 1

Balladore Pallieri, G., « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », R.C.A.D.I. 1935.51.287

Barker, C.R., « Judicial Review in England in the Wake of the Nema and Evia », (1983) 23 Va. J. Int'l L. 432

Barron, W.M., « Court-Ordered Consolidation of Arbitration – Proceedings in the U.S. », (1987) 4(1) J. Int. Arb. 81

Bartels, M., « Multiparty Arbitration Clauses », (1985) 2(2) J. Int. Arb. 61

Beaulac, S., « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation : A Question of Admissibility or of Weight ? », (1998) 43 R.D. McGill 287

Beaulac, S., « Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates », (2000) 63 Sask. L.R. 581

Beaulas, S., « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation », (2004) 25 Stat. L.R. 19

Becker, J.D., « Attachments and International Arbitration – An Addendum », (1986) 2 Arb. Int. 365

Becker, J.D., « Attachments in Aid of International Arbitration – The American Position », (1985) 1 Arb. Int. 40

Bederman, D.J., « Revivalist Canons and Treaty Interpretation », (1994) 41 UCLA L. Rev. 953

Belleau, Cl., « L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec », (1991) 32 C. de D. 971

Bellet, P. et E. Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », R.C.D.I.P. 1981.611

Bellet, P., « Intervention », Rev. arb. 1981.524

Bellet, P., note sous Trib. gr. inst. Paris, 1er avril 1993, *État de Dubai et société Dubai Drydocks* c. *Sociétés Halcrow et F. Mc Williams*, Rev. arb. 1993.455

Belley, J.-G., « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46 R.D. McGill 317

Benjamin, P.I., « The European Convention on International Commercial Arbitration » (1961) 37 Brit. Y.B. Int. L. 478

Berman, G.A., « The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », (1990) 28 Colum. J. Transnat'l L. 589

Berti, S.V., « Article 185 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 455

Bertin, Ph., « L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale », Rev. arb. 1982.331

Besson, S.., « Le sort et les effets au sein de l'Espace juridique européen d'une jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 329

Betto, J.-G., « Expiration du délai d'arbitrage : la jurisprudence relative à la prorogation tacite n'est-elle pas dans une impasse ? », Rev. arb. 2002.899

Bienvenu, P., « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux », (1996) 56 R. du B. 39

Bienvenu, P., « L'arbitrage comme mode de règlement de différends » dans O.F. Kott et C. Roy, dir., *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 759

Bisson, A.-F., « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 R.D. McGill 529

Biukovic, L., « Impact of the Adoption of the Model Law in Canada : Creating a New Environment for International Arbitration », (1998) 30 Can. Bus. L.J. 376

Blackaby, N., « The English Courts' Assistance to Overseas Arbitration – Muddy Waters in the Arbitration Act 1996 », (1997) 13 Arb. Int. 431

Blessing, M., « Globalization (and Harmonization ?) of Arbitration », (1992) 9(1) J. Int. Arb. 79

Blessing, M., « The New International Arbitration Law in Switzerland », (1989) 5(2) J. Int. Arb. 9

Blondel, A., « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de Justice », dans *Recueil d'Études en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968, p. 201

Böckstiegel, K.-H., « An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law », (1998) 14 Arb. Int. 19

Böckstiegel, K.-H., « The Internationalisation of International Arbitration : Looking Ahead to the Next Ten Years » M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of International Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, London, Graham & Trotman, 1995, p. 71

Böckstiegel, K.-H., « The Relevance of National Arbitration Law for Arbitrations Under the UNCITRAL Rules », (1984) 1(3) J. Int. Arb. 223

de Boisséson, M., « La constitution du tribunal arbitral », Rev. arb. 1990.337

Bond, S.R., « How to Draft an Arbitration Clause », (1989) 6(2) J. Int. Arb. 65

Bond, S.R., « La nature des mesures provisoires et conservatoires », dans *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publication CCI n° 519, Paris, 1993, p. 22

Boulanger, J., « Principes généraux du droit et droit positif », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à George Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 51

Branson, C., « Interim Measures of Protection in a Changing International Commercial Arbitration World », (2002) 9 Croat. Arbit. Yrbk. 9

Branson, D., « The Ken-Ren Case : It is an Ado Where More Aid is Less Help », (1994) 10 Arb. Int. 313

Branson, D.J. et R.E. Wallace, « Court-Orderd Consolidation of Arbitration in the U.S. », (1988) 5(1) J. Int. Arb. 89

Bredin, J.-D., « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères/The New York Convention of June 10th 1958 for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », J.D.I. 1060.1002

Brierley, J.E.C., « Aspects of the Promise to Arbitrate in the Law of Quebec », (1970) 30 R. du B. 473

Brierley, J.E.C., « Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration », (1988) 40 Maine L. Rev. 287

Brierley, J.E.C., « De la convention d'arbitrage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2 (« Obligations, contrats nommés »), Québec, P.U.L., 1993, p. 1067

Brierley, J.E.C., « International Trade Arbitration : The Canadian Viewpoint », dans R.St.J. Macdonald, G.L. Morris et D.M. Johnston, dir., *Canadian Perspectives on International Law*, Toronto, U. of Toronto Press, 1974, p. 826

Brierley, J.E.C., « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] C.P. du N. 507

Brierley, J.E.C., « La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois ? », Rev. arb. 1975.154

Brierley, J.E.C., « Quebec Arbitration Law : A New Era Begins », (1985) 40 Arb. J. 31

Brierley, J.E.C., « Quebec's 'Common Laws' (*Droits Communs*) : How Many Are There ? », dans E. Capparos, *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 111

Brierley, J.E.C., « Quebec's New (1986) Arbitration Law », (1987) 13 Can. Bus. L.J. 58

Brierley, J.E.C., « Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage », (1987) 47 R. du B. 259

Briner, R., « Switzerland », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

Broches, A., « Commentary on the UNCITRAL Model Law », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

Broches, A., « The Convention on the Settlement of Investement Disputes Between States and Nationals of Other States », R.C.A.D.I. 1972.136.331

Brody, K.J., « An Argument for Pre-Award Attachment in International Arbitration Under the New York Convention », (1985) 18 Cornell Int'l L.J. 99

Brower, C.N. et W.M. Tupman, « Court-Ordered Provisional Measures Under the New York Convention », (1986) 90 Am. J. Int'l L. 24

Brown, L.N., « General Principles of Law and the English Legal System », dans M. Cappelletti, dir., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978, p. 174

Burnardm R., « The New Zealand Law Commission Report on the UNCITRAL Model Law », (1992) 8 Arb. Int. 281

C.O. Branson, « The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada », (2000) 16 Arb. Int. 19

Calvo, M.A., « The Challenge of ICC Arbitrators – Theory and Practice », (1998) 15(4) J. Int. Arb. 63

Caminos, H., « The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration », (1988) 3 ICSID Rev. – Foreign Inv. L.J. 107

Capatina, O., « L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire internationale », J.D.I. 1984.549

Capotorti, F., « Cours général de droit international public », R.C.A.D.I. 1994.248.1

Carabiber, C., « Conditions of Development of International Commercial Arbitration », dans M. Domke, dir., *International Arbitration – A Road to Worlwide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 149

Carabiber, Ch., « L'évolution de l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 1960.99.119

Carbonneau, T., « Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention » (1998) 6 Tulane J. of Int'l & Comp. Law 277

Carbonneau, T.E., « Mitsubishi : The Folly of Quixotic Internationalism », (1986) 2 Arb. Int. 116

Carey, P.W.G., « International Commercial Arbitration in Ontario : A Judicial Shift in Perspective », (1996), 11(9) Mealey's Int. Arb. Rep.

Carter, J.H., « The Enforcement of Agreements to Arbitrate and Arbitral Awards in Canada and the United States : Domestic and International », (1991) 17 Can-U.S. L.J. 481

Castel, J.-G., « Canada and International Arbitration », (1981) 36(1) Arb. J. 5

Castel, J.-G., « Quelques questions de procédure en droit international privé québécois », (1971) 31 R. du B. 134

Castel, J.-G., « The Enforcement of Agreements to Arbitrate and Arbitral Awards in Canada », (1991) 17 Can-U.S. L.J. 491

Chiasson, E.C. et M. Lalonde, « Recent Canadian Legislation on Arbitration », (1986) 2 Arb. Int. 370

Chiasson, E.C., « Canada No Man's Land No More », (1986) 3(1) J. Int. Arb. 67

Chiu, J.C., « Consolidation of Arbitral Proceedings in International Commercial Arbitration », (1990) 7(2) J. Int. Arb. 53

Chukwumerije, O., « Judicial Supervision of Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1996 », (1999) 15 Arb. Int. 171

Clavel, S., « *Anti-Suit Injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001.669

Claxton, B., « Commercial Arbitration Under Canadian Law », (1943) 21 R. du B. can. 171

Clère, J.-J., « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », Rev. arb. 1981.3

Cliche, B. et D. Ferland, « Chapitre III – Injonction », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile*, 3e éd., vol. 2, Cowansvile, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 340

Cobb, M.B., « The Development of Arbitration in Foreign Investment », (2001) 16(4) Mealey's Int. Arb. Rep. 48

Cobb, Matthew B., « Article 16(1) of the UNCITRAL Model Law: The Related Doctrines of Kompetenz-Kompetenz and Separability », (2001) 16(6) Mealey's Int. Arb. Rep. 32

Cogan, B.M. et D.A. Sifre, « United States Federal Courts : No Longer Available to Compel Discovery in Connection With Non-United States Arbitrations », (1999) 10 Am. Rev. Int'l Arb. 19

Cohen, D., note sous Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, J.D.I. 2002.498

Cohen, G., « La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères », (1987) 47 R. du B. 435

Cohen, S., « Note : International Commercial Arbitration : A Comparative Analysis of the United States System and the UNCITRAL Model Law », (1986) 12 Brooklyn J. Int'l L. 703

Colas, E., « Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau », (1968) 28 R. du B. 129

Colbran, S., « Security for Costs in Arbitration Proceedings in England, New Zealand and Australia », (1993) 9 Arb. Int. 85

Collins, L., « Provisional and Protective Measures in International Litigation », (1992) 234 R.C.A.D.I. 9

Collins, M., « Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings », (1995) 30 Tex. Int. L.J. 121

Contini, P., « International Commercial Arbitration – The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », (1959) Am. J. Comp. L. 283

Côté, P.-A., « L'interprétation des lois, une création sujette à des contraintes », (1990) 50 R. du B. 329

Côté, P.-A., « La notion d'interprétation manifestement déraisonnable – Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation », dans Conférence des juristes de l'État, *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 107

Craig, W.L., « Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 1

Crawford, J.F. et R.L. Feldman, « American Perceptions of London as a Situs for International Commercial Arbitration », (1986) 2 Arb. Int. 232

Cremades, B.M., « Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced Through a Revision of the New York Convention ? », (1989) 6(3) J. Int. Arb. 105

Croft, C., « Australia Adopts the UNCITRAL Model Law », (1989) 5 Arb. Int. 189

Cromwell, T.K., « The Role of Federal Courts in Assisting International Arbitration », [2000] J. Disp. Resol. 177

Dassule, M., « Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence », Rev. arb. 2003.65

Davenport, B., « The Ken-Ren Case : Much Ado About Nothing Very Much », (1994) 10 Arb. Int. 303

David, R., « Unification des lois relatives à l'arbitrage », dans Institut international pour l'unification du droit privé, *L'unification du droit*, Rome, Éditions UNIDROIT, 1948

Davidson, P., « International Commercial Arbitration in Canada », (1991) 12 Nw. J. of Int'l L. & Bus. 97

De Gama e Souza, L. Jr., « Arbitrage commercial international – Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage », (1998) 32 R.J.T. 441

De Ly, F., « Judicial Review of the Decisions of the I.C.C. Court of International Arbitration », (1990) 7(1) J. Int. Arb. 153

Delaney-Beausoleil, K., « La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile*, 3e éd., vol. 2, Cowansvile, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 663

Delaume, G, « L'arbitrage transnational et les tribunaux américains », J.D.I. 1981.788

Delaume, G., « Court Intervention in Arbitral Proceedings », dans T. Carbonneau (ed.), *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration*, Charlottesville, 1984, p. 196

Delaume, G., « ICSID Arbitration and the Courts », (1983) 77 Am. J. Com. L. 784

Delaume, G., « L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux », J.D.I. 1984.521

Delvolvé, J.-L., « The Fundamental Right to Arbitration » M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of International Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, London, Graham & Trotman, 1995, p. 141

Demeyere, L., « 1998 Amendments to Belgian Arbitration Law : An Overview », (1999) 15 Arb. Int. 295

Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, « 1996 Report on the Arbitration Bill », (1997) 13 Arb. Int. 275

Deslauriers, P., « Le cautionnement pour frais des compagnies : critique d'une jurisprudence établie », [1994] R.D.J. 487

Devolvé, J.-L., « Multipartism : The *Dutco* Decision of the French Cour de cassation », (1993) 9 Arb. Int. 197

Diedrich, F., « Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation : Software Contracts and the CISG », (1996) 8 Pace Int'l L. Rev. 303

Dieryck, C., « Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1988.267

Dimolitsa, A., « Autonomie et *Kompetenz-Kompetenz* », Rev. arb. 1998.305

Dimolitsa, A., « Les points de divergence entre la nouvelle loi grecque sur l'arbitrage et la Loi-type CNUDCI », Rev. arb. 2000.227

Domke, M., « The United Nations Conference on International Commercial Arbitration », (1959) 53 Am. J. Int. L. 414

Donaldson, L.J., « Relationship Between the Courts and Arbitrator Under the European Common Law Systems », (1981) 47 Arbitration 73

