

Université de Montréal

**L'ÉVOLUTION DES RAPPORTS ENTRE LE JUGE ET L'ARBITRE AU REGARD
DES RÉCENTES RÉFORMES EN DROIT DE L'ARBITRAGE QUÉBÉCOIS : LES
COMPÉTENCES EXCLUSIVES ET NON EXCLUSIVES DU JUGE ÉTATIQUE**

Par ANGE MARINA N'GBO KOFFI

FACULTÉ DE DROIT

Mémoire présenté
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit option
Droit des affaires

Avril, 2020

© ange marina n'gbo Koffi, 2020

Résumé

L'arbitre représente le juge dans la procédure d'arbitrage: il tranche, juge et détient la balance de la justice dans cette procédure. Bien que ses décisions soient des sentences arbitrales, elles n'ont pas la force exécutoire d'un jugement judiciaire qui impliquerait une sanction en cas de non-exécution de celle-ci par la partie contre laquelle elle a été rendue. Ainsi, les thèses selon lesquelles les rapports du juge et de l'arbitre sont conflictuels, selon lesquelles les pouvoirs attribués à l'arbitre pour mener sa mission à terme et le principe d'incompétence du juge étatique dans le déroulement d'un arbitrage interne ou international, deviennent réfutables. Soumises pour contrôle et à l'appui du juge étatique, l'instance arbitrale et la sentence arbitrale s'intègrent dans l'ordre juridictionnel. Elles doivent cohabiter ensemble dans une même atmosphère juridique. Le juge dans cette optique a l'obligation de protéger et de respecter la volonté des parties, tout en veillant au bon déroulement de la procédure arbitrale. Ainsi, au regard, des nouvelles réformes en arbitrage en vigueur au Québec, en France et dans plusieurs autres États, les rapports entre les tribunaux judiciaires et l'arbitrage ont évolué vers l'entente, la collaboration et la complémentarité.

De plus, les textes légaux et les règles qui gouvernent la procédure arbitrale sont d'une grande importance dans notre exposé, car elles contribuent à la démonstration de ces nouveaux rapports. Ce sont, en effet le respect des règles et la possibilité pour les parties de les manipuler qui rendent l'arbitrage attrayant.

Le présent mémoire vise à démontrer l'évolution des rapports entre le juge et l'arbitre au regard de récentes réformes dans le droit de l'arbitrage québécois parallèlement au droit de l'arbitrage français. Notre stratégie consistera à identifier les pouvoirs attribués au juge étatique et à analyser la place de choix réservée au juge étatique dans cette procédure. Puisqu'il s'avère être un appui précieux à l'arbitrage, il conviendrait de redéfinir sa place dans cette procédure, afin de dissiper toutes les incompréhensions qui ont pu exister.

Mots-clés : arbitrage – tribunaux judiciaires – juge étatique – arbitre – sentence arbitrale – partage de compétences – compétences exclusives – compétences non exclusives

Abstract

The arbitrator represents the judge in the arbitration proceedings: he decides, judges and holds the balance of justice in the arbitration proceedings. Although its decisions are arbitral awards, they do not have the enforceable force of a judicial judgment that would involve a penalty in the event of non-performance by the party against whom it was issued. Thus, the arguments according to which the reports of the judge and the arbitrator are conflicting, according to which the powers assigned to the arbitrator to complete his mission and the principle of incompetence of the state judge in the conduct of an internal or international arbitration, become refutable. Submitted for review and in support of the State judge, the arbitral body and the arbitral award shall be incorporated into the judicial order. They must live together in the same legal atmosphere. The judge in this regard has the obligation to protect and respect the will of the parties, while ensuring the smooth conduct of the arbitral proceedings. In light of the new arbitration reforms in force in Quebec, France and several other states, the relationship between the courts and arbitration has evolved towards understanding, collaboration and complementarity.

In addition, the legal texts and rules governing arbitral proceedings are of great importance in our presentation, as they contribute to the demonstration of these new reports. It is, in fact, the respect of the rules and the possibility for the parties to manipulate them that make the arbitration attractive.

The purpose of this brief is to demonstrate the evolution of the relationship between the judge and the arbitrator in light of recent reforms in the law of Quebec arbitration in parallel with the law of French arbitration. Our strategy will be to identify the powers assigned to the state judge and to analyse the place reserved for the state judge in this procedure. Since it proves to be a valuable support for arbitration, it would be appropriate to redefine its place in this procedure, in order to dispel any misunderstandings that may have existed.

Keywords: arbitration – courts – state judge – arbitrator – arbitration award – division of jurisdiction – exclusive jurisdiction – non-exclusive jurisdiction.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Résumé</i>	<i>i</i>
<i>Abstract</i>	<i>iii</i>
<i>Liste des sigles et des abréviations</i>	<i>x</i>
<i>Remerciements</i>	<i>ii</i>
<i>Introduction générale</i>	<i>1</i>
<i>Partie I : Les pouvoirs non exclusifs du juge étatique dans le déroulement d'un arbitrage commercial international</i>	<i>11</i>
Chapitre I : L'intervention du juge avant l'introduction de l'instance arbitrale	14
Section I : Le principe de l'incompétence du juge et l'efficacité de la convention arbitrale	16
Sous-section I : Le contenu du principe de l'incompétence du juge	17
A. Le régime spécifique de la convention d'arbitrage : l'autonomie et l'exigence de l'écrit.....	17
1. L'autonomie de la convention d'arbitrage.....	18
2. Les conditions formelles : l'exigence de l'écrit.....	20
B. Le contenu du principe d'incompétence du juge étatique	22
Sous-section II : Les exceptions au principe de l'incompétence : une possible compétence du juge étatique.....	25
A. La compétence du juge en présence d'une convention d'arbitrage nulle	25
B. La renonciation du recours en arbitrage : le critère de l'inscription de la cause pour enquête et audition.....	28
Section II : La compétence substantielle du juge dans la constitution du tribunal arbitral	30
Sous-section I : Les blocages liés à la constitution du tribunal arbitral.....	32
A. La compétence internationale du juge étatique à titre d'assistant dans la nomination d'un arbitre.....	33

1. L'incompétence des juges étatiques au niveau international.....	33
2. L'exception à la règle générale au Québec	34
B. Les blocages liés à la constitution du tribunal arbitral.....	36
1. L'existence d'une difficulté dans la nomination des arbitres	37
2. La survenance de blocages dans la procédure de récusation des arbitres.....	40
a) La dénonciation du motif sérieux en vertu de l'article 626 du nouveau C.p.c.	41
b) L'absence de qualifications convenues par les parties en vertu de l'article 626 du nouveau C.p.c.....	43
c) La défaillance du mécanisme de récusation convenu par les parties.....	45
Sous-section II : La neutralisation des blocages liés à la constitution du tribunal arbitral par le juge.....	47
A. La neutralisation des blocages dans la nomination des arbitres	47
B. La neutralisation des blocages dans la récusation des arbitres	50

Chapitre II : La compétence auxiliaire du juge dans la conduite de la procédure arbitrale 53

Section I : La place du juge en matière de mesures procédurales	56
Sous-section I : La compétence partagée du juge en matière de mesures provisionnelles et conservatoires.....	57
A. La compétence de l'arbitre en matière de mesures provisoires et conservatoires	58
a) Dans les législations nationales	59
b) Dans les règlements d'arbitrage.....	61
B. La compétence alternée du juge en matière de mesures provisoires et conservatoires	62
1) Le pouvoir du juge dans la préservation d'une situation ou dans la sauvegarde des intérêts des parties.....	66
2) Le pouvoir du juge en matière de mesures provisionnelles et conservatoires permettant d'assurer l'exécution éventuelle de la sentence arbitrale.....	70
3) La compétence du juge pour ordonner des mesures conservatoires relatives à la preuve.....	72

Sous-section II : La compétence exclusive du juge en matière de mesures provisionnelles et conservatoires	76
a) L'injonction interlocutoire	76
b) Les saisies avant jugement.....	78
c) Le séquestre	80
Section II : Les autres compétences partagées entre l'arbitre et le juge dans le contrôle de la procédure arbitrale	83
Sous-section I : La compétence du juge dans la conduite de l'instance arbitrale.....	84
A. La prorogation du délai, l'arrêt et la suspension de la procédure arbitrale.....	84
B. L'interprétation et la réparation des erreurs et les omissions matérielles pouvant affecter la sentence arbitrale	87
1) Les conditions nécessaires à une éventuelle intervention du juge.....	88
2) La possibilité pour le juge d'interpréter ou de réparer les erreurs ou les omissions dans la sentence arbitrale	89
Sous-section II : Le contrôle du respect de l'arbitrabilité et la formalité de la sentence arbitrale	90
A. Le contrôle de l'arbitrabilité du litige	90
B. La formalité de la sentence arbitrale.....	93
<i>Partie II : Les pouvoirs exclusifs du juge dans le déroulement d'un arbitrage commercial international.....</i>	96
Chapitre I : Les pouvoirs exclusifs du juge liés à la reconnaissance et à l'exequatur des sentences arbitrales.....	98
Section I : Les notions d'homologation ou de reconnaissance des sentences arbitrales ..	99
Sous-section I : Définition des notions d'homologation et de reconnaissance.....	99
A. La notion d'homologation de la sentence arbitrale.....	99
B. La notion de reconnaissance de la sentence arbitrale	102
Sous-section II : La portée de la distinction et l'organe judiciaire compétent.....	104
A. La portée de la distinction.....	104
B. La fonction juridictionnelle de l'organe judiciaire compétent.....	105
Section II : La procédure de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales ...	108