Dorais, A., « L'arbitrage commercial – Développements législatifs », (1987) 47 R. du B. 273

Drahozal, C.R., « Enforcing Vacated International Arbitral Awards : Economic Approach », (2000) 11 Am. Rev. Int'l. Arb. 451

Drouillat, R., « L'intervention du juge dans la procéure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence) », Rev. Arb. 1980.253

Dumberry, P., « The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism – A Review of the Latest Case-Law », (2001) 2 J. of World Inv. 151

Dworkin, R.M., « The Model of Rules », (1967) 35 U. of Chicago L.R. 14

Eastman, Z.M., « NAFTA's Chapter 11 – For Who's Benefit ? », (1999) 16(3) J. Int. Arb. 105

Ebb, L., « Developing Views on What Constitutes a Foreign Arbitration and a 'Foreign Award' Under the New York Convention », (1990) 1 Am. Rev. Int'l. Arb. 364

Ebb, L.F., « Flight of Assets from the Jurisdiction 'In the Twinkling of a Telex' : Pre- and Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitration », (1990) 7(1) J. Int. Arb. 9

Eklund, C.D., « A Primer on the Arbitration of NAFTA Chapter Eleven Investor-State Disputes », (1994) 11(4) J. Int. Arb. 135

El-Ahdab, A.H., « The New Egyptian Arbitration Act in Civil and Commercial Matters », (1995) 12(2) J. Int. Arb. 65

El-Hakim, J., « Should the Key Terms Award, Commercial and Binding be Defined in the New York Convention ? », (1989) 6(1) J. Int. Arb. 161

Elliott, R., « Reference, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », (2001) 80 R. du B. can. 67

Emanuelli, Cl. et S. Slosar, « L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien », (1978) 13 R.J.T. 69

Enderlein, F., « Uniform Law and its Application by Judges and Arbitrators », dans UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique – Actes du 3ème Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé*, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 329

Felemegas, J., « The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Article 7 and Uniform Interpretation », Pace University Essay, 2001

Ferland, D., « Le recours en évocation est-il recevable pour contrôle la légalité d'une sentence d'un arbitre consensuel ? », (1986) 46 R. du B. 278

Ferland, Ph., « La controverse au sujet de la validité de la promesse d'arbitrage, appelée clause compromissoire », (1973) 33 R. du B. 136

Fernández Rozas, J.C., « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 2001.290.9

Ferrari, F., « Applying the CISG in a Truly Uniform Manner : *Tribunale di Vigevano* (Italy), 12 July 2000 », [2001] R.D.U. 203

Ferrari, F., « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », R.I.D.C. 1996.813

Fillion-Dufourleur, B. et Ph. Leboulanger, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », Rev. arb. 1994.665

Finlay, R.A., « Overview of Commercial Arbitration in Australia », (1987) 4(4) J. Int. Arb. 103

Fiss, O.M., « Objectivity and Interpretation », (1982) 34 Stan L.R. 739

Fitzmaurice, G., « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : Treaty Interpretation and Other Treaty Points », (1957) 33 B.Y.I.L. 203

Fitzpatrick, F.P., « Attachment Prior to the Enforcement of International Arbitral Awards Under the New York Convention », (1983) 7 Fordham Int'l. L.J. 556

Fitzpatrick, P., « Security for Costs Under the Arbitration Act 1996 », (1998) 1 Int. Arb. L. Rev. 139

Ford, C.A., « Judicial Discretion in International Jurisprudence : Article 38(1)(c) and General Principles », (1994) 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 35

Fortier, L.Y., « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : 'Beware, My Lord, of Jealousy' », (2001) 80 R. du B. can. 143

Fouchard, Ph., « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », Rev. arb. 1979.67

Fouchard, Ph., « L'arbitrage commercial international en France après le décret du 12 mai 1981 », J.D.I. 1982.374

Fouchard, Ph., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », dans *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 381

Fouchard, Ph., « L'assistance du Président du Tribunal de Grande Instance à la constitution du tribunal arbitral en matière internationale », Rev. arb. 1988.699

Fouchard, Ph., « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1965.99

Fouchard, Ph., « L'interprétation de la clause compromissoire sur les pouvoirs de désignation des arbitres par le tribunal », Rev. arb. 1980.73

Fouchard, Ph., « La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 30 janvier 1975) », Rev. arb. 1977.203

Fouchard, Ph., « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb. 1985.5

Fouchard, Ph., « La Loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. 1987.861

Fouchard, Ph., « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev. arb. 1997.329

Fouchard, Ph., « La réforme du droit de l'arbitrage international : spécificité de l'arbitrage international », Rev. arb. 1981.449

Fouchard, Ph., « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996.325

Fouchard, Ph., « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (À propos d'une jurisprudence récente) », Rev. arb. 1987.225

Fouchard, Ph., « Les travaux de la C.N.U.D.C.I. – Le règlement d'arbitrage », J.D.I 1979.816

Fouchard, Ph., « Nouvelles interventions du Président du tribunal de Grande Instance en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral », Rev. arb. 1987.179

Fouchard, Ph., « Nouvelles lois étrangères sur l'arbitrage », Rev. arb. 1995.549

Fouchard, Ph., « Où va l'arbitrage international ? », (1989) 34 R.D. McGill 435

Fouchard, Ph., « Quand un arbitrage est-il international ? », Rev. arb. 1970.59

Fouchard, Ph., dir., *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000

Fouchard, Ph., note sous Paris, 29 mars 2001, *National Iranian Oil Company (NIOC)* c. *État d'Israël*, Rev. arb. 2002.427

Fouchard, Ph., note sous Cass. civ. 1ère, 5 janvier 1999, *Zanzi* c. *de Coninck*, Rev. arb. 1999.260

Fouchard, Ph., note sous Cass. civ. 1re, 1er décembre 1999, *Société Métu System France* c. *Société Sulzer*; *Société Exportles* c. *Société Rusbois*, Rev. arb. 2000.96

Fouchard, Ph., note sous Paris, 21 février 1980, *General National Maritime Transport Co.* c. *Götaverken*, J.D.I. 1980.660

Fraser, D., « English Arbitration Act 1996 : Arbitration of International Commercial Disputes Under English Law », (1997) 8 Am. Rev. Int'l Arb. 1

Freyer, D.H. et H.G. Ghavari, « Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards : From 'Double Exequatur' to the Enforcement of Annulled Awards : A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity », (1998) 13 ICSID Rev. – For. Inv. L.J. 101

Friedland, P.D., « ICSID and Court-Ordered Provisional Remedies : An Update », (1988) 4 Arb. Int. 161

Friedland, P.D., « Provisional Measures in ICSID Arbitration », (1986) 2 Arb. Int. 335

Frowein, J.A., « Federal Republic of Germany », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 63

Gagnon, P., « The Constitution of the Arbitral Tribunal » (1991) 22 R.G.D. 445

Gaillard, E., « A Foreign View of the New Swiss Law on International Arbitration », (1988) 4 Arb. Int. 25

Gaillard, E., « *Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège: une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », J.D.I. 2003.1105

Gaillard, E., « Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 2004.47

Gaillard, E., « L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986) », Rev. arb. 1987.275

Gaillard, E., « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387

Gaillard, E., « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », dans *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203

Gaillard, E., « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990.759

Gaillard, E., « Refus d'exécution aux États-Unis de sentences annulées dans l'État d'origine », Rev. arb. 2000.287

Gaillard, E., « The Negative Effect of Competence-Competence », (2002) 17(1) Mealey's Int. Arb. Rep. 27

Gaillard, E., « Trente ans de Lex Mercatoria – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995.7

Gaillard, E., « Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts », (1999) 27 Int. Bus. Law. 21

Gaillard, E., note sous Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1993, *Comité populaire de la Municipalité de Kohms El Mergeb* c. *Sté Dalico Contractors*, J.D.I. 1994.432

Gaillard, E., note sous Paris, 26 juin 2001, *Société American Bureau of Shipping (ABS)* c. *Copropriété maritime Jules Verne*, Rev. arb. 2001.529

Garant, P., « Commentaire de l'arrêt Sport Maska c. Zittrer », (1989) 68 R. du B. can. 166

Gardiner, R., « Treaty Interpretation in English Courts – *Antwerp United Diamond* v. *Air Europe* », [1994] L.M.C.L.Q. 184

Gardiner, R., « Treaty Interpretation in the English Courts Since *Fothergill* v. *Monarch Airlines* (1980) », (1995) 44 I.C.L.Q. 620

Gardner, R.N., « Economic and Political Implications of International Commercial Arbitration », dans M. Domke, dir., *International Trade Arbitration – A Road to World-Wide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 15

Garfinkel, B.H. et J. Gardiner, « A Blow to the New York Convention ? United States Courts Refuse to Enforce Awards That Have Been Nullified in the Country of Origin », (2000) 15(2) Mealeys' Int. Arb. Rep. 34

Gastambide, Ph., « La loi anglaise de 1979 sur l'arbitrage », Rev. arb. 1979.447

Gaudemet-Tallon, H., note sous Cass. civ. 1ère, 20 décembre 1993, *Comité populaire de la Municipalité de Kohms El Mergeb* c. *Sté Dalico Contractors*, Rev. arb. 1994.116

Gaudemet-Tallon, H., note sous Cass. civ. 1ère, 6 mars 1990, *Horeva* c. *Sitas*, Rev. arb. 1990.633

Glenn, H.P., « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », (2001) 80 R. du B. can. 151

Glenn, H.P., « Prorogation volontaire et compétence internationale », (1977) 23 R.D. McGill 125

Glenn, H.P., « The Use of Comparative Law by Common Law Courts in Canada », dans Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, *Droit contemporain – Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 85

Godron, J., « La clause compromissoire dans les rapports internationaux devant les Tribunaux français », J.D.I. 1919.57 et J.D.I 1919.654

Goldman, B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », (1964) IX Arch. phil. dr. 177

Goldman, B., « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », J.D.I. 1979.475

Goldman, B., « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », Rev. arb. 1981.469

Goldman, B., « Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international », Rev. arb. 1980.323

Goldman, B., « The Complementary Role of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective », dans International Chamber of Commerce, *60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future*, Paris, ICC Publishing, 1984, p. 257

Goldman, Cl., « Mesures provisoires et arbitrage international », R.D.A.I. 1993.3

Goldstein, M.J., « Interpreting the New York Convention – When Should an Interlocutory Arbitral 'Order' be Treated as an 'Award' ? », Bull. A.S.A. 2000.830

Goode, R., « The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration », (1992) 8 Arb. Int. 1

Graham, W.C., « The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada : A Preliminary Reaction », (1987) 13 Can. Bus. L.J. 2

Grandjean, Ph., « La durée de la mission des arbitres », Rev. arb. 1995.39

Gregory, J.D., « International Commercial Arbitration : Comments on Professor Graham's Paper », (1987) 13 Can. Bus. L.J. 42

Grigera Naón, H.A., « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », R.C.A.D.I. 2001.289.9

Groffier, E., « Jurisprudence récente en matière d'arbitrage », (1983) 43 R. du B. 928

Groffier, E., « La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats », (1977) 8 R.D.U.S. 74

Gross, P., « Competence of Competence : An English View », (1992) 8 Arb. Int. 205

Guastini, R., « Interprétation et description des normes », dans P. Amselek, dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995

Gueorguiev, E., « La loi bulgare sur l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1996.39

Haigh, D.R., A.K. Kuntezki et C.M. Anthony, « International Commercial Arbitration and the Canadian Experience », (1995) 34 Alta L. Rev. 137

Haines, A.D., « Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire », Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. prél. No. 18, février 2002

Hanotiau, B. et G. Block, « The Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation », (1999) 15 Arb. Int. 97

Hanotiau, B., « Arbitration and Bank Guarantees – An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes », (1999) 16(4) J. Int. Arb. 15

Hanotiau, B., « Complex – Multicontract-Multiparty – Arbitrations », (1998) 14 Arb. Int. 369

Hanotiau, B., « L'arbitrabilité », R.C.A.D.I. 2002.296.29

Hanotiau, B., « L'arbitrabilité et le *favor arbitrandum* : un réexamen », J.D.I. 1994.899

Hanotiau, B., « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties Issues – An Analysis », (2001) 18(3) J. Int. Arb. 251

Harjani, S.R., « The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in the United States Courts », (2000) 23 Hous. J. Int'l L. 49

Hartley, T.C., « Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », (1987) 35 A.J.I.L. 487

Hascher, D., « Consolidation of Arbitration by American Courts : Fostering or Hampering International Commercial Arbitration ? », (1984) 1(2) J. Int. Arb. 127

Hascher, D., « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », R.C.A.D.I. 1999.279.51

Hascher, D., note sous *Ordonnance rendue dans l'affaire n°* 6401, J.D.I. 1995.1065

Hascher, D.T., « European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary », (1995) XX Yearbook Com. Arb. 1006

Hausmaninger, Ch., « The ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure : A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration ? », (1992) 7 ICSID Rev. – For. Inv. L.J. 82

Herrmann, G., « Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration ? – The 1998 Freshfields Lecture », (1999) 15 Arb. Int. 211

Herrmann, G., « For an UNCITRAL Model Restatement of Arbitration Law in the United Kingdom », (1988) 4 Arb. Int. 62

Herrmann, G., « The Role of the Courts Under the UNCITRAL Model Law Script », dans J.D.M. Lew, dir., *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, School of International Arbitration, 1986, p. 164

Herrmann, G., « The UNCITRAL Arbitration Law : A Good Model of a Model Law », (1999) 3(2) M.A.L.Q.R. 1

Herrmann, G., « The UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Its Salient Features and Prospects », dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 351