Sous-section I : Les modalités de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales rendues au Québec	108
A. Les conditions d'homologation des sentences rendues au Québec	109
B. Les modalités de reconnaissance ou d'exequatur des sentences rendues hors Québec	111
C. La reconnaissance d'une sentence arbitrale malgré son annulation dans une autre juridiction.....	114
Sous-section II : Les suites possibles d'une décision de reconnaissance ou d'homologation.....	116
A. La procédure de reconnaissance de la sentence arbitrale.....	117
B. Le rôle du juge du contentieux de l'exécution.....	120
Chapitre II : La compétence exclusive du juge en matière d'annulation des sentences arbitrales.....	122
Section I : Les motifs entraînant l'annulation de la sentence arbitrale	124
Sous-section I : Les irrégularités et erreurs portant sur la compétence des arbitres ...	125
Sous-section II : Les manquements aux règles de justice naturelle.....	129
Sous-section III : La violation d'une règle d'ordre public international comme motif d'annulation de la sentence	131
Section II : Les modalités d'exercice du recours en annulation	134
Sous-section I : Le tribunal compétent dans la procédure de recours en annulation ..	134
A. L'exclusion de l'arbitre du recours en annulation	135
B. La procédure de recours en annulation de la sentence arbitrale	137
1) Le contrôle du délai de la saisine du juge.....	137
2) Le contrôle de la régularité de la sentence.....	139
Sous-section II : La possible renonciation préalable du recours en annulation de la sentence arbitrale	142
A. L'innovation française : la renonciation conventionnelle du recours en annulation de la sentence arbitrale.....	142
B. La position du droit de l'arbitrage québécois sur la possible renonciation du recours en annulation : l'art. 622 al.3 C.p.c.	145

<i>Conclusion générale</i>	148
<i>Bibliographie</i>	152

Liste des sigles et des abréviations

A.A.: Arbitration Act

Al.: Alinea

Art. : Article

AUA : Acte uniforme relatif à l'arbitrage

C.A. : Cour d'appel

CCJA : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA

CCI : Chambre de commerce internationale

C.c.Q. : Code civil du Québec

CIRDI : Centre d'arbitrage canadien, le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

C.p.c. : Code de procédure civile du Québec

CPC : Code de procédure civile français

CNUDCI : Commission des Nations unies pour le droit du commerce international

CSC : Cour suprême du Canada

J.D.I. : Journal du droit international

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

L.D.I.P. : Loi fédérale sur le droit international privé (Suisse)

OHADA : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

CPC : Code de procédure civile France

Rev. arb. Med. : Revue de l'arbitrage et médiation

R. du B. : Revue du Barreau

R.D.J. : Revue de droit judiciaire

R.J.T. : Revue juridique Thémis

Cass. civ. : Cour de cassation. Chambre civile

Coll. : Collection

Doctr. : Doctrine

Éd. : Édition

Etc. : Et cætera

Para. : Paragraphe

Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage

Pour toi, papa...

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement ma Directrice de recherche, la professeure Marie-Claude Rigaud de la faculté de droit de l'Université de Montréal pour l'aide précieuse qu'elle a su m'apporter dans une période très critique de ma rédaction. Par ces conseils, sa compréhension et sa disponibilité, elle m'a permis de terminer ce mémoire malgré toutes les difficultés.

Je tiens à remercier également mes parents qui m'ont soutenu durant toute la durée de mes études et qui par leur amour inconditionnel m'ont permis d'avancer sans relâche.

Introduction générale

La relation entre le juge et l'arbitre peut être perçue comme une relation de couple à la vie commune tumultueuse¹. L'arbitrage demeure depuis des lustres le mécanisme le plus adéquat pour la résolution de différends dans les relations commerciales internationales². En effet, l'utilisation systématique de ce mode de règlement de différends par de nombreuses entreprises est motivée par la nécessité de mieux contrôler l'issue du litige³. Par ailleurs, avoir recours à un arbitrage commercial international, n'est pas une alternative parallèle à la justice étatique en droit commercial international⁴. En effet, M. Jan Paulsson, dans la revue d'arbitrage international de Stockholm de 2008 affirme que l'arbitrage en matière de différends dans le commerce international a le monopole de justice⁵. Idéalement, l'arbitrage aurait pu se passer du juge⁶ puisque des règles⁷ simples et modernes ont été promulguées et adaptées à certaines situations⁸. L'idée derrière ces règles a un effet d'atténuation et d'apaisement des tensions entre le juge et l'arbitre⁹.

¹ Eric LOQUIN, « Le juge et l'arbitre », dans *Actes du colloque organisé à Tunis les 25 et 26 avril 2013 à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage*, Tunis, Éditions A. Pedone, 2014, p. 19.

² Gary BORN, *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer, 1, Netherlands, 2009.

³ Nabil ANTAKI, *Le règlement des litiges*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1998.

⁴ Jan PAULSSON, « the international arbitration practice of Freshfields Bruckhaus Deringer », *Arbitration Institute of the stockholm chamber of commerce* 2008.2.1.

⁵ *Id.* "In the transnational environment, international arbitration is the only game. It is a de facto monopoly. The fact that international arbitration is, practically speaking, a monopoly is no reason to celebrate. It is simply a fact. It is unlikely, in our lifetimes, that we will see the emergence of Global Commercial Courts having compulsory jurisdiction".

⁶ *Id.*

⁷ *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01, art. 509, 638 et les chap. V, VI et VII; *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, préc., note 6, art. 5 consacre la compétence du juge d'assistance et de contrôle. Aussi voir les articles 3141 et 3143 du Code civil du Québec concernant également la compétence des tribunaux judiciaires dans l'arbitrage commercial.

⁸ Par exemple, les difficultés résultant d'une demande de récusation de l'arbitre; des situations mettant en l'accent sur la nomination des arbitres ou encore visant à émettre des injonctions de faire ou de ne pas faire.

⁹ Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, t. 441, Paris, LGDJ, 2005. Cet ouvrage vient confirmer que la relation entre l'arbitre et le juge n'a pas été facile. Il soutient à cet effet que " à une époque qui n'est pas si lointaine que ça, au Canada l'attitude des juridictions

En effet, au Québec, depuis la ratification de la convention de New York de 1958¹⁰ et la réforme du Code de procédure Civile québécois 1986¹¹ récemment en 2015, l'arbitrage a eu un cadre juridique global et identique à l'arbitrage interne et international. Le Québec a su montrer son adhésion à l'arbitrage, par la réforme de son Code civil et de son Code de procédure civile en s'inspirant de la loi modèle de la Commission des Nations Unies pour le commerce international¹². Il a vu en cette adhésion, un levier pour encourager le commerce international¹³. Cette faveur pour la justice arbitrale est due, au fait qu'il offre aux parties d'horizons juridiques divers, une justice neutre qui transcende les particularismes juridiques et culturels¹⁴. Cette faveur a eu son lot d'effets positifs sur le milieu des affaires et dans l'évolution de l'état de droit commun québécois. Cependant elle a également suscité des incompréhensions au niveau du partage des compétences entre l'arbitre et le juge étatique. Par exemple, les circonstances où les parties ne s'accordent pas sur certains points de leurs

étatiques face à la justice arbitrale reflétait la méfiance, voire le mépris qu'éprouvait l'ordre juridique étatique envers celle-ci. L'arbitre était pratiquement sous la tutelle d'un juge qui voyait généralement la justice arbitrale d'un bien mauvais œil. Cette attitude conduisait, par exemple, les juges de Common Law à faire généreusement usage du pouvoir discrétionnaire dont ils disposaient de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage par ailleurs parfaitement valide et applicable au plan contractuel, et à exercer un contrôle assez étendu du fond des sentences - notamment à propos de questions de droit. Elle conduisait aussi les juges civilistes à interpréter les conventions d'arbitrage de manière stricte, en privilégiant - en présence de la moindre ambiguïté - le recours aux juridictions de droit commun, ou encore, dans les pires cas, à considérer la clause compromissoire contraire à l'ordre public. L'attitude des juridictions nationales a ensuite évolué, tout comme d'ailleurs le cadre juridique régissant l'arbitrage. On est passé de l'époque de la méfiance à l'époque de la tolérance : la justice arbitrale n'était alors plus méprisée, mais on ne pouvait cependant aller jusqu'à dire qu'elle était réellement encouragée. L'attitude du juge en est plutôt devenue une de neutralité face à la convention d'arbitrage et à la sentence arbitrale, et c'est ce changement de paradigme qui a rendu possibles d'importants développements en vertu desquels les juridictions étatiques ont, par exemple, accepté de donner pleinement effet à la convention d'arbitrage qu'une partie méconnaît en intentant une action judiciaire, renoncé à l'interprétation stricte des conventions d'arbitrage au profit des règles de droit commun d'interprétation des contrats, cessé de contrôler le fond des sentences arbitrales et contribué à l'expansion du domaine des matières arbitrables".

¹⁰ *Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, en ligne : <www.uncitral.org>.

¹¹ *Code de procédure civile*, préc., note 7.

¹² *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, 1985 [CNUDCI], en ligne : <www.uncitral.org>.

¹³ En effet, l'intention pour le Québec de rendre le milieu du droit des affaires attrayant, s'est concrétiser dès leur adhésion à l'arbitrage. Il y a eu à cet effet, la baisse de frontière, la libre circulation des échanges entre les acteurs économiques et l'objectif viser par cette intention est la protection des intérêts économiques des acteurs commerciaux. Il y a un vrai enjeu économique derrière toute cette faveur.

¹⁴ Philippe DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire : arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 2000, P. 45-47.

engagements, tels que le choix des arbitres, la récusation des arbitres ou encore la prise de mesures provisionnelles ou conservatoires. Dans ces situations, il peut arriver que les parties se tournent vers le tribunal étatique pour demander assistance mais celui-ci dans l'exercice de sa mission excède celle-ci. Aussi, il peut arriver que le juge soit saisi pour trancher un litige dont les parties ont convenu d'un arbitrage. Ces situations soulèvent la problématique de l'implication des juridictions étatiques dans le déroulement de l'arbitrage. En effet, depuis l'arrêt *Zodiak*¹⁵, l'efficacité d'une clause compromissoire (la convention d'arbitrage) dépend de la mention explicite et de l'intention des parties à s'engager à recourir à un arbitrage final¹⁶. Il s'agit selon le droit québécois de l'expression même de la clause compromissoire parfaite¹⁷.

Historiquement, l'arbitrage a été adopté depuis l'arrivée des colons français¹⁸. Malgré, les origines lointaines de l'arbitrage au Québec, l'attitude des tribunaux n'a pas été toujours favorable à l'égard de cette institution¹⁹. Suite aux réformes de 1965 et de 1986 du Code de procédure Civile québécois, l'aspect conflictuel des rapports entre le juge et l'arbitre s'est vite transformé en collaboration. Mais, jusqu'à quel point? On considère alors cette nouvelle orientation favorable à l'arbitrage. Cependant, cette collaboration n'est pas sans laisser de

¹⁵ *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983], R.C.S. 529

¹⁶ Frédéric BACHAND, « Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant », (2004) 64 *R. du B.* 121, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/revue-du-barreau/64/1320560486>> (consulté le 1 octobre 2019).

¹⁷ *JS finance Canada inc. c. JS Holding SA*, 1999 CanLII 13870 (QC CA). Dans la décision rendue par le tribunal de première instance, la clause compromissoire n'est pas parfaite, elle est ambiguë, parce qu'elle n'exclut pas le recours aux tribunaux québécois.

¹⁸ Louis MARQUIS, « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », dans H. Patrick Glenn, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 1993, aux Pp 447-486.

¹⁹ Isabelle VENDETTE, « L'évolution de l'arbitrage québécois et les modifications suggérées par le projet de loi 28 : avancée ou illusion ? », (2013) 3-2 *Rev. arb. Med.*, P.123 : " Le premier Code de procédure civile au Québec entra en vigueur le 28 juin 1867. L'article 1341 prévoyait : Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent. Malgré cette formulation qui présente la clause compromissoire sous l'angle d'un accord de volontés, la jurisprudence refusa de reconnaître le caractère obligatoire de la clause d'arbitrage. Ce courant atteint son apogée quand la Cour suprême du Canada énonça que la clause compromissoire contrariait l'ordre public, témoignant ainsi de l'attitude réfractaire des tribunaux envers la justice arbitrale ".

confusion au niveau de l'exercice des prérogatives respectives de chaque juridiction²⁰ Il nous semble intéressant d'exposer les compétences du juge tout en délimitant celles-ci afin de marquer celles qu'il partage avec l'arbitre et celles qui lui sont réservés exclusivement. Ces situations soulèvent l'implication des juridictions étatiques dans le déroulement de l'arbitrage. En effet, depuis l'arrêt *Zodiak*²¹, l'efficacité d'une clause compromissoire (la convention d'arbitrage) dépend de la mention explicite et de l'intention des parties à s'engager à recourir à un arbitrage final²². Ainsi, la conception générale des rapports conflictuels entre le juge et l'arbitre n'aurait-elle pas évolué?

C'est sous le prisme de cette nouvelle relation entre le juge et l'arbitre que nous avons décidé d'exposer les grandes lignes des rapports qui les unissent. De nos jours, la collaboration entre le juge étatique et l'arbitre semble bien établie, si l'on en croit aux multiples interventions du juge dans la procédure arbitrale²³. Ceci rend l'arbitrage d'autant plus attrayant, car les justiciables ont une sécurité juridique²⁴. Par exemple, dans le paragraphe 21 de l'arrêt *Compagnie nationale Air France c. Mbaye* « *Air France s'adresse à la Cour supérieure du Québec pour faire déclarer la nomination de l'arbitre par l'IATA nulle et illégale, faire*

²⁰ Alain PRUJINER, « la compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec », (1999) 12-2 *RQDI*, 80.

²¹ Arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, préc., note 15, P. 529.

²² F. BACHAND, préc., note 16.

²³ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CanLII 34 (CSC). *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2001 CanLII 20609 (QC CA); *Syndicat international des peintres et métiers connexes-conseil de district 97 c. Conseil d'arbitrage des comptes des avocats du Barreau du Québec*, 2016 CanLII 2782 (QCCS).

²⁴ Claire CARRIER et Hubert REID, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 34e éd., coll. Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020. Cet article dispose que : « L'arbitre, ou une partie avec sa permission, peut demander assistance au tribunal pour l'obtention de preuves, notamment pour contraindre un témoin qui refuse, sans raison valable, de se présenter, de répondre ou de produire un élément matériel de preuve qu'il a en sa possession. » Commentaires de Madame La ministre de la justice sous l'article 634 : « Cet article reprend le droit antérieur mais ajoute la possibilité pour l'arbitre de s'adresser lui-même au tribunal au fait qu'une partie peut déjà, avec la permission de l'arbitre, demander l'assistance du tribunal judiciaire pour l'obtention de preuves. La disposition précise, parmi les cas, que l'assistance du tribunal pourra être obtenue pour contraindre un témoin qui refuse de se présenter, ce qui pourrait permettre au besoin d'établir une commission rogatoire afin de recueillir le témoignage d'une personne qui réside hors du Québec. Le pouvoir accordé à l'arbitre de demander l'assistance du tribunal pour l'obtention de preuves est du même type que celui qui lui permet de demander l'aide d'experts ou de décider d'inspecter un bien ou de visiter des lieux. Il vise à lui permettre de décider correctement de l'affaire ».

*déclarer le litige inarbitrable, annuler la sentence partielle n°1 et ordonner aux arbitres de se dessaisir du différend porté devant eux, ou dans l'alternative, ordonner au tribunal arbitral de mettre fin à ses travaux, tant et aussi longtemps que l'embargo international contre la Lybie sera en vigueur*²⁵ ». La fréquence d'intervention du juge dans la procédure arbitrale soulève plusieurs questions. Notamment, celui de son rôle exact dans la procédure arbitrale. Rappelons que le droit québécois de l'arbitrage en matière internationale est régi dans un premier temps par les dispositions du Code de procédure civile c'est-à-dire les art. 620 à 655 qui s'appliquent également en matière internationale et dans un deuxième temps par la loi-type de la CNUDCI²⁶ qui est à titre supplétif.

Pour notre revue de littérature, nous nous sommes inspirés essentiellement d'ouvrages généraux sur l'arbitrage interne et international qui traitent des compétences du juge étatique dans un arbitrage commercial international mais également des compétences de l'arbitre afin de bien délimiter ceux-ci et de dissiper toute confusion quant à leurs rapports. Aussi, nous avons rassemblé des articles de revues spécialisées en la matière, des décisions de jurisprudence québécoise et internationale qui illustrent bien les difficultés concrètes que doivent affronter juges et arbitres pour déterminer leurs champs d'actions réciproques.

Dans son ouvrage²⁷, le juge Bachand souligne que l'intervention du juge, tout au long de la procédure arbitrale, tend à un seul objectif : celui de la satisfaction des intérêts des opérateurs du commerce international. À travers son interprétation des règles du droit positif canadien, il démontre les deux phases caractérisant l'intervention du juge canadien dans l'arbitrage commercial international notamment avant et durant la procédure arbitrale. Dans la phase pré-arbitrale, le juge intervient pour assister l'arbitre et pour protéger les intérêts des parties. Dans la phase post-arbitrale, l'auteur reconnaît la compétence du juge pour la reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale, ainsi que pour connaître du recours en annulation contre

²⁵ *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, 2003 CanLII 35834 (QC CA)

²⁶ F. BACHAND, préc., note 9, para 10 p.13.

²⁷ *Id.*

celle-ci. La grande originalité de cet ouvrage écrit par le juge Bachand est sans aucun doute son acharnement à démontrer que l'arbitrage et la justice étatique devraient évoluer ensemble pour une efficacité totale de la justice²⁸.

Les auteurs Fouchard, Gaillard et Goldman²⁹ mettent l'accent sur le rôle du juge étatique dans un arbitrage commercial international. Ils soutiennent que le juge n'est plus un concurrent de l'arbitre, mais un appui et un soutien inéluctable pour l'arbitre et les parties. À cet effet, l'ouvrage fait une énumération des difficultés rencontrées dans l'arbitrage et des solutions juridiques suggérées. La véritable collaboration du juge étatique et de l'arbitre se constate au niveau des mesures provisoires et conservatoires³⁰. En effet, dans cette matière, le juge peut intervenir pour prononcer des mesures urgentes à la demande des parties mais aussi à la demande l'arbitre s'il le juge nécessaire. On peut admettre l'idée selon laquelle il existerait une cohabitation entre l'arbitre et le juge, d'où la délimitation de leurs compétences respectives en matière de mesures provisoires et conservatoires et même d'arbitrage. On parle de compétences partagées entre le juge et l'arbitre³¹. Par ailleurs, le juge a la compétence exclusive pour connaître du sort réservé à la sentence arbitrale, si celle-ci trouve des difficultés dans son exécution. Cette compétence lui est réservée exclusivement selon le droit commun québécois³². Il s'agit également de la compétence internationale des autorités québécoise.