Higgins, R., « International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes – General Course on Public International Law », R.C.A.D.I. 1991.230.1

Higgins, R., « United Kingdom », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 123

Hilaire, J., « L'arbitrage dans la période moderne (XIV^{e}-XVIII^{e} siècle) », Rev. arb. 2000.187

Hoellering, M.F., « Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration : The AAA's Experience », (1992) 47 Arb. J. 40

Hoellering, M.F., « Interim Measures and Arbitration : The Situation in the United States », (1991) 46 Arb. J. 22

Hoellering, M.F., « Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration », [1984] Wis. Int'l L.J. 1

Holmes, S.A., « Pre-Award Attachment Under the U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », (1981) 25 Va. J. Int'l L. 785

Holtzmann, H., « L'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale », Rev. arb. 1978.253

Holtzmann, H., « The Conduct of Arbitral Proceedings », dans P. Sanders, dir., *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, ICCA Congress Series No. 2, 1984, p. 159

Holtzmann, H.H., « A Task for the 21st Century : Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995

Honnold, J., « The Sales Convention in Action – Uniform International Words : Uniform Application ? », (1988) 8 J. of L. & Com. 207

Honnold, J., « The United States Uniform Commercial Code : Interpretation by the Courts of the State of the Union », dans UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique – Actes du 3ème Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé*, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 181

Horlick, G.N. et A.L. Marti, « NAFTA Chapter 11B – A Private Right of Action to Enforce Market Access Through Investments », (1997) 14(1) J. Int. Arb. 43

Horning, R.A., « Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules (in toto) : Article 46 », (1998) 9 Am. Rev. Int'l Arb. 155

Horsman, G., « La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage », Rev. arb. 1999.475

Hory, A., « Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage », Rev. arb. 1996.191

Hory, A., note sous Cass. com., 29 juin 1999, *Société Firma Waibel* c. *Kaeuffer*, Rev. arb. 1999.817

Huber, S.K. et E.W. Trachte-Huber, « International ADR in the 1990's : the Top Ten Developments », (2001) 1 Hous. Bus. & Tax L.J. 184

Hunter, M., « Judicial Assistance for the Arbitrator », dans J. Lew, dir., *Contemporary Problems in Arbitration*, Londres, Scool of International Arbitration, 1986, p. 195

Hwang, M. et A. Chan, « The Role of Singapore Courts in Relation to International Commercial Arbitration », (1999) 16(4) J. Int. Arb. 101

Idot, L., note sous *Banque africaine de de développement* c. *BCCI*, 19 décembre 1995, J.D.I. 1997.1009

Jackson, B.S., « Structuralisme et 'sources du droit' », (1982) 27 Arch. phil. dr. 147

Jackson, J.H., « Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis », (1992) 86 A.J.I.L. 301

Jackson, Jr., J., « The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration : Scope, Application and Problems », (1991) 8(3) J. Int. Arb. 91

Jacob, I.H., « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 C.L.P. 23

Jacobs, F.G., « Varieties of approach to treaty interpretation : with special reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference on the Law of Treaties », (1969) 18 I.C.L.Q. 318;

Jaffe, L.L. et E.G. Henderson, « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins », (1956) 72 L.Q.R. 345

Jalet, F.T.J., « Judicial Review of Arbitration : The Judicial Attitude », (1960) 45 Cornell L.Q. 519

Jalili, M., « *Kompetenz-Kompetenz* : Recent U.S. and U.K. Developments », (1996) 13(4) J. Int. Arb. 169

Jarrosson, Ch., « La résolution du Parlement européen sur la promotion de l'arbitrage », Rev. arb. 1995.355

Jarrosson, Ch., « Le référé pré-arbitral de la CCI n'est pas un arbitrage : le recours en annulation formé contre l'ordonnance rendue par le tiers est irrecevable », note sous Paris, 29 avril 2003, *Société nationale des pétroles du Congo et République du Congo* c. *Société Total Fina Elf E & P Congo*, Rev. arb. 2003.1296

Jarrosson, Ch., « Les frontières de l'arbitrage », Rev. arb. 2001.5

Jarrosson, Ch., « Réflexions sur l'*imperium* », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991

Jarvin, S., « Canada's Determined Move Towards International Commercial Arbitration », (1986) 3(3) J. Int. Arb. 111

Jarvin, S., « Consolidated Arbitrations, the New York Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 », (1987) 2 Arb. Int. 254

Jarvin, S., « Is Exclusion of Concurrent Courts' Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced by a Revision of the Convention ? », (1989) 6(1) J. Int. Arb. 171

Jarvin, S., « La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage », Rev. arb. 2000.27

Jarvin, S., « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », Rev. arb. 1998.611

Jarvin, S., « Multi-Party Arbitration : Identifying the Issues » (1986-87) 8 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 317

Jeanclos, Y., « La pratique de l'arbitrage du XII^{e} au XV^{e} siècle – Éléments d'analyse », Rev. arb. 1999.417

Jeantet, F.C., note sous Paris, 21 février 1980, *General National Maritime Transport Co.* c. *Götaverken*, Rev. arb. 1980.524

Jestaz, Ph., « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », (1996) 27 R.G.D. 5

Jestaz, Ph., « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », (1993) 92 R.T.D. civ. 73

Jobin, P.-G., « Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation », (1997) 38 C. de D. 477

Jolivet, E., « La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria* », Gaz. Pal., Rec. bim. 2001.36

Jones, W.C., « History of Commercial Arbitration in England and the United States : A Summary View », dans M. Domke, dir., *International Trade Arbitration – A Road to World-Wide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 127

Joyal, F., « Le principe de la primauté de la législation fédérale en droit constitutionnel canadien », (1993) 27 R.J.T. 109

Kahn, Ph., « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », J.D.I. 1989.305

Kapeliuk-Klinger, D., note sous *Coppée Lavalin S.A./N.V.* c. *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Limited*, Rev. arb. 1995.525

Kaplan, N., « Arbitration in Hong Kong », (1986) 3(4) J. Int. Arb. 7

Kaplan, N., « Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice ? », (1996) 12 Arb. Int. 27

Kaplan, N., « The Model Law in Hong Kong – Two Years On », (1992) 8 Arb. Int. 223

Karrer, P.-A., « Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale », R.D.A.I. 1989.761

Kastely, A.H., « Unification and Community : A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention », (1988) 8 Northwestern J. of Int. L. & Bus. 574

Katzenbach, N., « Business Executives and Lawyers in International Trade », dans International Chamber of Commerce, *60 Years of ICC Arbitration – A Look at the Future*, Paris, ICC Publishing, 1984, p. 67

Kaufmann-Kohler, G., « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation – Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage », Rev. arb. 1998.517

Kelsen, H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », R.C.A.D.I. 1925.14.227

Kerr, M., « Arbitration and the Courts : The UNCITRAL Model Law », (1985) 34 I.C.L.Q. 1

Kessedjian, C., « Mesures provisoires et conservatoires – À propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international », J.D.I. 1997.110

Kessedjian, C., « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et comparé », Conférence de La Haye de droit international privé, Exécution des jugements, Doc. prél. No. 10, 1998

Kierstead, S., « Referral to Arbitration Under Article 8 of the UNCITRAL Model Law : The Canadian Approach », (1998) 31 Can. Bus. L.J. 98

Kirry, A., « Arbitrability : Current Trends in Europe », (1996) 12 Arb. Int. 113

Knoepfler, F., « Les mesures provisoires et l'arbitrage international », dans Kellerhals, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Europainstitut, Zurich, 1997, p. 307

Koh, H.H., « The 1998 Frankel Lecture : Bringing International Law Home », (1998) 35 Hous. L. Rev. 623

Kolkey, D.M., « Reflections on the U.S. Statutory Framework for Interntational Commercial Arbitration : Its Scope, Its Shortcomings, and the Advantages of U.S. Adoption of the UNCITRAL Model Law », (1990) 1 Am. Rev. Int'l Arb. 491

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L., « Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec », (1968) 3 R.J.T. 143

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L., « International Commercial Arbitration Laws in Canada : Recent Legislation (Ontario and Saskatchewan) », (1988) 5(4) J. Int. Arb. 165

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L., « International Commercial Arbitration Laws in Canada – Adaptation of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration », (1988) 5(5) J. Int. Arb. 43

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L., « International Commercial Arbitration in the Common Law Provinces of Canada », (1989) 44 Arb. L.J. 14

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L., « L'adaptation de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans les provinces de common law au Canada », Rev. arb. 1989.37

La Forest, G.V., « May the Provinces Legislate in Violation of International Law ? », (1961) 39 R. du B. can. 78

La Forest, G.V., « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues », (1996) 34 Ann. can. dr. int. 89

Lalive, P., « L'importance de l'arbitrage commercial international », dans N.Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 15

Lalive, P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb. 1986.329

Lalive, P., « The Internationalisation of International Arbitration : Some Observations » M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of International Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, London, Graham & Trotman, 1995, p. 49

Lalonde, M., « Canada », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. I, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

Lalonde, M., « Nomination des arbitres et procédure d'arbitrage », [1987] C.P. du N. 573

Lalonde, M., « The New Environment for Commercial Arbitration in Canada », [1988] Rev. Int'l Bus. Law 963

Lalonde, M., J.N. Buchanan et J.C. Ross, « Domestic and International Commercial Arbitration in Quebec : Current Status and Perspectives for the Future », (1985) 45 R. du B. 705

Laskin, B., « The Role and Functions of Final Appellate Courts : The Supreme Court of Canada », (1975) 53 R. du B. can. 469

Lastenouse, P., « Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it From the International Scene », (1999) 16(2) J. Int. Arb. 25

Lauterpacht, H., « Règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1937.62.95

Lauterpacht, H., « Restrictive Interpration and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties », (1949) 26 B.Y.I.L. 48

Lawson, G.,« A Farewell to Principles », (1997) 82 Iowa L. Rev. 893

Leboulanger, Ph., « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rev. arb. 1999.541

Leboulanger, Ph., « Multi-Contract Arbitration », (1996) 13(4) J. Int. Arb. 43

Leboulanger, Ph., note sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2000, *Société Creighton* c. *Ministère des Finances de l'État du Qatar*, Rev. arb. 2001.114

Lefebvre G., et E.S. Darankoum, « La vente internationale de marchandises : la Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles », dans D.-Cl. Lamontagne, dir., *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999

Lemaire, A., « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : Le Chapitre 11 de l'ALÉNA », Rev. arb. 2001

Leurent, B., « Perspective d'évolution du droit français de l'arbitrage : l'intervention du juge », Rev. arb. 1992.303

Leurent, B., « Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards », (1996) 12 Arb. Int. 269

Lionnet, K., « Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalized or Unified ? The Answer of the UNCITRAL Model Law », (1991) 8(3) J. Int. Arb. 5

Lionnet, K., « The UNCITRAL Model Law : A German Perspective », (1990) 6 Arb. Int. 343

Llewellyn, K., « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Construed », (1950) 3 Vand. L. Rev. 395

Loquin, E., « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », dans *Juris-Classeur de procédure civile*, t. 8, Paris, Éditions du Jusris-Classeur, 2001, fasc. 1034

Loquin, E., « Perspectives pour une réforme des voies de recours », Rev. arb. 1992.321

Loquin, E., note sous Cour supérieure du Québec, *Air France* c. *MBaye*, R.T.D. com 2001.66

Loquin, E., note sous Paris, 1er juin 1999, *Sté Romanian Air Transport* c. *Sté The Levant Shipping Company (Khayat travel and tourisms)*, J.D.I. 2000.370

Loquin, E., note sous Versailles, 14 nov. 1996, *Sté Sincelle* c. *Bourrey*, R.T.D. com. 1997.234

Loquin, E., note sous Versailles, 7 mars 1990, *OIAETI et Sofidif* c. *COGEMA, SERV, Eurodif, CEA*, Rev. arb. 1991.326

Lörcher, G., « The New German Arbitration Act », (1998) 15(2) J. Int. Arb. 85

Lord Devaird, « Scotland and the UNCITRAL Model Law – The Report to the Lord Advocate of the Scottish Advisory Committee on Arbitration Law », (1990) 6 Arb. Int. 63

Lord Justice Mance, « Foreign and Comparative Law in the Courts », (2001) 36 Tex. Int. L.J. 415

Lord Justice Mustill, « A New Arbitration Act for the United Kingdom ? The Response of the Departmental Advisory Committee to the UNCITRAL Model Law », (1990) 6 Arb. Int. 2

Lord Reid, « The Judge as a Law Maker », (1972) 12 J.S.P.T.L. 22

Lorenz, W., « General Principles of Law : Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », (1964) 13 Am. J. of Comp. L. 1

Loungnarath, V., « L'incidence de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis sur le développement de la paradiplomatie provinciale », (1992) 26 R.J.T. 301

Loungnarath, V., « L'intégration juridique dans la zone ALÉNA : un chantier axé sur le processus », (2001) 61 R. du B. 3

Loungnarath, V., « Les implications constitutionnelles, pour le Canada, d'un éventuel partenariat avec un Québec souverain », (1998) 39 C. de D. 753

Loussouan, Y., « La réforme du droit de l'arbitrage : les voies de recours », Rev. arb. 1980.671

Lurie, P.M. et D.A. Howard, « Limitations on the Ability to Obtain Discovery in International Arbitration from Non-Parties Located in the U.S. », (2000) 17(3) J. Int. Arb. 55

Lutz, R.E , « International Arbitration and Judicial Intervention », (1988) 10 Loy. L.A. Int. & Comp. L.J. 621

Lynch, K., « Security for Costs in Domestic and International Arbitration in England and Hong Kong », (1995) 12(2) J. Int. Arb. 17