Plusieurs articles et décisions de jurisprudence québécoises, nous ont permis de traiter de la compétence exclusive des juges à reconnaître et à donner force exécutoire à la sentence arbitrale. Ces décisions de jurisprudence nous aideront à examiner les compétences et limites du juge pendant l'exercice de ses fonctions exclusives. Ce développement est capital car il

²⁸ *Id.*, para 3 P. 4.

²⁹ PHILIPPE. FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

³⁰ Sébastien BESSON, « Les mesures provisoires et conservatoires dans la pratique de l'arbitrage - notion, types de mesures, conditions d'octroi et responsabilité en cas de mesures injustifiées », dans *L'arbitre international et l'urgence*, Bruylant, coll. arbitrage, BRUXELLES, 2014, p. 202.

³¹ *C.p.c.*, préc., note 7, articles 638 et suivants.

³² *Id.*, les livres V, VI et VII; Convention de New York de 1958, préc., note 4.

donnera un cadre juridique plus pertinent à notre étude. En effet, le professeur Prujiner analyse la compétence arbitrale et la compétence judiciaire au regard de la récente jurisprudence québécoise³³. L'analyse de ces jurisprudences³⁴ ont permis de confirmer l'évolution et l'indépendance de l'arbitrage vis-à-vis des tribunaux judiciaires et d'autre part, les rapports fusionnels entre juge privé et juge public. Il porte à cet effet, des critiques sur les situations qui pourraient susciter des difficultés dans leur collaboration et apporte des suggestions afin de faciliter leur collaboration³⁵.

L'intérêt de traiter ce sujet regroupe plusieurs objectifs. Tout d'abord, il s'agit de démentir la conception générale au sujet des rapports conflictuels entre le juge et l'arbitre en matière de compétence. Puis, de démontrer que leurs rapports à l'aube des nouvelles réformes en droit québécois parallèlement au droit français sont plus que complémentaires mais fusionnels. Et pour finir, saisir la place de choix qu'occupe le juge dans cette collaboration même si elle reste subsidiaire. La question qu'il convient de se poser est de savoir quelle la place et quel rôle occupent le juge dans le déroulement d'un arbitrage commercial international?

Pour une bonne compréhension de notre recherche, il est important de spécifier que nous avons deux grands objectifs, qui mènent à un seul but : celui de démontrer l'évolution des rapports complémentaires et fusionnels existant entre la justice étatique et de la justice arbitrale. Dans un premier temps, il s'agit de mettre en évidence la place que tient le juge étatique dans un arbitrage commercial international. En effet, les multiples interventions du juge étatique contribuent à l'efficacité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où il permet de poser un cadre juridique idéal pour le déroulement de la procédure. En veillant au respect des principes fondamentaux de la procédure par l'arbitre et par les parties eux-mêmes.

³³ A. PRUJINER, préc., note 20.

³⁴ *Décarel Inc. c. Concordia project management Ltd.*, 1996 CA 484; *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, 2003 CanLII 35834 (QC C.A.); *Condominiums mont Saint Sauveur inc. c. Lese*, 1990 CanLII 2867 (QC C.A.).

³⁵ A. PRUJINER, préc., note 20.

Dans un deuxième temps, il sera question de démontrer que la compétence du juge dans l'arbitrage n'est pas concurrente à celle de l'arbitre. Autrement dit, démontrer que les pouvoirs attribués au juge sont complémentaires plutôt que concurrentiels d'une part et d'autre part la collaboration entre ces deux justices est indispensable pour l'expansion de l'arbitrage.

Ainsi, l'analyse consistera à relever les prérogatives que le droit de l'arbitrage québécois en matière internationale attribue au juge étatique et démontrera dans un même temps que l'arbitrage, à la suite des nouvelles réformes à acquis plus d'autonomie. L'objet avancé soulève d'un côté, la question du rôle et de la place du juge étatique dans un arbitrage commercial international et d'un autre côté celle de l'autonomie et de l'acquisition de nouvelles compétences de l'arbitre.

Ces questions permettent de soulever deux hypothèses sur lesquelles nous baserons toute notre argumentation :

- D'une part, le juge étatique exerce des compétences partagées avec le tribunal arbitral;
- D'autre part, le juge étatique possède des compétences exclusives qu'il ne partage pas avec le tribunal arbitral.

De plus, le droit étant constitué de normes, son application nécessite une interprétation libérale mais rigoureuse. Des méthodes d'interprétation ont été mises en place pour faciliter la compréhension des règles de droit. Ces méthodes d'interprétation dites « méthodes juridiques » seront donc utilisées afin de vérifier les hypothèses que nous avons avancées précédemment. Nous avons opté pour une interprétation systématique des règles de droit qui gouvernent l'arbitrage commercial international.

L'étude systématique et critique permettra d'interpréter strictement les règles de droit positif mettant en lumière les intentions du législateur qui attribuent la compétence au juge étatique. Elle nous permettra également de mettre en lumière la collaboration entre le juge et l'arbitre dans la phase pré-arbitrale décrite par le Code civil et le Code de procédure civile du Québec. Elle nous permettra de confirmer que cette collaboration est indispensable à l'efficacité de la

convention d'arbitrage³⁶ et à l'évolution constante de l'arbitrage commercial international. En effet, l'étude systématique repose sur l'idée de cohérence de la loi, laquelle implique d'interpréter toute loi en tenant compte de l'ensemble de ses parties³⁷ Cette directive d'interprétation a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence anglaise dès le 16e siècle. Elle est désormais inscrite dans la loi d'interprétation québécoise : « [l]es dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet³⁸ »

Étudier la question de la nature des rapports entre le juge étatique et l'arbitre dans l'arbitrage commercial interne et international ad'hoc relève d'une importance capitale à l'aune de l'évolution de cette justice privée. Contrairement aux procédures judiciaires, l'efficacité de l'arbitrage repose sur la non-compétence des juges dans le déroulement de la procédure. Cependant, dans certaines situations le recours aux juridictions étatiques est nécessaire. La détermination et l'analyse de la compétence partagée ou collaboration du juge étatique sera notre première partie. Dans la première partie, nous démontrerons une collaboration existante entre le juge et l'arbitre. Nous mettrons à la lumière les compétences que l'arbitre partage avec le juge dans le déroulement de l'arbitrage, ces compétences qui ne lui sont pas exclusifs. Ainsi, dans un premier temps, nous parlerons de l'intervention du juge avant l'introduction de l'instance arbitrale (**Chapitre I**). Ensuite, dans un second temps, nous préciserons la nature de la compétence du juge pendant le déroulement de la procédure arbitrale (**Chapitre II**).

Dans la deuxième partie de notre recherche, il sera question des compétences exclusives que la loi a attribué au juge dans le déroulement de l'arbitrage. De ce fait, nous aborderons d'une part, la question des compétences exclusives du juge liées à la reconnaissance et à l'exequatur

³⁶ Alexandre COURT DE FONTMICHEL, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris, Panthéon-Assas, 2004. Cette idée se ressent dans la préface de la professeure Hélène Gaudemet-Tallon à l'ouvrage de Alexandre Court de Fontmichel sur l'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international. L'auteure admet en effet que la collaboration entre la justice privée et la justice étatique est nécessaire dans un domaine spécifique comme l'arbitrage pour des raisons bien connues d'efficacité et dans l'intérêt supérieur du triomphe de la vérité, de la justice.

³⁷ F. Bachand, préc., note 9, P. 17.

³⁸ Mélanie SAMSON et Catherine BÉLANGER, « La méthode systématique », *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon*, Faculté de droit- université Laval, 2017.3.

des sentences arbitrales (**Chapitre I**) et d'autre part, la compétence exclusive du juge en matière d'annulation des sentences arbitrales (**Chapitre II**).

Partie I : Les compétences non exclusives du juge étatique dans le déroulement d'un arbitrage commercial international

L'accroissement des échanges commerciaux sur le plan interne et international et les différents litiges qui en découlent font aujourd'hui une promotion incontestable à l'arbitrage. En effet, il est devenu la forme de justice privée la plus utilisée en matière commerciale et partage avec la justice étatique de nombreux points de convergence³⁹. Elles s'inscrivent toutes les deux dans des perspectives communes, notamment dans la recherche d'un même idéal de justice⁴⁰.

En effet, l'arbitrage a besoin du juge public pour évoluer convenablement. Dans un temps et un espace favorable à l'arbitrage, le juge étatique peut être considéré un assistant de la justice arbitrale. Plus philosophiquement et particulièrement en France, le juge étatique est un ami fidèle de l'arbitre. Il a été qualifié de complice de l'arbitre, dans le meilleur sens du terme⁴¹, et ce, tout simplement parce que ce sont les décisions des cours judiciaires qui ont forgé le droit moderne de l'arbitrage et qui ont permis la promotion de l'arbitrage.

Le juge est appelé à intervenir dans l'arbitrage, lorsqu'au cours de la procédure d'arbitrage, il se produit une situation pathologique, à savoir le refus de coopération entre les parties pour la nomination des arbitres, le manque de coopération entre les arbitres eux-mêmes, l'incapacité ou le décès d'un ou des arbitres. Ces difficultés se constatent dans un arbitrage commercial international *ad hoc*. Lorsque l'arbitrage est organisé par des centres permanents d'arbitrage et soumis à leurs règles⁴², la procédure d'intervention du juge⁴³, avant ou durant la procédure

³⁹ J. PAULSSON, préc., note 5.

⁴⁰ Daniel COHEN, « Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage? », (2012) 1 *Cahiers de l'arbitrage* 159.

⁴¹ É. LOQUIN, préc., note 1, P.19.