Lyons, D., « Formal Justice and Judicial Precedent », (1985) 38 Vand. L.R. 495

Mann, F.A., « Dispute by Silence ? », (1982) 98 L.Q.R. 530

Mann, F.A., « England Rejects 'Delocalised' Contracts and Arbitration », (1984) 33 I.C.L.Q. 358

Mann, F.A., « *Lex Facit Abitrum* », (1986) 2 Arb. Int. 241

Mann, F.A., « Uniform Statutes in English Law », dans F.A. Mann, *Further Studies in International Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 270

Marchac, G., « Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules », (1999) 10 Am. Rev. Int'l Arb. 123

Marquis, L., « Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales : un regard sur les impressions dégagées par les premières esquisses jurisprudentielles », dans Barreau du Québec (Service de formation permanente), *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 65

Marquis, L., « L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'art. 944.10 C.P.C. », (1991-92) 22 R.D.U.S. 219

Marquis, L., « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », R.I.D.C. 1993.577

Marquis, L., « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », (1990) 21 R.D.U.S. 303

Marquis, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 R.D. McGill 448

Mason, K., « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1983) 57 A.L.J. 449

Massé, G., « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 R. du B. 659

Mayer, P., « Imperium des arbitres et mesures provisoires », dans J. Haldy, J.-M. Rapp et P. Ferrari, dir., *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999

Mayer, P., « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I. 1989.217.319

Mayer, P., « Seeking the Middle Ground of Court Control : A Reply to I.N. Duncan Wallace », (1991) 7 Arb. Int. 311

Mayer, P., « The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 37

Mayer, U.C., « The Enforcement of Annulled Arbitral Awards : Towards a Uniform Judicial Interpretation of the 1958 New York Convention », R.D.U. 1998.583

Maziou, K. et A. Mezghani, « Le Code tunisien de l'arbitrage », Rev. arb. 1993.521

McDonell, N.E., « The Availability of Provisional Relief in International Commercial Arbitration », (1984) 22 Colum. J. Transnat'l. L. 273

Melis, W., « Arbitration and the Courts », dans P. Sanders, dir., UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 2, Kluwer, 1984, p. 83

Mendes, E.P., « Canada : A New Forum to Develop the Cultural Psychology of International Commercial Arbitration », (1986) 3(3) J. Int. Arb. 71

Mendez, F.R., « Arbitrage international et mesures conservatoires », Rev. arb. 1985.51

Miers, D., « Legal Theory and the Interpretation of Statutes », dans W. Twinning, dir., *Legal Theory and the Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986

Moreau, B., « L'intervention du tribunal au cours de la procédure en droit français et droit comparé », Rev. arb. 1978.323

Moreau, B., « L'intervention du tribunal de grande instance dans la constitution du tribunal arbitral », Rev. arb. 1983.479

Moreau, B., note sous Ord. Prés. Trib. gr. inst. Paris, 22 novembre 1989, *Société Acteurs Auteurs Associés (A.A.A.)* c. *Société Hemdale Film Corp.*, Rev. arb. 1990.693

Morgan, W.G.O., « Discovery in Arbitration », (1986) 3(3) J. Int. Arb. 9

Mosler, H., « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », R.C.A.D.I. 1957.91.614

Motulsky, H., « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire » et « Question préalable et question préliminaire en matière de compétence arbitrale », dans *Ecrits – Vol. II – Ecrits et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 189 et 208

Motulsky, H., « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », Rev. arb. 1959.3

Muir Watt, H., « Les principes généraux en droit international privé français », J.D.I. 1997.403

Munday, R.J.C., « The Uniform Interpretation of International Conventions », (1978) 27 I.C.L.Q. 450

Murray, J., « The UNCITRAL Model Law and Judicial Control of Arbitration in Scotland », (1993) 9 Arb. Int. 97

Mustill, M., « La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : philosophie, inspiration, aspiration », Rev. arb. 1997.29

Mustill, M., « The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-Five Years », (1988) 4 Arb. Int. 86

Mustill, M.J., « Arbitration : History and Background », (1989) 6(2) J. Int. Arb. 43

Nappert, S., « The House of Lords on Security for Costs and ICC Arbitration : *Coppée Lavalin S.A./N.V.* v. *Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Limited*, (1994) 73 R. du B. can. 582

Nariman, F.S., « The Spirit of Arbitration – The Tenth Goff Lecture », (2000) 16 Arb. Int. 261

Neill, P., « New Zealand and the UNCITRAL Model Law », (1990) 6 Arb. Int. 271

Newman, L.W. et R. Castilla, « Production of Evidence Through U.S. Courts for Use in International Arbitration », (1992) 9(2) J. Int. Arb. 61

Nicklisch, F., « Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects », (1994) 11(4) J. Int. Arb. 57

Noecker, Th. et M.K. Hentzen, « The New Legislation on Arbitration in Canada », (1988) 22 Int. Lawyer 829

Normand, J., note sous CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden Maritime BV* c. *Deco-Line*, et Cass. civ. 1ère, 13 avril 1999, *Bachy* c. *Soc. Bebetoes*, R.C.D.I.P., 1999.340

Normandin, P., « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine du 'forum non conveniens' », (1987) 47 R. du B. 469

Nussbaum, A., « Treaties on Commercial Arbitration – A Test of International Private-Law Legislation », (1942) 56 Harv. L.R. 219

O'Connor, J.G., « Maritime Arbitration Without Consent – Vouching, Consolidation and Self-Execution – Will the New York Practice Migrate to Canada ? », (1993) 10(2) J. Int. Arb. 161

Okekeifere, A.I., « International Commercial Arbitration and the UNCITRAL Model Law Under Written Federal Constitutions – Necessity Versus Constitutionality in the Nigerian Legal Framework », (1999) 16(2) J. Int. Arb. 49

Okekeifere, A.I., « Commercial Arbitration as the Most Effective Dispute Resolution Method ? Still a Fact or Now a Myth », (1998) 15(4) J. Int. Arb. 81

Okekeifere, A.I., « Stay-of-Court Proceedings Pending Arbitration in Nigerian Law », (1996) 13(3) J. Int. Arb. 119

Okekeifere, A.I., « The UNCITRAL Model Law and the Problem of Delay in International Commercial Arbitration », (1997) 14(1) J. Int. Arb. 125

Oppetit, B., « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », Rev. arb. 1977.315

Oppetit, B., « L'arbitrage et les contrats internationaux à long terme », Rev. arb. 1976.91

Oppetit, B., « La notion de source du droit et le droit du commerce international », (1982) 27 Arch. phil. dr. 44

Oppetit, B., « Les 'principes généraux' dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Cah. dr. ent. 1989.14

Oppetit, B., « Les principes généraux en droit international privé », Arch. phil. dr. 1987.179

Oppetit, B., note sous Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1981, *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.)* c. *République socialiste fédérale de Yougoslavie*, J.D.I. 1982.931

Oppetit, B., note sous Cass. civ. 1ère, *The General Authority for Supply Commodities Cairo-Estram* c. *Ipitrade International*, 20 mars 1989, J.D.I. 1989.1045

Ost, F. et M. van de Kerchove, « L'interprétation téléologique : un objectif clair et distinct ? », dans Association internationale de méthodologie juridique, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 303

Ouakrat, Ph., « L'arbitrage international et les mesures provisoires : étude générale », D.P.C.I. 1988.329

Pambo Tchivounda, G., « Le droit international de l'interprétation des traités à l'épreuve de la jurisprudence (réflexions à partir de la sentence rendue le 15 février 1985 par le tribunal arbitral pour la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau) », J.D.I. 1986.627

Papadatou, D., « L'arbitrage byzantin », Rev. arb. 2000.349

Park, W., « Control Mechanism in the Development of a Modern *Lex Mercatoria* », dans T.E. Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration – A Discussion of the New Law Merchant*, Dobbs Ferry, New York, 1990 p. 109

Park, W., « Determining Arbitral Jurisdiction : Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators », (1997) 8 Am. Rev. Int. Arb. 133

Park, W., « Duty and Discretion in International Arbitration », (1999) 93 A.J.I.L. 805

Park, W., « Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1979 », (1980) 21 Harv. Int. L.J. 87

Park, W., « The Arbitrability Dicta in *First Options* v. *Kaplan* : What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic ? », (1996) 12 Arb. Int. 137

Park, W.W. et J. Paulsson, « Arbitrage commercial et contrats internationaux », (1985) 45 R. du B. 215

Park, W.W., « Illusion and Reality in International Forum Selection », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 135

Park, W.W., « Judicial Controls in the Arbitral Process », (1989) 5 Arb. Int. 230

Park, W.W., « L'arbitrage et le recouvrement des prêts consentis à des débiteurs étrangers », (1992) 37 R.D. McGill 375

Park, W.W., « The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration », (1983) 32 I.C.L.Q. 21

Parra, A.R., « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investments Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investments », (1997) 12 ICSID Rev. – For. Inv. L.J. 287

Paterson, R.K., « Canadian Developments in International Arbitration Law : A Step Beyond Mauro Rubino-Sammartano's International Arbitration Law », (1991) 27 Willamette L. Rev. 573

Paterson, R.K., « Implementing the UNCITRAL Model Law – The Canadian Experience », (1993) 10(2) J. Int. Arb. 29

Paulsson, J., « Arbitration Unbound in Belgium », (1986) 2 Arb. Int. 68

Paulsson, J., « Delocalisation of International Commercial Arbitration : When and Why It Matters », (1983) 32 I.C.L.Q. 53

Paulsson, J., « *May* or *Must* Under the New York Convention : An Exercise in Syntax and Linguistics », (1998) 14 Arb. Int. 227

Paulsson, J., « Rediscovering the N.Y. Convention : Further Reflections on Chromalloy », (1997) 12(4) Mealey's Int. Arb. Rep. 20

Paulsson, J., « The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration », (1981) 21 Va. J. Int. L. 211

Paulsson, J.A.S., « The New York Convention's Misadventures in India », (1992) 7(6) Int'l Arb. Rep. 18

Peel, E., « Exclusive Jurisdiction Agreements : Purity and Pragmatism in the Conflict of Laws », [1998] L.M.C.L.Q. 182

Penny, M., « Letters of Request: Will a Canadian Court Enforce a Letter of Request from an International Arbitral Tribunal ? », (2001) 12 Am. Rev. Int'l Arb. 249

Pepper, R.A., « Why Arbitrate ? : Ontario's Recent Experience With Commercial Arbitration », (1998) 36 Osgoode Hall L.J. 807

Perelman, Ch., « La motivation des décisions de justice », dans Ch. Perelman et P. Foriers, dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 415

Perrot, R., « Arbitrage interne et arbitrage international – Les recours devant la Cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission ? », Rev. arb. 1987.107

Perrot, R., « Les voies de recours en matière d'arbitrage », Rev. arb. 1980.268

Perrot, R., « Mesures conservatoires et l'arbitrage », R.D.T. Civ. 1989.624

Pescatore, P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », R.I.D.C. 1980.337

Peter, W. et C. Freymond, « Article 180 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 379

Pew, C.E. et R.M. Jarvis, « Pre-Award Attachment in International Arbitration : The Law in New York », (1990) 7(3) J. Int. Arb. 31

Pic, P. et R. Boivin, « L'arbitrage international en Afrique – Quelques observations sur l'OHADA », (2002) 32 R.G.D. 847

Pic, P., « La liberté de parole de l'avocat dans la procédure arbitrale (à propos de deux jugements des 15 janvier et 9 mai 2001) », Gaz. Pal., n° 156-157, 5-6 juin 2002

Picard, M., « La clause compromissoire et l'arbitrage dans les rapports commerciaux internationaux », J.D.I. 1923.508

Pinsolle, Ph. et P. Griffin, « Quelques observations sur la loi irlandaise sur l'arbitrage international de 1998 », Rev. arb. 2000.615

Pinsolle, Ph., note sous Cour d'appel des États-Unis (7e circuit), 14 mars 2000, *Publicis Communication et Publicis SA* c. *True North Communications*, Rev. arb. 2000.657

Pinsolle, Ph., « Court Appointed Arbitrator : French Courts Expand Jurisdiction to Avoid Denial of Justice », (2002) 17(6) Mealey's Int. Arb. Rep. 35

Pinsolle, Ph, note sous *Air France* c. *Libyan Arab Airlines*, Cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, Bull. A.S.A. 2003.649

Pomerleau, M., « L'arbitrage interprovincial et international au Canada : aspects constitutionnel et législatif », Rev. arb. 1985.373

Poudret, J.-F. , « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? », Rev. arb. 1998.7

Poudret, J.-F., « Une action en constatation de droit au sujet de l'existence ou la validité d'une clause arbitrale est-elle recevable en droit fédéral ou cantonal ? », dans *Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65 Gebrutstag*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1994, p. 341

Price, D.M., « An Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement », (1993) 27 Int. Lawyer 727

Prujiner, A., « Compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec », (1999) 12(2) R.Q.D.I. 79

Prujiner, A., « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », (1992) 37 R.D. McGill 428

Prujiner, A., « L'exécution des jugements et des sentences », (1991) 22 R.G.D. 453

Prujiner, A., « L'exécution des sentences arbitrales internationales au Québec », dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Arbitrage commercial international (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, p. 289

Prujiner, A., « La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Article 8 de la Loi-type de la CNUDCI) », Rev. arb. 1994.569

Prujiner, A., « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », Rev. arb. 1987.425

Prujiner, A., « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 C. de D. 249

Prujiner, A., note sous Cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, *Compagnie nationale Air France* c. *MBaye*, Rev. arb. 2003.1365

Pryles, M., « Current Issues in International Arbitration in Australia », (1992) 9(4) J. Int. Arb. 57