⁴² Par exemple, la Chambre de commerce internationale (CCI), l'Arbitration Act (AA), la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), le Centre d'arbitrage canadien, le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)...

⁴³ En ce qui concerne la nomination des arbitres, leur récusation ou la récusation de leurs mandats.

arbitrale, sont régies par ces institutions. Ainsi, les difficultés rencontrées lors de la procédure seraient neutralisées par l'application des règlements établis par ces institutions. Par conséquent, pour faire évoluer et mettre en perspective l'implication et le partage de compétence entre le juge et l'arbitre dans une procédure d'arbitrage, nous proposons de réfléchir sur les pouvoirs du juge dans un arbitrage commercial international ad'hoc en droit québécois principalement.

Il semble important de rappeler que le contrôle et l'assistance sont les deux seules fonctions essentielles, sinon exclusives, du juge étatique en matière d'arbitrage commercial international⁴⁴. Partant, il serait difficile d'admettre que le juge puisse avoir d'autres fonctions hormis celles-ci. Cependant, le juge peut dépasser les fonctions que la loi et les parties lui auraient attribuées, vers une fonction de sanction dans certains cas, notamment en cas de violation de son ordre public⁴⁵. De ce fait, l'intervention du juge dans l'arbitrage commercial international pourrait avoir des impacts non négligeables sur l'arbitrage.

Les pouvoirs dont le juge dispose avant et pendant la procédure arbitrale émanent de la volonté des parties, puis sont consacrés par le Code de procédure civile⁴⁶. En conséquence, tous les pouvoirs dont il sera question au cours de cette étude permettront de démontrer qu'il existe une complémentarité entre les pouvoirs temporaires de l'arbitre et les pouvoirs permanents du juge. Suite à la réforme de 2015 et en s'inspirant de la Loi type de la CNUDCI, le Code de procédure civile du Québec a prévu plusieurs dispositions qui traitent de la place et de la compétence du juge dans l'arbitrage⁴⁷. Le législateur reformule et reprend certaines dispositions anciennes : en attribuant au juge des pouvoirs et des prérogatives importantes visant à assister les parties en premier (chapitre I), mais également le tribunal arbitral dans la conduite de la procédure (chapitre II). Il convient de rappeler que nous aborderons notre sujet

⁴⁴ Luc CHAMBERLAND et al., *Le grand collectif: Code de procédure civile : commentaires et annotations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, art. 34 et suivants, P. 300.

⁴⁵ *Id.*, art 646, les motifs de refus d'homologation

⁴⁶ *Id.*, art. 622 et suivants

⁴⁷ *Id.*

sous les auspices de la législation québécoise en ce qui a trait au droit de l'arbitrage avec l'apport incontournable de quelques éclairages en droit comparé.

Chapitre I : L'intervention du juge avant l'introduction de l'instance arbitrale

Le juge dispose des prérogatives pour prêter assistance aux parties et à l'arbitre durant la constitution du tribunal arbitral. Ces prérogatives seront analysées au regard du Code de procédure civile, de la Loi type de la CNUDCI, du droit français de l'arbitrage⁴⁸, ainsi que des récentes jurisprudences⁴⁹. Bien que les anciennes réformes eussent déjà investi le juge de ces pouvoirs importants, ces pouvoirs ne cessent de s'affermir à l'aune des nouvelles jurisprudences systématiques favorables à tout point de vue à l'arbitrage. En effet, le point le plus marquant de la modernisation et de la campagne de l'arbitrage commercial international est l'éclaircissement des pouvoirs entre le juge et l'arbitre. Avant la réforme relative à du droit québécois de l'arbitrage en 2015, le juge possédait déjà des prérogatives et pouvoirs d'assistance et de coopération pour aider à assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Au Québec, cette orientation envers l'arbitrage a été bien accueillie dans l'ensemble, tant par les usagers que par les tribunaux qui ont adopté une jurisprudence fondée sur un principe favorable au respect des clauses d'arbitrage. Comme le dit la Cour d'appel dans l'affaire *Condominiums Mont St Sauveur Inc. c. Les constructions Serge Sauvé Ltée*⁵⁰ : « une interprétation large et libérale s'impose en la matière ». Par ailleurs, la réforme française relative au droit de l'arbitrage français sépare les pouvoirs concurrents entre le président du tribunal de grande instance et le président du tribunal de commerce, lequel n'est compétent qu'en matière de difficultés liées à la constitution du tribunal arbitral ou de récusation, ceci

⁴⁸ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, en ligne (consulté le 19 Octobre 2019) <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>;

⁴⁹ *Gestion Christian Veilleux c. Chabot*, A.E./P.C. 2007-5103 (C.S.); *9281-4185 Québec inc. c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, A.E./P.C. 2016-672 (C.S.); *Tanguay c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, A.E./P.C. 2001-707 (C.S.); *Lamothe c. Lamothe*, [2001 CanLII 25562 \(QC CS\)](#); *Microtec Sécurité-T inc. c. Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec*, [2003 CanLII 74911 \(QC CS\)](#).

⁵⁰ *Condominiums mont Saint Sauveur inc. c. Lese*, préc., note 34.

dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage l'aurait expressément prévu⁵¹. Avec le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, le droit français va encore plus loin en consacrant la fonction du juge d'appui à un juge spécialisé en la matière. Un choix a donc été fait, celui de passer outre les réticences sur les rapports entre ces deux justices. Ce décret permet ainsi à l'arbitrage d'avoir un soutien indéfectible de l'institution judiciaire pour l'aider à accomplir sa tâche. Le juge d'appui, solennellement couronné, est un appui systématique à l'arbitre que le décret a instauré et organisé en faveur de l'arbitrage⁵². De plus, les pouvoirs du juge en arbitrage sont de nature substantielle, mais essentiels pour garantir l'efficacité de la convention d'arbitrage et le bon déroulement de la procédure (éviter les manœuvres dilatoires de la part des parties et neutraliser les difficultés pouvant en découler). Avant l'introduction de l'instance arbitrale, les interventions du juge sont constatées à plusieurs niveaux : sur demande de l'une ou des deux parties; en cas de difficulté à la phase de nomination des arbitres; ou à la phase de la récusation ou de la révocation de leur mission.

Tout d'abord, notre première section visera à réfuter le principe de l'incompétence du juge dans un arbitrage commercial, tout en précisant son caractère relatif lorsque des difficultés surviennent durant la procédure de constitution du tribunal arbitral (section I). Bien que la volonté des parties ayant convenu à un arbitrage soit de se soustraire à la justice étatique, il arrive souvent des situations qui les contraignent à retourner vers les tribunaux judiciaires pour demander assistance. Ainsi, le recours aux tribunaux judiciaires donne compétence au juge pour intervenir dans la procédure arbitrale, toutefois, sans dessaisir l'arbitre de sa mission. Ensuite, nous démontrerons que le juge peut contribuer à l'efficacité de la convention d'arbitrage (section II), tout en respectant le principe de la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage en cas de litiges.

⁵¹ *Code de procédure civile français* (CPC), art. 1444 et 1456.

⁵² Thomas CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, 2^e éd., Paris, Cahiers de l'arbitrage, 2011, P.331.

Section I : Le principe de l'incompétence du juge et l'efficacité de la convention arbitrale

L'efficacité de la convention d'arbitrage se concrétise par la validité de celle-ci. En effet, pour que la convention d'arbitrage soit valide, des conditions procédurales sont à remplir. Il s'agit par exemple du respect de la volonté des parties par le tribunal étatique, du respect des conditions formelles et des conditions de fond comportant les modes de transmission des preuves⁵³. En principe, l'efficacité de la convention d'arbitrage suppose à l'origine l'exclusion des tribunaux étatiques dans la procédure arbitrale sur le fond du litige, etc. Au Québec, cette exclusion a été consacrée comme un principe relevant de la volonté et de l'autonomie des parties qui ont recours à l'arbitrage.

Étant donné que l'efficacité de la convention d'arbitrage repose sur l'exclusion des tribunaux, les législations modernes attribuent à la convention d'arbitrage des effets positifs et des effets négatifs⁵⁴ (sous-section I). Le principe d'incompétence des tribunaux judiciaires est l'une des conséquences juridiques de l'effet négatif de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Cependant, il arrive des situations où cet effet négatif ne peut être appliqué : le cas des urgences⁵⁵. Ce sont là les exceptions juridiques du principe consacrant l'incompétence des tribunaux judiciaires (sous-section II). Ce principe essentiel pour l'efficacité de la convention d'arbitrage, est expressément frappé par une multitude d'exceptions. Ces exceptions

⁵³ Jean-Louis BAUDOIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 22^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2019, art. 2640.

⁵⁴ P. FOUCHARD et al., préc., note 30, p. 47-69.

⁵⁵ STEFANO AZZALI ET FRANCARBI (dir.), *L'arbitre international et l'urgence; [colloque international organisé ... à Milan par Francarbi...]*, coll. Arbitrage, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2014. Dans cet ouvrage collectif, l'urgence avant la constitution du tribunal arbitral qui nécessite l'intervention du juge étatique est abordée par M. CHARLES JARROSSON et Mme CÉCILE CHANAIS. En effet, selon les auteurs, à certains égards, l'arbitrage semble être envahi par l'urgence. Les causes de ces urgences viennent bouleverser l'introduction de la procédure arbitrale. De plus, lorsqu'elles se produisent au cours de l'instance arbitrale, elles viennent la bouleverser également. L'urgence pourrait donc être définie comme toutes les situations économiques, sociales ou juridiques pouvant influencer d'une manière ou d'une autre la procédure arbitrale du début jusqu'à la fin (rendant la sentence compromise). L'auteur affirme que l'urgence apparaît parfois avant la constitution du tribunal arbitral. Dans cette situation, le recours au juge étatique est priorisé, car historiquement, c'est une fonction qui avait été conçue juste pour le juge étatique : celle de protection juridictionnelle provisoire et subsidiaire.

permettent d'admettre la possibilité des tribunaux d'intervenir dans un arbitrage commercial international.

Sous-section I : Le contenu du principe de l'incompétence du juge

La convention d'arbitrage est un contrat nommé, expressément spécifié dans le Code civil du Québec au chapitre XVII. Elle bénéficie d'un encadrement juridique bien établi. Ce sont les dispositions particulières du Code civil du Québec (C.c.Q.) et du Code de procédure civile du Québec (C.p.c.) qui réglementent l'arbitrage interne et international au Québec. Il est important de préciser le régime spécifique de la convention d'arbitrage, qui le distingue des autres contrats nommés (A), avant d'entamer l'analyse du principe de l'incompétence du juge étatique (B). Ce sont l'établissement et le respect de ce régime qui impliquent le principe d'incompétence des tribunaux judiciaires.

A. Le régime spécifique de la convention d'arbitrage : l'autonomie et l'exigence de l'écrit

La particularité de la convention d'arbitrage réside dans le fait que les droits et les obligations sont similaires⁵⁶ En principe, l'essence des contrats réside dans les effets qu'ils produisent, en l'espèce la détermination de droits et d'obligations des parties qui y sont liées. De ce fait, la convention d'arbitrage ne peut être considérée comme un contrat type. En d'autres mots, les droits et les obligations des parties ont trait à leur volonté à s'engager dans l'arbitrage lorsqu'un litige naît ou naîtra éventuellement dans leurs rapports contractuels. Le droit et l'obligation résultant de cette convention se confondent donc en une même réalité pour les parties au contrat. Elles sont tenues de respecter leurs engagements et d'éviter de commettre des manœuvres dilatoires afin de s'y soustraire. C'est le premier point de la convention

⁵⁶ Jean-Denis GAGNON, « La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ? », *R. du B.* 2010.69.3. Au para 11, l'auteur affirme que : " S'il est de l'essence des contrats de déterminer, tant les droits que les obligations des parties, entre lesquelles ils interviennent, la convention d'arbitrage ne saurait certes être considérée comme un contrat type. Le droit et l'obligation résultant de cette convention se confondent donc en une même réalité pour les deux parties signataires. Elles sont tenues de soumettre à l'arbitrage le litige qui les oppose En cela, la convention d'arbitrage diffère des autres contrats synallagmatiques ou bilatéraux, définis à l'article 1380 du Code civil, lesquels comportent pour chacune des parties, des obligations corrélatives, mais distinctes".

d'arbitrage au détriment des autres contrats synallagmatiques ou bilatéraux, définis à l'article 1380 du Code civil⁵⁷, lesquels comportent pour chacune des parties des obligations corrélatives, mais distinctes. Ceci nous conduit dans un premier paragraphe, à analyser cette particularité de la convention d'arbitrage.

1. L'autonomie de la convention d'arbitrage

La législation québécoise précise que : « *la convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux* »⁵⁸. Dans la majorité des cas, la convention d'arbitrage peut être un contrat inclus dans un autre contrat, c'est une clause particulière. En effet, elle est matérialisée par une clause compromissoire⁵⁹ qui mentionne la volonté des parties de soumettre à un arbitrage, un éventuel différend qui pourrait surgir entre elles. De cette clause compromissoire naîtra pour les parties l'obligation de recourir à l'arbitrage, en cas de différends ayant un rapport avec l'objet de leur contrat ou l'objet pour lequel elles en ont convenu. En l'espèce, dans l'affaire *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*⁶⁰, la Cour a conclu que la clause compromissoire dite « parfaite » oblige à l'avance les parties à soumettre tout litige pouvant naître du contrat à l'arbitrage et exclue le recours aux tribunaux de droit commun. En conséquence, une clause compromissoire vise les litiges nés ou futurs et oblige les parties.

⁵⁷ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art. 1380. Cet article dispose que : " Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune d'elles soit corrélative à l'obligation de l'autre. Il est unilatéral lorsque l'une des parties s'oblige envers l'autre sans que, de la part de cette dernière, il y ait d'obligation".

⁵⁸ *Id.*, On entend par « tribunaux » ou « tribunal compétent », sauf indication contraire du contexte, toute les cours du Québec, notamment la Cour supérieure, de district ou de comté.

⁵⁹ La clause compromissoire est une clause insérée dans un contrat par laquelle les parties conviennent à l'avance de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître entre elles lors de l'exécution du contrat. Pour qu'elle soit valide, elle doit préciser que la sentence rendue sera finale et liera les parties. *Sport Maska Inc. c. Zittner*, 1988 CanLII 68 (CSC).

⁶⁰ *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, préc., note 15, 529.

La convention d'arbitrage revêt une importante capitale : c'est la pierre angulaire sur laquelle repose toute l'efficacité de l'arbitrage⁶¹. La convention d'arbitrage est soumise aux dispositions applicables aux obligations de manière générale (article 1377 C.c.Q.). En plus de ses conditions d'existence particulières⁶², il faut que les parties soient capables d'obliger et d'être obligées à leur tour, qu'elles aient donné valablement leur consentement et que la cause et l'objet de la convention soient licites. Ce rappel théorique au regard de la théorie générale des obligations n'est pas inutile puisqu'il suffit qu'un acte juridique, y compris la convention d'arbitrage, ne respecte pas les préalables de formation ou de validité prévus par la loi pour qu'il soit frappé de nullité absolue⁶³ ou même qu'il puisse être constaté comme n'ayant jamais existé⁶⁴.

La convention d'arbitrage est une clause distincte des autres clauses du contrat principal⁶⁵. En effet, l'autonomie de la convention d'arbitrage est une particularité de celle-ci. Cette autonomie se constate tant à l'égard du contrat principal qu'à l'égard des tribunaux judiciaires. Par exemple, la constatation de vices dans le contrat principal n'affecte pas la convention d'arbitrage, puisque les arbitres ne peuvent refuser de mener la mission qui leur est confiée au motif que le contrat principal est nul⁶⁶. Ainsi, dès lors que la mission est acceptée, ils sont obligés envers les parties et ont une compétence exclusive pour statuer sur le fond du litige qui oppose les parties.

Ce pouvoir exclusif attribué aux arbitres dessaisit les tribunaux judiciaires implicitement en présence d'une clause d'arbitrage. C'est l'une des nombreuses conséquences de l'expression

⁶¹ Jean-François POUDRET ET Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, Schulthess Médias Juridiques Sa, 2002. P.121.

⁶² J. D. GAGNON, préc., note 56. C.c.Q, préc., note 52, arts. 2638 et suivant et d'autres dispositions du C.p.c. au titre de l'arbitrage.

⁶³ C.c.Q., préc., note 57, arts. 1416 et 1417.

⁶⁴ *Id.*, art. 1422

⁶⁵ *Id.*, art. 2642 dispose que : « Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme 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 ».

⁶⁶ *Id.*

de la liberté contractuelle des parties. Ce dessaisissement concerne la conduite de la procédure. En fait, les tribunaux ne peuvent intervenir sur la manière dont les parties veulent gérer leur convention et sur les éléments qui la contiennent. Cette tâche est laissée à la seule discrétion des parties. En ce qui concerne l'autonomie de la convention d'arbitrage envers le contrat principal, le législateur a expressément prévu qu'« *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*⁶⁷ ». C'est une spécificité de la convention d'arbitrage. Elle est à l'abri des vices que peut contenir le contrat principal.

Par conséquent, l'efficacité de la convention d'arbitrage repose en partie sur le respect de son autonomie. L'autre spécificité de la convention d'arbitrage est sa condition formelle, à savoir l'exigence de l'écrit.

2. Les conditions formelles : l'exigence de l'écrit

La convention d'arbitrage est un contrat nommé, expressément édicté et régi par la législation québécoise⁶⁸. Elle doit satisfaire toutes les conditions de formation liées au contrat conformément au droit des obligations et des contrats et aux autres dispositions qui la régissent. À cet effet, le Code civil du Québec ainsi que certaines lois⁶⁹ prévoient que la convention d'arbitrage doit normalement être consignée par écrit. Cette exigence de l'écrit ne

⁶⁷*Id.*, art. 2640. Il en va de même en ce qui concerne l'arbitrage par avocats. L'article 382 C.p.c. mentionne expressément concernant ce type d'arbitrage que la demande que les parties adressent un tribunal doit être signée par elles, ce qui donne clairement à entendre que cette demande doit être formulée par écrit.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*, voir à cet effet les commentaires de Madame la ministre de la Justice du Québec sous l'article 2640. Elle mentionne que cet article : « vise à protéger les cocontractants, en exigeant que la convention d'arbitrage soit constatée dans un écrit; s'il n'est pas nécessaire que cet écrit soit fait dès la conclusion de la convention, il doit cependant être produit lorsque sa preuve est exigée, à moins qu'il ne puisse alors être présumé »; voir également l'art 1433 du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, préc., note 48. Cet article maintient l'exigence selon laquelle ces conventions doivent être écrites à peine de nullité, tout en tenant compte de la jurisprudence en vertu de laquelle la convention d'arbitrage peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale (Rapport au Premier ministre relatif au Décr. n° 2011-48 du 13 janv. 2011, JO 14 janv.) en ligne : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=NCPC243779&scrl=NCPC272552>;

servira pas seulement à l'admission de la preuve, mais permettra également de confirmer que la volonté des parties est de recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés ou éventuels. Cette justification de la condition formelle de la convention d'arbitrage est soutenue par le professeur Alain Prujiner⁷⁰. En effet, il souligne que l'exclusion des tribunaux dans la procédure doit indiscutablement être assujettie à un formalisme particulier, car la renonciation au droit d'accès aux tribunaux judiciaires revêt un caractère sérieux et fondamental : c'est la volonté des parties de renoncer à leur droit de s'adresser aux tribunaux.