Pryles, M., « Interlocutory Awards and Convention Awards : the Case of *Resort Condominiums* v. *Bolwell* », (1994) 10 Arb. Int. 385

Quigley, L.V., « Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », (1961) 70 Yale L.J. 1049

Raack, D.W., « A History of Injunctions in England Before 1700 », (1985-1986) 61 Ind. L.J. 539

Raghavan, V., « Heightened Judicial Review of Arbitral Awards – Perspectives From the UNCITRAL Model Law and the English Arbitration Act of 1996 on Some US Developments », (1998) 15(3) J. Int. Arb. 103

Ramaswamy, P., « Interim Measures of Protection Under the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996 », (1999) 15 Arb. Int. 399

Ramos-Mendez, F., « Arbitrage international et mesures provisoires », Rev. arb. 1985.51

Rand, I.C., « Some Aspects of Canadian Constitutionalism », (1960) 38 R. du B. can. 135

Rau, A.S. et E.F. Sherman, « Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure », (1995) 30 Tex. Int'l. L.J. 89

Rawlings, J., « A Mandatory Stay », (1997) 13 Arb. Int. 421

Redfern, A., « Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator », (1986) 3(1) J. Int. Arb. 19

Redfern, D.A., « Arbitration and the Courts : Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn », (1995) 20 Tex. Int'l L.J. 71

Reichert, K., « Ireland's New International Commercial Arbitration Law », (2000) 11 Am. Rev. Int'l Arb. 379

Reiner, A., « Les mesures provisoires et conservatoires et l'Arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI », J.D.I. 1998.853

Rémy, Ph., « Éloge de l'exégèse », (1985) 1 Droits 115

Reobuck, D., « The Myth of Judicial Jealousy », (1994) 10 Arb. Int. 395

Reymond, Cl., « Security for Costs in International Arbitration », (1994) 110 L.Q.R. 501

Reymond, Cl., « Where is an Arbitral Award Made ? », (1992) 108 L.Q.R. 1

Richardson, M., « Arbitration Law Reform : The New Zealand Experience », (1996) 12 Arb. Int. 57

Ripert, G., « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », R.C.A.D.I. 1933.44.565

Ris, M., « Treaty Interpretation and ICJ Recourse to *Travaux Préparatoires* : Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties », (1991) 14 Boston College Int. & Comp. L. Rev. 111

Rivkin, D.W. et B. Legum, « Attempts to Use Section 1782 to Obtain US Discovery in Aid of Foreign Arbitrations », (1998) 14 Arb. Int. 213

Rivkin, D.W. et F.L. Kellner, « In Support of the F.A.A. : An Argument Against the Adoption of the UNCITRAL Model Law », (1990) 1 Am. Rev. Int'l Arb. 535

Robert, J., « Introduction », Rev. arb. 1980.233

Robine, E., « What Companies Expect of International Commercial Arbitration », (1992) 9(2) J. Int. Arb. 31

Rodière, R., « Les principes généraux du droit privé français », R.I.D.C. (numéro spécial, 1980, vol. 2) 309

Roebuck, D., « Sources for the History of Arbitration », (1998) 14 Arb. Int. 237

Rogers, A., « The UNCITRAL Model Law : An Australian Perspective », (1990) 6 Arb. Int. 348

Rosenthal, M.S., « A Businessman Looks at Arbitration », dans M. Domke, dir., *International Trade Arbitration – A Road to World-Wide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958

Roth, M. et R. Happ, « Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law », R.D.U. 1997.700

Rubellin-Devichi, J., « De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie dans le jurisprudence récente », Rev. arb. 1981.29

Rubins, N., « In God We Trust, All Others Pay Cash : Security for Costs in International Commercial Arbitration », (2000) 11 Am. Rev. Int'l. Arb. 307

Ryck, J.-F., « L'accord sur le règlement des litiges entre états hôtes d'investissements arabes et ressortissants des autres États arabes et ses perspectives », Rev. arb. 1981.259

Sacerdoti, G., « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », R.C.A.D.I. 1997.269251

Samuel, A, « Arbitration Act 1979 – Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits in England », (1985) 2(4) J. Int. Arb. 53

Samuel, A., « The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate », (1992) 8 Arb. Int. 257

Sanders, P., « A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards », (1979) 13 Int. Law. 269

Sanders, P., « Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules », (1977) II Yearbook Com. Arb. 172

Sanders, P., « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », Rev. arb. 1980.238

Sanders, P., « Trends in the field of International Commercial Arbitration », R.C.A.D.I. 1975.145.205

Sanders, P., « Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law », (1995) 11 Arb. Int. 1

Sandrock, O., « The *Cautio Judicatum Solvi* in Arbitration Proceedings or the Duty of an Aliant Claimant to Provide Security for Costs of the Defendant », (1997) 14(2) J. Int. Arb. 17

Sareika, W., « La clause compromissoire et l'article 68 C.p.c. », (1977) 37 R. du B. 244

Saumier, G., « *Forum Non Conveniens* : Where Are We Now ? », (2000) 12 S.C.L.R. (2d) 122

Saumier, G., « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 R. du B. 145

Saumier, G., « The Recognition of Foreign Judgments in Quebec – The Mirror Crack'd », (2002) 81 R. du B. can. 677

Sayre, P.L., « The Development of Commercial Arbitration Law », (1928) 37 Yale L.J. 595

Schabas, W., « Twenty-Five Years of Public International Law at the Supreme Court of Canada », (2000) 79 R. du B. can. 174

Schaefer, J.K., « New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration : English, German and Hong Kong Law Compared », vol. 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, août 1998

Schlosser, P., « L'arbitrage et les voies de recours », Rev. arb. 1980.286

Schlosser, P., « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », Rev. arb. 1998.291

Schlosser, P., « La procédure des voies de recours en matière d'arbitrage – Étude de droit comparé », Rev. arb. 1978.345

Schlosser, P., « The Competence of Arbitrators and of Courts », (1992) 8 Arb. Int. 202

Schmertz, J.R. et M. Meier, « German State Supreme Court Considers British Anti-Suit Injunction as Violative of German Sovereignty », (1996) 2 Int'l L. Update 10

Schneider, M.E., « Article 184 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 433

Schneider, M.E., « L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire Hiscox v. Outhwaite », Bull. ASA 1991.279

Schreuer, C.H., « The Interpretation of Treaties by Domestic Courts », (1971) 45 B.Y.I.L. 255

Schwartz, E., « A Comment on *Chromalloy* : *Hilmarton* à l'américaine », (1997) 14(2) J. Int. Arb. 125

Schwartz, E.A. et R.B. Johnson, « Court-Assisted Discovery in Aid of International Commercial Arbitration – Two Recent US Cases Regarding the Applicability of 28 U.S.C. § 1782 », (1998) 15(3) J. Int. Arb. 53

Schwartz, E.A., « Multi-Party Arbitration and the ICC – In the Wake of *Ducto* », (1993) 10(3) J. Int. Arb. 5

Schwartz, E.A., « The ICC Arbitration Rules and the UNCITRAL Model Law », (1993) 9 Arb. Int. 231

Schwebel, S.M., « May Preparatory Work be Used to Correct Rather than Confirm the 'Clear' Meaning of a Treaty Provison ? », dans J. Makarczyk, dir., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 541

Schwebel, S.M., « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », dans M. Hunter, A. Marriott et V.V. Veeder, dir., *The Internationalisation of Arbitration – The LCIA Centenary Conference*, Dordrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 115

Semple, W.G., « The UNCITRAL Model Law and Provisional Measures in International Commercial Arbitration », [1994] A.D.R.L.J. 269

Shackleton, S.R., Case comment on *Lac d'Amiante du Canada LTEE v Lac d'Amiante du Quebec LTEE*, (2000) 3(1) Int. Arb. L. Rev. N6

Shackleton, S.R., note sous Cour supérieure du Québec, 15 février 2000, *Compagnie nationale Air France* c. *Libyan Arab Airlines*, (2002) 5(2) Int. Arb. L. Rev. N-24

Simon, D., « Y'a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », Droits 1991.72

Smit, H., « American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals : Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited », (1998) 25 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1

Smit, H., « American Judicial Assistance to International Arbitral Tribunals », (1997) 8 Am. Rev. Int'l Arb. 153

Smit, H., « Provisional Relief in International Arbitration : The ICC and Other Proposed Rules », (1990) 1 Am. Rev. Int'l Arb. 388

Smit, H., « The Fifth Circuit Joins the Second in Ruling Assistance Under U.S.C. § 1782 to be Unavailable to Private International Arbitral Tribunals », (1999) 10 Am. Rev. Int'l Arb. 99

Sørensen, M., « Principes de droit international public – Cours général », R.C.A.D.I. 1960.III.1

Sorieul, R., « Update on Recent Developments and Future Work by UNCITRAL in the field of International Commercial Arbitration », (2000) 17(3) J. Int. Arb. 163

Soubeyrol, J., « L'interprétation internationale des traités et la considération de l'intention des parties », J.D.I. 1958.686

Spitzer, J.-P., « Les principes généraux de droit communautaire dégagés par la Cour de Justice des communautés européennes », Gaz. Pal., Rec. bim., 27 nov. 1986, vol. 2, p. 732

St. John Sutton, D., « Hong Kong Enacts the UNCITRAL Model Law », (1990) 6 Arb. Int. 358

Stanford, M.J., « Unidroit », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 253

Staughton, C., « Arbitration – A View From the Bench », (1999) 15 Arb. Int. 315

Storme, M., « Belgium : A Paradise for International Commercial Arbitration », (1986) 14 Int. Bus. L.J. 294

Strupp, K., « Les règles générales du droit de la paix », R.C.A.D.I. 1934.47.255

Sturley, M.F., « International Uniform Laws in National Courts : The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation », (1986) 27 Va. J.Int'l L. 729

Sugunasiri, S.M., « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Justice Analysis and Accountability », (1999) 22 Dalhousie L.J. 126

Sugunasiri, S.M., « The Inherent Jurisdiction of Inferior Courts », (1991) 12 Adv. Q. 215

Sullivan, C.H., « United States Treaty Policy on Commercial Arbitration – 1920-1946 », dans M. Domke, dir., *International Arbitration – A Road to Worlwide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 35

Sullivan, R., « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 Ottawa L. Rev. 175

Szasz, I., « Introduction to the Model Law of UNICTRAL on International Commercial Arbitration », dans P. Sanders, dir., *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration – ICCA Congress Series No. 2*, The Hague, Kluwer 1984, p. 31

Sze-Kwok Wai, R., « Justice Gérard La Forest and the Internationalist Turn in Canadian Jurisprudence », dans R. Johnson, J.P. McEvoy, T. Kuttner et H.W. MacLauchlan, *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 2000

Tabalujan, B.S., « Singapore's Adoption of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Some Preliminary Observation », (1995) 12(2) J. Int. Arb. 51

Talpis, J.A. et J.-G. Castel, « Le Code civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicités des droits, droit international privé, droit transitoire »), Québec, P.U.L., 1993, p. 801

Tetley, W., « Canadian Arbitration Decisions 1986-1992 », [1993] L.M.C.L.Q. 238

Théry, Ph., note sous Cass. civ., 22 novembre 2001, *Thuillier* c. *Michelez*, Rev. arb. 2002.371

Thibault, J., « Le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec et son Règlement général d'arbitrage commercial », Rev. arb. 1994.69

Thirlway, H., « The Law and Practice of the International Court of Justice 1960-1989 – Part Two », (1990) 61 B.Y.I.L. 110

Thomas, D.B., « Interim Relief Pursuant to Institutional Rules Under the English Arbitration Act 1996 », (1997) 13 Arb. Int. 405

Thuilleaux, S. et D. Proctor, « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », (1992) 37 R.D. McGill 470

Toope, S.J., « Inside and Out : The Stories of International Law and Domestic Law », (2001) 50 R.D.U.N.-B. 11

Toope, S.J., « The Uses of Metaphor : International Law and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 R. du B. can. 534

Torres Bernárdez, S., « Interpretation of Treaties by the International Court of Justice Following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, The Hague, Kluwer, 1998

Tremblay, L.B., « La norme de retenue judiciaire et les « erreurs de droit » en droit administratif : une erreur de droit ? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme », (1996) 56 R. du B. 141

Tremblay, L.B., « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique », (1999) 42 R.I.E.J. 13

Tremblay, R., « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394 et 536

Tremblay, R., « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel », (1988) 91 R. du N. 246

Triepel, H., « Les rapports entre le droit interne et le droit international », R.C.A.D.I. 1923.1.73

Troper, M., « Le positivisme comme théorie du droit », dans Ch. Gregorczyk, F. Muchaut et M. Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, Story-Scientia/L.G.D.J., 1992, p. 273

Troper, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », exposé inédit, Centre de philosophie du droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 27 avril 1993 (repris dans M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », dans P. Amselek, dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235

Tschanz, P.-Y., « International Arbitration in the United States : The Need for a New Act », (1987) 3 Arb. Int. 309

Tschanz, P.-Y., « Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international », R.D.A.I. 1988.437

Vagts, D.F., « Dispute Resolution Mechanisms in International Business », R.C.A.D.I. 1987.203.9

van Alstine, M.P., « Dynamic Treaty Interpretation », (1998) 146 U. Pa. L. Rev. 687

van den Berg, A.J., « Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention », (1986) 2 Arb. Int. 367

van den Berg, A.J., « Consolidated Arbitrations, the New York Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 – A Replique to Mr. Jarvin », (1987) 3 Arb. Int. 257

van den Berg, A.J., « Enforcement of Annulled Awards ? », ICC Bulletin, vol. 9(2), 1998, p. 15

van den Berg, A.J., « New York Convention of 1958 : Where is an Arbitral Award 'Made' ? Case Comment House of Lords, 24 July 1991, Hiscox v. Outhwaite », dans M. Storme et F. de Ly, dir., *The Place of Arbitration*, Mys & Breescht, 1992, p. 113

van Ert, G., « The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments », (2001) 42 C. de D. 1093

van Haersolte-vam Hof, J.J., « Consolidation Under the English Arbitration Act 1996 : A View from the Netherlands », (1997) 13 Arb. Int. 427

van Hoecke, M., « The Use of Unwritten Legal Principles by Courts », (1995) 8 Ratio Juris 248

van Loon, J.H.A., « The Hague Conventions on Private International Law », dans F.G. Jacobs et S. Roberts, dir., *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 221

Vandereslt, A., « Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum ? The Belgian Law of 27 March 1985, Concerning the Annulment of Arbitral Awards », (1986) 3(2) J. Int. Arb. 77

Vanderlinden, J., « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? (bis) ou À propos de *Méthode d'interprétation et sources*, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge », dans Cl. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz, *François Gény, Mythe et réalités – 1899-1999 – Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 55

Vanek, D.C., « Is International Law Part of Canada ? », (1949-50) 8 U. of T. L.J. 251

Veeder, V.V., « Consolidation : More News From the Front-Line », (1987) 3 Arb. Int. 262

Veeder, V.V., « England », dans J. Paulsson, dir., *International Handbook on Commercial Arbitration*, vol. IV, The Hague, Kluwer, m.-à-j.

Veeder, V.V., « L'arrêt *Channel Tunnel* de la Chambre des Lords (1993) A.C. 335 – L'affaire du tunnel sous la Manche et les mesures conservatoires », Rev. arb. 1993.705

Veeder, V.V., « La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant », Rev. arb. 1997.3

Velissaropoulos-Karakostas, J., « L'arbitrage dans la Grèce antique – Époques archaïque et classique », Rev. arb. 2000.9

Verdross, A., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », R.C.A.D.I. 1935.52.195

Viau, P., « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux au Québec », dans Association canadienne de droit comparé et Aoosication québécoise de droit comparé, *Droit contemporain – Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 68

Virally, M., « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », dans *Recueil d'Études en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de Genève, 1968, p. 531

von Mehren, A., « International Commercial Arbitration : The Contribution of the French Jurisprudence », (1986) 46 La. L. Rev.1045

Wagoner, D.A., « Interim Relief in International Arbitration : Enforcement is a Substantial Problem », (1996) 51 Disp. Resol. J. 68

Wallace, I.N.D., « Control by the Courts : A Plea for More, Not Less », (1990) 6 Arb. Int. 253

Wallace, Jr., R.E., « Consolidated Arbitration in the United States – Recent Authority Require Consent of Parties », (1993) 10(4) J. Int. Arb. 5

Webster, T.H., « Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration », (2001) 17(2) J. Int. Arb. 143

Weil, P., « Principes généraux du droit et contrats d'État », dans *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, p. 387

Weiser, I., « Effect in Domestic Law of International Human Rights Treaties Ratified Without Implementing Legislation », dans Conseil canadien de droit international, *L'influence du droit international sur la pratique du droit au Canada*, The Hague, Kluwer, 1999

Wenger, W., « Article 186 », dans N.P. Vogt, S.V. Berti et A.K. Scnyder, dir., *International Arbitration in Switzerland : An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn, Kluwer, 2000, p. 459

Werner, J., « Should the New York Convention be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings ? », (1989) 6(3) J. Int. Arb. 113

Werner, J., « The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration », (1997) 14(2) J. Int. Arb. 5

Wetter, J.G., « A Multi-Party Arbitration Scheme for International Joint-Ventures », (1987) 3 Arb. Int. 2

Whal, P., « Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in Their Country of Origin – The *Chromalloy* Case Revisited », (1999) 16(4) J. Int. Arb. 131

Whiteley, M., « Stays and Summary Judgment Under the Arbitration Act 1996 », [1998] L.M.C.L.Q. 164

Witz, Cl., « CIVM : Interprétation et questions non couvertes », R.D.A.I. 2001.253

Wyss, N., « First *Options of Chicago, Inc.* v. *Kaplan* : A Perilous Approach to *Kompetenz-Kompetenz* », (1997) 72 Tulane L. Rev. 351

Yakovlev, A., « International Commercial Arbitration Proceedings and Russian Courts », (1996) 13(1) J. Int. Arb. 37

Yasseen, M.K., « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », R.C.A.D.I. 1976.151.1

Yntema, H.E., « The Objectives of Private International Law », (1957) 35 R. du B. can. 721

Zekos, G., « The Role of Courts in Commercial and Maritime Arbitration Under English Law », (1998) 15(1) J. Int. Arb. 51

INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

AAA (voir American Arbitration Association)
ALÉNA, 28
Allemagne
- compétence du tribunal arbitral, contrôle judiciaire, 445
- effet des directives interprétatives énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en droit interne, 60 (n. 168), 77
- nomination judiciaire d'un arbitre lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 247, 344 (n. 867)

American Arbitration Association
- clause type, 246 (n. 638)
- Règlement d'arbitrage international, 374 (n. 953)
  - principe général de la compétence-compétence, 456
  - récusation d'un arbitre, 469 (n. 1204)

Angleterre
- ancienne règle consacrant la révocabilité de la clause compromissoire, 71
- compétence du tribunal arbitral
  - contrôle judiciaire, 200 et suiv., 212-213, 441 (n. 1128), 445, 447, 467 (n. 1201)
  - régularité de la constitution du tribunal arbitral, liens avec la, 450
- délai d'arbitrage, intervention judiciaire relative à sa prorogation, 434
- délai dans lequel doit être intenté un recours en annulation d'une sentence arbitrale, 461 (n. 1180)
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
  - critère des autres initiatives procédurales s'agissant du moment où doit être demandé le renvoi à l'arbitrage, 303-304
  - existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 328 et suiv.
  - opportunité du recours à l'arbitrage, 320
- effet des obligations interétatiques dans l'ordre juridique interne, 38 et suiv., 51 (n. 133)
- effet des directives interprétatives énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en droit interne, 60 (n. 168), 69
- entraide judiciaire internationale, 384 (n. 976)
- exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la loi, 166
- injonction à l'encontre d'un arbitrage, disponibilité, 200 et suiv.
- injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal judiciaire étranger en violation d'une convention d'arbitrage, disponibilité, 213
- jurisprudence anglaise, non-pertinence au Canada, 80
- mesures provisoires ou conservatoires, intervention judiciaire relative à l'octroi ou à l'exécution de, 389
  - cautionnement pour frais, 369 (n. 945), 401
- nomination judiciaire d'un arbitre, 247 (n. 648), 356
- pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures, non-applicabilité à un tribunal arbitral conventionnel, 195
- pouvoir général de supervision judiciaire de tout arbitrage conventionnel, 187 et suiv.

- preuves, intervention judiciaire relative à l'obtention de
  - autorisation préalable du tribunal arbitral, 378 (n. 958)
  - caractère impératif, 374 (n. 952)
- principe réservant aux tribunaux judiciaires du siège de l'arbitrage le pouvoir de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international, 217-218
- rattachement de tout arbitrage conventionnel à l'appareil judiciaire étatique, 191
- recours déclaratoire ou en nullité ayant pour objet la légalité d'un arbitrage, disponibilité, 212
- statut d'un arbitre, contrôle judiciaire, 467 (n. 1201), 476, 481-482

Anti-suit injunction (voir Injonction à l'encontre d'un arbitrage et Injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal étranger en violation d'une convention d'arbitrage)

Arbitrabilité des litiges du commerce international, 2

Arbitrage
- non-rattachement à l'appareil judiciaire étatique, 191, 254, 271, 369
- notion, 101, 209 (n. 560)

Arbitrage commercial international
- autonomie, 2
- dégradation des mœurs, 6, 284
- délocalisation, 7 (voir aussi Recours en annulation d'une sentence arbitrale, possibilité pour les parties d'y déroger)
- en tant que système normatif transnational, 140 et suiv.
- évolution, 2 et suiv., 5, 71-72
- mode normal de règlement des différends du commerce international, 1
- universalité, 9, 140 et suiv.

Arbitre (voir aussi Tribunal arbitral)
- compétence (voir Compétence du tribunal arbitral)
- indépendance et impartialité (voir aussi Arbitre, statut, contrôle judiciaire), 473
- mission, révocation judiciaire
  - compétence internationale du juge, 355
  - conditions substantielles
    - absence d'accord des parties permettant de régler la difficulté autrement que par l'intervention judiciaire, 362 et suiv.
    - motif donnant ouverture à la révocation judiciaire de la mission d'un arbitre
      - défaut d'agir dans un délai raisonnable, 359 et suiv.
      - impossibilité d'agir, 357 et suiv.
  - justification théorique, 354
- nomination judiciaire
  - compétence internationale du juge
    - règle exceptionnelle en présence d'un risque de déni de justice, 246 et suiv., 343 et suiv.
    - règle générale s'intéressant au lieu du siège de l'arbitrage, 247, 340 et suiv.
  - conditions substantielles,
    - blocage de la procédure de nomination applicable, 337, 347 et suiv.
    - efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage invoquée, 352-353
  - justification théorique, 336-337
- nombre, 347 (n. 885)
- partenaire du juge en matière d'arbitrage commercial international, 3-4
- statut, contrôle judiciaire
  - conditions procédurales
    - compétence internationale du juge, 479
    - délai dans lequel le juge doit avoir été saisi, 479
  - conditions substantielles
    - absence d'accord des parties d'exclure le contrôle judiciaire, 475 et suiv.

- existence d'une décision affirmant durant le déroulement de l'instance la régularité du statut de l'arbitre, 466 et suiv.
- justification théorique, 469-470

Australie
- effet des obligations interétatiques dans l'ordre juridique interne, 40
- effet des directives interprétatives énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en droit interne, 60 (n. 168)
- inclusion d'une disposition interprétative dans la loi de mise en œuvre de la Loi type, 107 (n. 313)
- mesures provisoires ou conservatoires, intervention judiciaire relative à l'octroi ou l'exécution de, 407 et suiv., 413 (n. 1075)

Autonomie de l'arbitrage commercial international (voir Arbitrage commercial international, autonomie)

B

Belgique
- recours en annulation d'une sentence arbitrale, possibilité d'y renoncer, 2 (n. 6), 5 (n. 18), 110, 437 (n. 1124)

Blocage de la procédure de nomination d'un arbitre (voir Arbitre, nomination judiciaire)

C

CACNIQ (voir Centre canadien d'arbitrage commercial)

Canada (voir aussi Colombie-Britannique, Ontario et Québec)
- abandon des théories de l'interprétation juridique fondées sur le positivisme étatiste, 13
- adhésion à la Convention de New York, 26
- adhésion à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 60
- ancien droit de l'arbitrage inadapté aux intérêts des opérateurs du commerce international, 25
- méconnaissance de la Convention de New York s'agissant du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral, 81
- mise en œuvre de la Loi type, 9, 27, 234 et suiv.
- perméabilité croissante des ordres juridiques internes à des faits normatifs transnationaux, 13
- réformes des règles de l'arbitrage commercial international entreprises dans les années 80, 8, 25-26, 234 et suiv.
- répartition constitutionnelle des compétences législatives en matière d'arbitrage commercial international, 9
- répartition constitutionnelle des compétences législatives en matière d'entraide judiciaire internationale, 256
- répartition constitutionnelle des compétences législatives s'agissant de la mise en œuvre de conventions internationales, 36 (n. 104)

Cayman
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitrale, pertinence de l'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 328 (n. 821)

Cautionnement pour frais (voir Mesures provisoires ou conservatoires, intervention judiciaire relative à l'octroi de)

CCAC (voir Centre canadien d'arbitrage commercial)

CCI (voir Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale)

Centre canadien d'arbitrage commercial
- clause type, 246 (n. 638)
- Règlement d'arbitrage international
  - délai d'arbitrage, 361 (n. 930)
  - indépendance et impartialité de l'arbitre, 473 (n. 1220)

- pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, 370 (n. 948)
- principe général de la compétence-compétence, 456 (n. 1169)
- récusation d'un arbitre, 469 (n. 1204)
- révocation de la mission d'un arbitre, 354 (n. 912)
- régularité de la constitution du tribunal arbitral, liens avec la compétence du tribunal arbitral, 474 (n. 1237)

Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (Voir Centre canadien d'arbitrage commercial)

CNUDCI (voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international)

Code civil du Québec (voir Québec, *Code civil du Québec*)

Code de procédure civile du Québec (voir Québec, *Code de procédure civile*)

Colombie
- mesures procédurales octroyées par le tribunal arbitral, intervention judiciaire relative à l'exécution de, 408 (n. 1053)

Colombie-Britannique
- contribution à la réalisation des réformes canadiennes de règles de l'arbitrage commercial international, 26
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
  - critère des premières conclusions quant au fond du différend, 300 et suiv.
- mesures provisoires ou conservatoires, intervention judiciaire relative à l'exécution de, 37, 405, 413 et suiv.
- modifications à la Loi type
  - assimilation des mesures provisoires ou conservatoires aux sentences arbitrales, 237, 413

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
- clause type, 246 (n. 638)
- effort d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international, 92
- élaboration de dispositions types relatives à l'octroi et à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires au soutien d'un arbitrage commercial international, 232, 237
- lacunes de son système de collecte et de diffusion de précédents relatifs à la Loi type, 113 et suiv.
- Loi type sur l'arbitrage commercial international (voir *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*)
- Règlement d'arbitrage
  - code complet, 348 (n. 889), 374 (n. 953), 454
  - mesures provisoires ou conservatoires octroyées par le tribunal arbitral, 413
  - pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, 363 (n. 948)
  - pouvoir du juge d'octroyer des mesures relatives à l'obtention de preuves, 374 (n. 953)
  - principe général de la compétence-compétence, 456-457
  - récusation d'un arbitre, 469 (n. 1204)
  - révocation de la mission d'un arbitre, 357 (n. 917 et 918), 358 (n. 924), 360

Compétence-compétence (voir Principes généraux de l'arbitrage commercial)

Compétence du tribunal arbitral
- contrôle judiciaire avant le prononcé de la sentence relative à
  - conditions procédurales
    - compétence internationale du juge, 460
    - délai dans lequel le juge doit avoir été saisi, 461-462
  - conditions substantielles
    - absence d'accord des parties d'exclure le contrôle judiciaire, 452 et suiv.