Cependant, se pourrait-il que l'exigence d'un écrit comme une condition de validité ne soit pas absolue? En fait, le même article qui consacre la condition formelle de la convention d'arbitrage prévoit dans un même temps sa relativité. L'article 2640 C.c.Q. dispose qu'« ... 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 ⁷¹». Autrement dit, la volonté des parties à vouloir recourir à l'arbitrage en cas de différend peut être constatée par d'autres moyens de preuve, par exemple des échanges de communications, des échanges de lettres⁷² ou encore la clause compromissoire contenue dans un contrat d'adhésion en ligne à laquelle on accède par hyperlien⁷³. Ces moyens de preuve sont considérés comme des moyens de commencement de preuves écrites; elles laissent des traces écrites qui détermineront la validité de la convention d'arbitrage qui lie les parties. Tel est le cas dans l'arrêt *Sport Maska Inc. c. Zittner*⁷⁴, où la Cour suprême précise les facteurs pouvant permettre la détermination de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. La particularité et l'efficacité de la convention d'arbitrage reposent

⁷⁰ Alain PRUJINER, *Validité et efficacité des conventions d'arbitrage*, Cours de perfectionnement du notariat, 1995.

⁷¹ C.c.Q., préc., note 57, art. 2640.

⁷² *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, préc., note 23, Les échanges de lettres entre madame Christine L'heureux et madame Desputeaux dans l'affaire.

⁷³ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 23, la clause compromissoire contenue dans un contrat d'adhésion.

⁷⁴ Lire l'arrêt *Sport Maska Inc. c. Zittner*, préc., note 59, P. 588 et suivantes, en ce qui concerne la notion de clause compromissoire parfaite.

sur l'incompétence des tribunaux en présence d'une clause compromissoire. C'est encore l'une des particularités de la convention d'arbitrage.

B. Le contenu du principe d'incompétence du juge étatique

Conformément aux articles 2638 C.c.Q. et 622 C.p.c., en principe, les tribunaux sont incompétents en ce qui concerne les litiges au sujet desquels les parties ont convenu d'un arbitrage⁷⁵.

Dans un souci d'efficacité, il faut que la convention d'arbitrage produise deux effets, à savoir un effet négatif et un effet positif. On constate l'effet négatif de la convention d'arbitrage lorsqu'il y a la possibilité d'écarter les juridictions étatiques. L'effet négatif de la convention d'arbitrage est l'incompétence des juridictions étatiques à statuer sur le fond du litige. Il suppose l'efficacité *prima facie* de la convention d'arbitrage. Cet effet a été consacré comme l'un des principes de l'arbitrage par plusieurs conventions internationales et législations nationales⁷⁶

De plus, dans les commentaires du ministre de la Justice sur l'article 2638 du Code civil du Québec, il est apparu que l'essence même de la convention d'arbitrage est l'exclusion des tribunaux. Le ministre confirme que la convention d'arbitrage « ... *est un contrat dont l'essence est d'écarter l'intervention des tribunaux dans le règlement des litiges, nés ou éventuels* ». L'incompétence du juge étatique n'est pas constatée dès lors que les parties ont conclu un accord. Théoriquement, le dessaisissement du juge s'appuie sur l'effet négatif de la

⁷⁵ C.c.Q., préc., note 57, art. 2638.

⁷⁶ *Protocole de Genève en lien avec les clauses arbitrales*, 23 septembre 1923. l'art. 4 de ce protocole dispose que : « Les tribunaux des Etats contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article premier et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressés, à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres. Ce renvoi ne préjudicie pas à la compétence des tribunaux au cas où, pour un motif quelconque, le compromis, la clause compromissoire ou l'arbitrage sont devenus caducs ou inopérants ». Ensuite, c'était au tour de la Convention de New York de 1958, préc., note 4, d'appuyer ce principe, et plus tard, la Loi type de la CNUDCI l'adopta également. Toutes ces conventions ont reconnu l'effet négatif de la convention d'arbitrage.

convention d'arbitrage. Lorsque la convention d'arbitrage est valablement constituée, elle attribue la compétence aux arbitres, qui sont investis d'une compétence juridictionnelle en raison de leur mission. Cette attribution exclut d'office la compétence juridictionnelle des juges⁷⁷.

Le dessaisissement du juge au profit du tribunal arbitral vise à assurer l'exécution de la convention dans son effet négatif. Il constitue donc un mécanisme d'exécution en nature de la convention d'arbitrage. Ce mécanisme ressort des textes de l'article II (3) de la Convention de New York de 1958 et de l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI. En effet, il s'agit de : « l'existence d'une obligation conventionnelle incombant aux parties d'arbitrer un litige qui provoque le dessaisissement du juge »⁷⁸. Ce principe est respecté par les juges canadiens. Par exemple, dans l'affaire *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.*, la Cour suprême a mis en évidence l'importance d'un tel principe ainsi que le lien entre l'existence d'une obligation conventionnelle incombant aux parties de soumettre leur litige à l'arbitrage et le dessaisissement du juge⁷⁹.

Au niveau international, la constatation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est régie par les dispositions sur la compétence internationale des tribunaux québécois. Ces dispositions sont prévues par le Code civil dans son titre III et successivement par ses articles 3148 à 3150

⁷⁷ C.c.Q., préc., note 57, art. 2638.

⁷⁸ F. BACHAND, préc., note 9, p9. 183. 278.

⁷⁹ *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.*, [1997] 1 R.C.S. 5. Dans cette affaire, la convention l'arbitrage invoquée dans la demande de renvoi à l'arbitrage du litige contenait certaines modalités relatives à la mise en branle d'une instance arbitrale exprimées comme suit : « the party demanding such arbitration shall give to the other party notices 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 au renvoi du litige à l'arbitrage au motif qu'une instance arbitrale n'avait pas encore été mise en place, donc que les tribunaux étaient compétents. Deux des trois juges ont été convaincus, mais le juge dissident a affirmé que le motif de la demanderesse était nul et ne pouvait pas constituer une condition d'intervention des tribunaux. En effet, selon lui, que la convention d'arbitrage ait été mise en œuvre ou non, la volonté des parties consignée devrait être respectée conformément à l'art. 8 de la Loi type, puisque le texte est clair et sans ambiguïté. Contrairement à *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.*, dans l'affaire *Décarel Inc. c. Concordia Project Management Ltd.*, la volonté des parties n'est pas la seule cause du dessaisissement du juge en présence d'une convention d'arbitrage, encore faut-il que le litige pour lequel ils vont en arbitrage soit arbitral.

C.c.Q. Dans l'article 3148 C.c.Q.⁸⁰, on trouve la règle qui exclut la compétence des juridictions québécoises lorsque les parties ont choisi de soumettre leur différend né ou à naître à un arbitre.

Sur le plan procédural, certaines dispositions imposent au tribunal étatique de se déclarer incompétent face à un litige au sujet duquel les parties ont conclu à un arbitrage. Aux termes de l'article 622, al. 2, du C.p.c.⁸¹, le tribunal doit, à la demande de l'une des parties, renvoyer les parties à l'arbitrage. Il s'agit d'une disposition impérative, dont l'application est subordonnée à certaines conditions : d'abord, la présence d'une clause compromissoire; ensuite, la cause ne doit pas être inscrite; le renvoi doit être demandé par l'une des parties; et enfin, le tribunal ne doit pas constater la nullité de la convention d'arbitrage. Ces conditions établies pour écarter l'intervention du tribunal dans l'arbitrage nous obligent à poser la question suivante : le caractère inopportun du recours à l'arbitrage peut-il faire obstacle à l'effet négatif de la convention d'arbitrage? La réponse à cette question est affirmative au regard des termes de l'article précité.

En résumé, retenons que le principe selon lequel les juges sont incompétents en présence d'une clause compromissoire « parfaite » est consacré par des dispositions de la loi type de la CNUDCI⁸². Cependant, ces mêmes lois et cette même volonté des parties qui établissent ce

⁸⁰ J-L. BAUDOIN et Y. RENAUD, préc., note 54, art.3148. Dans cet article 3148, le législateur définit les critères de compétences internationales des juridictions étatiques dans les actions personnelles à caractère patrimonial. Dans l'hypothèse où les parties ont soumis leur différend à un arbitrage, les tribunaux ne sont pas compétents, à moins que le défendeur reconnaisse la compétence des juridictions pour connaître le litige. Cette incompétence est aussi constatée dans certains litiges concernant le droit de la consommation, le droit du travail.

⁸¹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, Art 622 al.2. Dans ses commentaires, M. Dalphond explique que ce cas de renvoi existe lorsque le différend assujéti à une convention d'arbitrage est présenté au tribunal qui, faute de celle-ci, serait compétent pour l'entendre. Dans ce cas, le tribunal doit, mais uniquement à la demande de l'une des parties, renvoyer les parties à l'arbitrage. On en vient toutefois à recourir au tribunal, car si dans ce cas d'espèce l'autre partie ne fait pas prévaloir le respect de la convention d'arbitrage dans un délai de 45 jours suivant la demande introductive d'instance, le tribunal sera déclaré compétent et cela présupera la renonciation des parties à l'arbitrage, ce qui est plutôt rare. Voir à cet effet l'affaire opposant *Telus Mobilité c. Comtois*, [2012], C.A. La cour d'appel affirme qu'en présence d'une convention d'arbitrage liant les parties, toutes des entreprises, un renvoi doit être ordonné, malgré l'existence d'un recours collectif sur le même objet, même impliquant des consommateurs.