- existence d'une décision du tribunal arbitral affirmant en cours d'instance sa propre compétence, 449 et suiv.
- justification théorique, 445-457
- décision du tribunal arbitral dans laquelle il se déclare incompétent, 441
- notion, 448 et suiv.
- régularité de la constitution du tribunal arbitral, liens avec, 450

Compétence *rationae materiae*, 271, 307
Compétence *rationae personae*, 271
Constitution du tribunal arbitral
- nomination d'un arbitre (voir Arbitre, nomination judiciaire)
- révocation de la mission d'un arbitre (voir Arbitre, mission, révocation judiciaire)

Contrôle *a posteriori* de la légalité d'un arbitrage commercial international (voir Principes généraux de l'arbitrage commercial international)
Convention d'arbitrage
- effet négatif, 2, 265, 369
- effet positif, 2, 265, 334
- exécution (voir Arbitre, nomination judiciaire et Dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral)

Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 24 (n. 69), 72
Convention de New York (voir aussi Dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral, Mesures provisoires ou conservatoires et Recours en reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale)
- adhésion du Canada, 26
- but et objet, 69 et suiv., 249 (n. 651)
- effet dans les ordres juridiques canadiens des obligations qui en émanent, 32 et suiv.
- élaboration, 26
- importance devant lui être accordée au Canada en interprétant des règles internes, 50 et suiv.
- inapplicabilité à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires, 406 et suiv.
- interprétation (voir aussi *Convention de Vienne sur le droit des traités*), 56 et suiv.
- non-pertinence s'agissant du pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, 396
- pertinence s'agissant de l'injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal judiciaire étranger en violation d'une convention d'arbitrage, 215
- pertinence s'agissant du dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral, 5, 269, 278, 292, 298, 326, 332, 395
- quarantième anniversaire, 7
- rapports qu'elle entretient avec la Loi type, 45 (n. 125)
- reconnaissance et exécution des sentences arbitrales internationales, 5, 7
- travaux préparatoires, 83 et suiv.

Convention de Vienne sur le droit des traités
- adhésion du Canada, 60
- directives interprétatives qui y sont énoncées, 56 et suiv.
  - applicabilité à l'interprétation de la Convention de New York, 59 et suiv.
  - applicabilité aux traités-lois, 59-60
  - conséquences s'agissant de l'interprétation des obligations émanant de la Convention de New York, 63 et suiv.
    - but et l'objet de la Convention de New York, prise en compte par l'interprète, 69 et suiv.
    - jurisprudence et lois sur l'arbitrage des autres États parties à la Convention de New York (pratiques ultérieures), prise en compte par l'interprète, 73 et suiv.

- texte des dispositions pertinentes de la Convention de New York, prise en compte par l'interprète, 64 et suiv.
- travaux préparatoires, prise en compte par l'interprète, 83 et suiv.
- effet dans les ordres juridiques canadiens, 60 et suiv.
- non mise en œuvre au Canada, 60
- reflétant surtout des règles coutumières, 62

Convention de Washington, 7 (n. 29), 24

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, 24, 298

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (voir Convention de New York)

Convention pour le règlement de différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (voir Convention de Washington)

Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale
- clause type, 246 (n. 638)
- Règlement d'arbitrage, 374 (n. 953)
  - délai d'arbitrage, 433 (n. 1115)
  - indépendance et impartialité de l'arbitre, 473 (n. 1220)
  - pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, 370 (n. 948)
  - principe général de la compétence-compétence, 456
  - récusation d'un arbitre, 469 (n. 1204)
  - révocation de la mission d'un arbitre, 354 (n. 912)
- Règlement de référé pré-arbitral, 398

Courtoisie, 254

D

Délai d'arbitrage
- expiration, 210, 358, 361
- intervention judiciaire relative à sa prorogation, 162-163, 173
  - absence de disposition s'y rapportant dans la Loi type, 433
  - impossibilité au Canada, 433 et suiv.
- notion, 162

Demande de renvoi à l'arbitrage (voir Dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral)

Déni de justice
- compétence internationale du juge saisi d'une demande de nomination d'un arbitre afin d'éviter un, 246 et suiv., 343 et suiv.

Dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
- conditions pertinentes
  - efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage, 281 et suiv.
  - moment où doit être demandé le renvoi à l'arbitrage
    - absence de discrétion judiciaire permettant le renvoi à l'arbitrage sur le fondement d'une demande tardive, 315 et suiv.
    - critère de l'inscription pour enquête et audition en vigueur au Québec, 307 et suiv.
    - critère des autres initiatives procédurales en vigueur en Colombie-Britannique, 303 et suiv.
    - critère des premières conclusions quant au fond du différend énoncé dans la Loi type, 300 et suiv.
    - droit applicable, 297
- conditions non pertinentes
  - existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 328 et suiv.
  - opportunité du recours à l'arbitrage, 318 et suiv.
  - saisine préalable du tribunal arbitral, 275-277

- Convention de New York, pertinence, 5, 269, 278, 290, 298, 326, 332, 395
- effet sur la compétence des juges québécois, 271
- effet sur la compétence des juges siégeant dans les juridictions canadiennes de common law, 270
- justification théorique, 266, 268
- notion, 268-269

Directives interprétatives énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (voir Convention de Vienne sur le droit des traités)

Divergences dans les droits nationaux s'agissant des conditions de l'intervention du juge avant et durant un arbitrage commercial international, 7

Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, 473 (n. 1217)

Droit applicable
- à la convention d'arbitrage, 297
- à la détermination du moment au-delà duquel le renvoi à l'arbitrage ne peut plus être demandé, 297
- à la procédure de l'arbitrage, 178-179

Droit international public, primauté dans les relations interétatiques, 36, 40

Dualisme, 30, 33 et suiv.

E

Écosse
- inclusion d'une disposition interprétative dans la loi de mise en œuvre de la Loi type, 107 (n. 313)
- mesures provisoires ou conservatoires, intervention judiciaire relative à leur exécution, 413 (n. 1075)

Efficacité de l'arbitrage commercial international (voir Principes généraux de l'arbitrage commercial international)

Effort mondial de libéralisation des échanges commerciaux internationaux, 3-4, 7

Égypte
- règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire non reprise dans la loi de mis en œuvre de la Loi type, 166 (n. 448)

Espagne
- contrôle judiciaire de la régularité du statut d'un arbitre, 466 (n. 1195), 470 (n. 1211)

États-Unis
- ancienne règle consacrant la révocabilité de la clause compromissoire, 71 (n. 209)
- effet des directives interprétatives énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en droit interne, 60 (n. 168), 77
- injonction à l'encontre d'un arbitrage, disponibilité, 207
- jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles, 236, 422, 425, 427
- mesures provisoires ou conservatoires intervention judiciaire relative à l'octroi ou à l'exécution de, 396, 408, 413 (n. 1075)
- pouvoir général du juge de superviser un arbitrage conventionnel, 185 (n. 487)
- primauté des traités sur la loi, 52 (n. 140)
- répartition constitutionnelle des compétences législatives en matière d'arbitrage commercial international, 9

Exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la Loi type (voir sous *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, exhaustivité des cas d'intervention judiciaire qui y sont prévus)

F

France
- compétence du tribunal arbitral, contrôle judiciaire, 441 (n. 1128)

- délai d'arbitrage, intervention judiciaire relative à sa prorogation, 162, 434
- délai dans lequel doit être intenté un recours en annulation d'une sentence arbitrale, 461 (n. 1180)
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
  - incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, 290
  - saisine préalable du tribunal arbitral, 275-276
- effet des directives interprétatives énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en droit interne, 60 (n. 168), 77
- indépendance et impartialité de l'arbitre, 473 (n. 1223 et 1232)
- jonction judiciaire d'instance arbitrales parallèles, absence de dispositions législatives relatives à, 422 (n. 1103)
- nomination judiciaire d'un arbitre
  - incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, 352
  - lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 246 (n. 641), 247, 344
- non-exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la loi, 162
- primauté des traités sur la loi, 52 (n. 140)
- principe du contrôle *a posteriori* de la légalité d'un arbitrage commercial international, 225
- principe réservant aux tribunaux judiciaires du siège de l'arbitrage le pouvoir de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international, 219
- recours déclaratoire ou en nullité ayant pour objet la légalité d'un arbitrage, indisponibilité, 212
- référé-provision, 328-329, 332 (n. 845), 398 (n. 1022)
- statut d'un arbitre, contrôle judiciaire, 466 (n. 1193), 467 (n. 1201), 470, 476 (n. 1243)

Grèce
- recours déclaratoire ayant pour objet la légalité d'un l'arbitrage, indisponibilité, 212

H

Hong Kong
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
  - existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 330
  - incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence au stade d'une demande de renvoi à l'arbitrage, 291
- inclusion d'une disposition interprétative dans la loi de mise en œuvre de la Loi type, 107 (n. 313)
- nomination judiciaire d'un arbitre
  - incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, 351 (n. 902), 353 (n. 910)

I

IBA (voir International Bar Association)

Imperium d'un tribunal arbitral conventionnel, 2

Inde
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitrale, pertinence de l'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 328 (n. 821)
- principe réservant aux tribunaux judiciaires du siège de l'arbitrage le pouvoir de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international, 217-218

Injonction à l'encontre d'un arbitrage
- disponibilité aux États-Unis, 207
- disponibilité en Angleterre, 200 et suiv.
- indisponibilité au Canada, 200 et suiv.
- lorsque le siège de l'arbitrage est situé à l'étranger, 180, 222

Injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal judiciaire étranger en violation d'une convention d'arbitrage
- disponibilité en Angleterre, 213
- incompatibilité avec la Convention de New York, 215
- incompatibilité avec le droit international public, 215
- indisponibilité au Canada, 213 et suiv.

Injonction permanente, pouvoir du tribunal arbitral de l'octroyer en droit québécois, 395 (n. 1006)

International Bar Association
- *Rules of Ethics for Interntional Arbitrators*, 210 (n. 566), 473 (n. 1221)
- *Rules on Taking Evidence in International Commercial Arbitration*, 374 (n. 953)

Interprétation (voir aussi Canada, abandon des théories de l'interprétation juridique fondées sur le positivisme étatiste)
- de la Convention de New York (voir Convention de New York, interprétation)
- de la Loi type (voir *Loi type de la CNUDCI*, objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international)
- des conventions internationales (voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*)
- interprétation téléologique des lois, importance au Canada, 96-97

Iran
- règle de l'exhaustivité des cas d'intervention judiciaire non reprise dans la loi de mis en œuvre de la Loi type, 166 (n. 448)

Irlande
- inclusion d'une disposition interprétative dans la loi de mise en œuvre de la Loi type, 107 (n. 313)

Italie
- effet des directives interprétatives énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* en droit interne, 77
- nomination judiciaire d'un arbitre lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 247

J

Jonction judiciaire d'instances arbitrales parallèles
- absence de disposition s'y rapportant dans la Loi type, 173, 236
- justification théorique, 419-422
- lacunes des mécanismes établis dans les lois des provinces et territoires canadiens de common law, 427
- limitée aux provinces et territoires canadiens de common law, 236, 425-426

Juges
- hostilité traditionnelle face à l'arbitrage conventionnel, 5
- rôle particulier en matière d'arbitrage commercial international, 3 et suiv.
- pouvoir d'engager l'État au plan international, 36
- responsabilité s'agissant de la promotion de la primauté du droit dans les relations interétatiques, 36

Juridiction internationale spécialisée dans l'arbitrage commercial international, 7

L

LCIA (voir London Court of International Arbitration)

Lex mercatoria, 12 (n. 55)

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international
- absence de disposition permettant la nomination judiciaire si le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 247
- absence de disposition permettant l'assistance judiciaire en matière d'obtention de preuve lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 253
- absence de disposition relative à la jonction d'instances arbitrales parallèles, 173, 236
- absence de disposition relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires, 170, 237, 412
- absence de disposition relative au délai d'arbitrage, 433
- dérogations apportées par les États l'ayant mis en œuvre s'agissant de l'intervention du juge avant et durant l'arbitrage, 5
- domaine d'application dans l'espace, 176
- élaboration, 92
- exhaustivité des cas d'intervention judiciaire qui y sont prévus
  - conséquences, 447, 462
    - indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'un arbitrage commercial international, 200 et suiv.
    - indisponibilité de l'injonction à l'encontre d'une action intentée devant un tribunal étranger en violation d'une convention d'arbitrage, 213 et suiv.
    - indisponibilité du recours déclaratoire ou en nullité ayant pour objet la légalité d'un arbitrage, 208 et suiv.
  - fondements, 160 et suiv.
  - portée
    - applicabilité à toute forme d'assistance et de contrôle judiciaires, 168 et suiv.
    - impossibilité que la règle soit écartée par les parties, 196 et suiv.
    - inapplicabilité lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 176 et suiv.
    - non limitée par les pouvoirs inhérents dont disposent les juges des cours supérieures canadiennes
      - fondements constitutionnels des pouvoirs inhérents des cours supérieures canadiennes, 183
      - inapplicabilité du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures canadiennes à un arbitrage conventionnel, 192 et suiv.
      - inexistence d'un pouvoir général de supervision de tout arbitrage conventionnel, 185 et suiv.
- mise en œuvre au Canada, 9, 27, 234 et suiv.
- objectif d'harmonisation des règles de l'arbitrage commercial international
  - conséquences sur l'interprétation de la Loi type
    - interprétations reflétant des particularités strictement locales, rejet, 100 et suiv.
    - jurisprudence émanant d'autres États ayant mis en œuvre la Loi type, prise en compte par l'interprète, 111 et suiv.
    - travaux préparatoires de la Loi type, prise en compte par l'interprète, 104 et suiv.
  - effet dans les ordres juridiques canadiens, 91 et suiv.
- rapports qu'elle entretient avec la Convention de New York, 45 (n. 125)
- recours en annulation d'une sentence arbitrale, possibilité d'y renoncer, 110

Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, 210 (n. 566)

London Court of International Arbitration,
- clause type, 246 (n. 638)
- Règlement d'arbitrage
  - compétence arbitrale, contrôle judiciaire, 456
  - indépendance et impartialité d'un arbitre, 473 (n. 1220)
  - pouvoir du juge d'octroyer des mesures provisoires ou conservatoires, 370 (n. 948)
  - pouvoir du juge d'octroyer des mesures relatives à l'obtention de preuves, 374 (n. 953)
  - récusation d'un arbitre, 469 (n. 1204)

M

Med-arb, 210 (n. 566)
Mesures provisoires ou conservatoires, 2
- intervention judiciaire relative à leur exécution
  - justification théorique, 388-389
  - lacunes des mécanismes établis dans les lois britanno-colombienne et ontarienne, 413 et suiv.
  - limitée à la Colombie-Britannique et à l'Ontario
    - inapplicabilité de la Convention de New York, 407 et suiv.
    - inapplicabilité de la Loi type, 170, 237, 412
- intervention judiciaire relative à leur octroi
  - caractère non impératif, 398
  - cautionnement pour frais, 369, 399 et suiv.
  - conditions substantielles destinées à éviter un empiètement du juge sur la compétence arbitrale, inexistence, 402 et suiv.
  - non-pertinence de la Convention de New York, 396
  - pouvoir du juge d'octroyer au soutien d'un arbitrage toute mesure qu'il peut octroyer dans le cadre d'une instance judiciaire, 232, 398
  - notion, 387, 394 (n. 998), 399
  - pouvoir du tribunal arbitral d'en accorder en droit québécois, 402 (n. 1039)
Mission d'un arbitre (voir Arbitre, mission, révocation judiciaire)
Monisme, 37

N

Nigeria
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral, pertinence de l'existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 328 (n. 823)
Nomination d'un arbitre (voir Arbitre, nomination judiciaire)
Nouvelle-Zélande
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
  - existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 330
  - moment où doit être demandé le renvoi à l'arbitrage, 305 (n. 771)
- inclusion d'une disposition interprétative dans la loi de mise en œuvre de la Loi type, 107 (n. 313)

O

Obligations interétatiques conventionnelles incombant au Canada, effet dans les ordres juridiques canadiens (voir aussi Convention de New York, effet dans les ordres juridiques canadiens des obligations qui en émanent), 33 et suiv.
Obtention de preuves (voir Preuves)
OMPI (voir Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle)
Ontario
- absence de loi de mise en œuvre de la Convention de New York, 42 et suiv.

- effet des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York, 42 et suiv.
- mécanisme permettant l'exécution de mesures provisoires en conservatoires, 237, 413 et suiv.

Ordonnance de procédure, contrôle judiciaire, 407, 415, 451

Ordre public international, 2

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
- Règlement d'arbitrage,
  - principe général de la compétence-compétence, 456 (n. 1169)

P

Pays-Bas,
- compétence du tribunal arbitral, contrôle judiciaire, 445
- compétence internationale du juge appelé à nommer un arbitre avant que le lieu du siège de l'arbitrage ait été déterminé, 247, 344 (n. 867)
- exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la loi, 166 (n. 449)
- indépendance et impartialité de l'arbitre, 473 (n. 1222)
- jonction par le juge d'instances arbitrales parallèles, 422, 424-425
- mesures provisoires ou conservatoires, intervention judiciaire relative à l'exécution de, 413 (n. 1075)
- preuves, intervention judiciaire relative à l'obtention de
  - autorisation préalable du tribunal arbitral, 247 (n. 648)
- régularité de la constitution du tribunal arbitral, liens avec compétence du tribunal arbitral, 450
- statut d'un arbitre, contrôle judiciaire, 445, 469 (n. 1205), 470 (n. 1211), 475

Positivisme étatiste (voir aussi Canada, abandon des théories de l'interprétation juridique fondées sur le positivisme étatiste), 12, 14

Pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures canadiennes (voir *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, exhaustivité des cas d'intervention judiciaire qui y sont prévus)

Pouvoirs inhérents des juges des cours supérieures canadiennes (voir *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, exhaustivité des cas d'intervention judiciaire qui y sont prévus)

Pratiques ultérieures (voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, directives interprétatives qui y sont énoncées)

Présomption de compatibilité des lois en vigueur au Canada aux obligations interétatiques conventionnelles lui incombant, 38-40

Preuves
- intervention judiciaire relative à l'obtention de
  - absence de disposition dans la Loi type la permettant lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 253, 377
  - autorisation préalable du tribunal arbitral, 378, 382
  - compétence internationale du juge
    - lorsque le siège de l'arbitrage est situé sur le territoire du for, 253
    - lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé sur le territoire du for, 254 et suiv., 383 et suiv.
  - déférence du juge envers la décision du tribunal arbitral constatant l'utilité de l'assistance judiciaire, 379, 382, 385
  - justification théorique, 373-374
  - pouvoir du juge d'octroyer au soutien d'un arbitrage toute mesure qu'il peut octroyer dans le cadre d'une instance judiciaire, 377, 381, 384

Principe de cloisonnement des ordres institutionnels, 215

Principe de la primauté du droit (voir aussi Droit international public, primauté dans les relations interétatiques), 133 et suiv.
Principe démocratique, 34 et suiv., 137
Principe du fédéralisme, 35 et suiv.
Principes généraux (voir aussi Principes généraux de l'arbitrage commercial international)
- autonomie
  - consécration de leur autonomie dans les ordres juridiques canadiens, 127-128
  - consécration de leur autonomie en droit comparé, 126
  - distinction théorique entre principes généraux et règles de droit, 124-125
- effet dans les ordres juridiques canadiens,
  - consécration, 135 et suiv.
  - justification, 131 et suiv.

Principes généraux de l'arbitrage commercial international
- caractère transnational
  - conséquences concrètes, 148 et suiv.
  - justification théorique, 140 et suiv.
- principe de l'autonomie de la volonté des opérateurs du commerce international, 129
  - recours à l'arbitrage, 70 et suiv., 236, 249, 325, 332, 344, 347, 349, 379 (n. 960), 403-404, 419, 428-429
  - règles de la procédure arbitrale, 129, 197, 336, 364, 374, 398, 419 et suiv., 428, 452, 462, 475, 485
- principe de l'efficacité de l'arbitrage commercial international, 70, 129, 394 (n. 1000), 255, 395, 404, 409-410, 415, 428-429, 462
- principe de la compétence-compétence
  - effet positif, 152, 284, 294, 353, 361, 442 et suiv., 456-457
  - effet négatif, 152, 276, 281 et suiv., 351 et suiv., 446
- principe du contrôle *a posteriori* de la légalité d'un arbitrage commercial international, 152, 223 et suiv., 284, 276, 348, 351-352, 358, 415, 436, 442 et suiv., 466 et suiv., 478, 481, 487
- principe réservant aux tribunaux judiciaires du siège de l'arbitrage le pouvoir de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international, 217 et suiv., 436, 460
- principe selon lequel l'accomplissement, dans le cadre d'une instance judiciaire, d'actes incompatibles avec l'intention d'arbitrer entraîne l'irrecevabilité d'une demande subséquente de renvoi à l'arbitrage, 311

Protocole du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, 24 (n. 69), 72

Q

Qualifications requises d'un arbitre (voir Arbitre, statut, contrôle judiciaire)
Québec
- ancien droit de l'arbitrage inadapté aux intérêts des opérateurs du commerce international, 25
- *Code civil du Québec*
  - compétence internationale des tribunaux judiciaires, règles de, 344
  - disposition préliminaire, 127
  - droit applicable à la convention d'arbitrage, règle relative au, 297
  - droit applicable à la procédure de l'arbitrage, 178-179
- *Code de procédure civile*
  - adaptation de la Loi type, 238
  - désir de l'Assemblée nationale que le Titre 1 du Livre VII reflète fidèlement la Loi type, 242
  - domaine d'application dans l'espace du Titre 1 du Livre VII, 178-179, 342, 355, 460
  - importance dans l'interprétation des conditions de l'intervention du juge québécois avant et durant un

arbitrage commercial international, 238 et suiv.
- rapports que le Titre 1 du Livre VII entretient avec la Loi type, 47 (n. 128), 238 et suiv.
- travaux préparatoires, 25 (n. 79), 47 (n. 128), 48, 198 (n. 530), 242 (n. 635 et 636), 278 (n. 700), 348 (n. 893), 402 (n. 1039), 460
- effet des obligations incombant au Canada en vertu de la Convention de New York, 30, 46 et suiv.

R

Reconnaissance ou exécution d'une sentence arbitrale (voir Recours en reconnaissance ou exécution d'une sentence arbitrale)
Recours déclaratoire ou en nullité ayant pour objet la légalité d'un arbitrage
- disponibilité en Angleterre, 212
- indisponibilité au Canada, 208 et suiv.
- indisponibilité en France, 212
- indisponibilité en Grèce, 212

Recours en annulation d'une sentence arbitrale
- délai, 434
- intérêt des parties à pouvoir y avoir accès, 437 (n. 1124)
- motifs donnant ouverture à l'annulation d'une sentence arbitrale, 5
- possibilité pour les parties d'y renoncer, 5, 7, 110, 437
- suppression, 437 (n. 1124)

Recours en reconnaissance et exécution d'une sentence arbitrale (voir aussi Convention de New York)
- possibilité de renoncer au contrôle judiciaire indirect, 437

Récusation d'un arbitre (voir Arbitre, statut, contrôle judiciaire)
Référé pré-arbitral, 398
Référé-provision, 328-329, 398 (n. 1022)
Règlements d'arbitrage
- effet sur l'applicabilité des règles non impératives du lieu du siège de l'arbitrage, 348 (n. 889), 374 (n. 953), 454, 477-478
- impossibilité qu'ils ouvrent des voies d'intervention judiciaire non prévus par la loi, 178

Renvoi à l'arbitrage (voir Dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral)
Révocation de la mission d'un arbitre (voir Arbitre, mission, révocation judiciaire)
Rule of law (voir Principe de la primauté du droit)

S

Sentence arbitrale (voir aussi Recours en annulation d'une sentence arbitrale et Recours en reconnaissance ou exécution d'une sentence arbitrale)
- délai dans lequel elle doit avoir été rendue (voir Délai d'arbitrage)
- distinction avec une décision statuant sur la compétence arbitrale, 441
- notion, 101, 237, 406 et suiv., 441
- recours en annulation (voir Recours en annulation d'une sentence arbitrale)

Siège de l'arbitrage
- incidence sur le domaine d'application dans l'espace de la Loi type, 176
- incidence sur le domaine d'application dans l'espace du Titre 1 du Livre VII du *Code de procédure civile* québécois, 178-179
- notion, 341
- principe réservant aux tribunaux judiciaires du siège de l'arbitrage le pouvoir de contrôler la légalité d'un arbitrage commercial international, 217 et suiv.

Singapour
- dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral
  - existence d'une véritable question litigieuse opposant les parties, 330, 333

Statut d'un arbitre (voir Arbitre, statut, contrôle judiciaire)

Suède
- recours en annulation d'une sentence arbitrale, possibilité d'y renoncer, 5 (n. 18), 110

Suisse
- compétence du tribunal arbitral, contrôle judiciaire, 441 (n. 1128), 441 (n. 1128)
- nomination judiciaire d'un arbitre
  - compétence internationale du juge, 246 (n. 641)
  - incidence de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence, 352
- non-exhaustivité des cas d'intervention judiciaire prévus dans la loi, 163
- preuves, intervention judiciaire relative à l'obtention de
  - autorisation préalable du tribunal arbitral, 378 (n. 959)
- recours déclaratoire ayant pour objet la légalité d'un l'arbitrage, 212
- recours en annulation d'une sentence arbitrale, possibilité d'y renoncer, 5 (n. 18), 110
- répartition constitutionnelle des compétences législatives en matière d'arbitrage commercial international, 9
- statut d'un arbitre, contrôle judiciaire, 463 (n. 1192), 467 (n. 1201), 474, 476 (n. 1243), 478

Sultanat d'Oman
- compétence du tribunal arbitral, contrôle judiciaire, 445 (n. 1137)

T

Traités-contrats, 57 (n. 154)
Traités-lois, 57 et suiv.
Tribunal arbitral (voir Arbitre et Compétence du tribunal arbitral)
Tunisie
- recours en annulation d'une sentence arbitrale, possibilité d'y renoncer, 5 (n. 18), 110

Z

Zimbabwe
- inclusion d'une disposition interprétative dans la loi de mise en œuvre de la Loi type, 107 (n. 313)