⁸² *Loi type de la CNUDCI*, préc., note 12.

principe se contredisent lorsque certains événements ébranlent l'espoir des parties de voir leur litige tranché par un tribunal arbitral. En effet, certaines situations relativisent ce principe de l'incompétence, cette incompétence qui est le pendant de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Dès lors, la seule question qu'elle soulève vise à savoir quels sont les cas dans lesquels ce principe est relatif, ou du moins, de quelles exceptions ce principe relève.

Sous-section II : Les exceptions au principe de l'incompétence : une possible compétence du juge étatique

En proclamant formellement l'incompétence des tribunaux judiciaires en présence d'une convention d'arbitrage, le législateur québécois a prévu des situations dérogatoires pouvant attribuer la compétence aux juges étatiques. Ainsi, dans un premier contexte, le juge est compétent s'il constate la nullité de la convention d'arbitrage (A), et dans un second contexte, si les parties ne forment pas la demande de renvoi à l'arbitrage dans le délai prévu (B).

A. La compétence du juge en présence d'une convention d'arbitrage nulle

La première exception au principe d'incompétence du juge étatique est la nullité *prima facie* de la convention d'arbitrage. La nullité se définit comme la sanction de l'invalidité d'un acte juridique ou d'une procédure⁸³. Les causes de la nullité d'une convention se constatent lorsque celle-ci ne respecte pas les conditions de formation ou lorsque le consentement des parties à cette convention est vicié. Dans le cas de la convention d'arbitrage, elle est réputée nulle si le juge constate soit une atteinte à l'ordre public, soit que son objet porte sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou encore si la clause compromissoire inscrite dans la convention ne porte pas les mentions importantes telles que « la recherche de l'intention

⁸³ Dictionnaire Serge Braudo, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/nullite.php>, consulté le 17-01-2018.

réelle des parties conduirait l'interprète à conclure que les parties les ayant omises envisageaient néanmoins un arbitrage à la fois obligatoire et final n'y changera rien. En d'autres termes, elle est réputée nulle lorsque les parties ont convenu à un arbitrage portant sur des droits indisponibles. Par exemple, *la Loi sur la protection des consommateurs* apporte des balises quant au recours à l'arbitrage en droit de la consommation⁸⁴. Ces causes de nullité de la convention d'arbitrage ont été expressément prévues par le Code civil du Québec dans son article 2639⁸⁵.

Au Québec, ces questions relèvent de la compétence exclusive du tribunal judiciaire. Il apparaît clairement que cette disposition législative est à caractère d'ordre public. Le législateur québécois a particulièrement cherché à protéger ces matières dont les parties ne peuvent disposer librement. Les questions qui intéressent l'ordre public restent toujours implicites, alors dans ce cas, « le juge sera celui qui en faisant cas des circonstances de chaque situation, déterminera les transgressions ou non à l'ordre public⁸⁶ ». L'importance du juge étatique dans la procédure arbitrale est de taille, puisqu'il faut son accord pour valider la convention d'arbitrage. Soulignons que la fonction du juge étatique à titre de garant de l'ordre public interne ne fait pas de l'ombre à celle de l'arbitre. En effet, le juge intervient lorsque les parties s'adressent à lui. Par exemple, dans l'article 8 de la loi type de la CNUDCI, même si les parties s'adressent au juge, il est de sa responsabilité de les renvoyer à l'arbitrage.

Par ailleurs, lorsque le législateur attribue la compétence exclusive dans certains domaines, à certaines juridictions, cela n'entraîne pas l'exclusion systématique de l'arbitrage⁸⁷ En effet, il

⁸⁴ *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40. art. 11.1.

⁸⁵ *C.c.Q.*, préc., note 57, art.3639. Il s'agit d'une compétence exclusivement réservée aux juges étatiques afin de garantir leur protection. Ils sont couverts par l'ordre public de protection.

⁸⁶ Stéphanie CARTIER, « L'arbitrage international au Québec : ordre public interne ou ordre public international ? », (1998) 11-1 *RQDI* 229-261, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/rqdi> (consulté le 3 octobre 2019).

⁸⁷ Karim VINCENT, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, Para. 2062-2065, P. 859; en ligne : <<https://edocrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/114/1320381646>>. Dans ces commentaires visant l'article 1438 de droit nouveau, M. Karim explique l'effet de la nullité des clauses en matières familiales : « Les parties à une entente portant sur le partage du patrimoine familial insèrent souvent en toute bonne foi une ou des clauses visant à avantager leurs enfants. Bien que l'objectif visé par cette clause soit louable, une telle clause peut être

convient tout d'abord de déterminer l'intention du législateur, à savoir : répartir les compétences au sein de l'ordre judiciaire (dans ce cas, l'arbitrage est possible) ou donner toute la compétence à une seule juridiction sur la question (dans ce cas, l'arbitrage est *a priori* exclu). Par exemple, en droit de la consommation ou du travail, conformément à l'art. 3149 C.c.Q., les autorités québécoises sont compétentes pour statuer sur un différend en la matière, dès lors que le travailleur ou le consommateur a sa résidence ou son domicile au Québec et reconnaît la compétence aux juridictions québécoises⁸⁸

De plus, l'intention du législateur à rendre certaines matières non arbitrables, vise à protéger certains droits des manœuvres frauduleuses : tel est le cas de l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁸⁹. En effet, cet article interdit toute stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige à l'arbitrage, soit de

contraire à certaines dispositions qui sont d'ordre public et, par conséquent, sera déclarée nulle. Une question légitime se pose alors : la nullité de cette clause dit-elle nécessairement engendrer la nullité de l'ensemble de l'entente? Chaque cas constitue un cas d'espèce et le tribunal doit procéder par étapes lors de son analyse. Il doit d'abord vérifier la validité de la clause en question et s'il constate sa nullité, il doit alors évaluer l'impact de cette nullité sur les droits et les obligations des parties qu'elles cherchaient à régler par leur entente. Ainsi, lorsque l'une des parties renonce au partage d'un bien faisant partie du patrimoine familial moyennant un engagement de l'autre partie de léguer ce bien par un testament aux enfants des parties, une telle clause doit être déclarée nulle, puisqu'elle contrevient à une règle impérative prévue à l'article 706 C.c.Q. qui stipule que « Personne ne peut, même par contrat de mariage ou d'union civile, [...] abdiquer sa faculté de tester, de disposer à cause de mort ou de révoquer les dispositions testamentaires qu'il a faites ».

⁸⁸ J-L. BAUDOIN et Y. RENAUD, préc., note 53, art. 3149. Un litige entre deux compagnies ne rentre pas dans le cadre de l'article 3149 C.c.Q., à l'inverse d'un litige entre eBay et des étudiants domiciliés au Québec. Ce contrat entre la plateforme et les étudiants est qualifié de contrat de consommation donc la compétence appartient aux juges étatiques voir les article 3148 C.c.Q. et suivants. Lire à ce sujet l'arrêt *Mofo Moko c. EBay Canada Ltd.*, 2013 QCCA. Les contrats d'entreprise et de représentation indépendante ne sont pas des contrats de travail, voir l'arrêt *Yunes c. Garland Canada Inc.*, C.S. 2004, contrairement aux bénéfices sociaux et aux pensions de retraite découlant du contrat de travail qui ont largement été interprétés et qui font partie du domaine d'application de l'article 3149 C.c.Q., voir à ce sujet l'arrêt *Lebeau c. American federation of labor and congress of Industrial Organisations, AFLCIO*, 2007 QCCQ. Ainsi, l'existence dans un contrat de consommation d'une clause d'élection de for à un tribunal étranger n'empêche pas le tribunal québécois de se déclarer compétent.

⁸⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, préc., note 85, dans l'affaire *Ouellet c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanessa*, 2005 C.S. Il s'agit d'une requête d'ordonnance en vue de forcer leur assureur à nommer un arbitre, dans le cadre d'un différend relatif au montant des dommages découlant d'un sinistre couvert par la police d'assurance qui lie les parties. La requête est accueillie et le juge Roger Banford ordonne à la partie défenderesse la Compagnie mutuelle d'assurance Wawanessa de procéder à la désignation d'une personne qualifiée, à titre d'arbitre pour son compte, afin d'agir comme un des trois arbitres pouvant entendre le différend qui oppose les parties et pour rendre une sentence.

restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer une action collective, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par une telle action.

En conséquence, le tribunal judiciaire devient compétent dès lors que les parties conviennent d'un arbitrage portant sur des matières relevant de sa compétence. Il a également sa compétence lorsque les parties renoncent à la convention d'arbitrage qu'il avait conclue.

B. La renonciation du recours en arbitrage : le critère de l'inscription de la cause pour enquête et audition

L'article 940.1 de l'ancien Code de procédure civile prévoyait que « *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* »⁹⁰. Tacitement, cette disposition suppose que, si une partie soumet au tribunal judiciaire un litige au sujet duquel les parties ont conclu une convention d'arbitrage et que l'autre partie ne s'y oppose pas avec son droit de saisir un arbitre avant que la cause ne soit inscrite, le tribunal peut entendre l'affaire et en disposer. L'« inscription » dont il est question est l'inscription de la cause pour enquête et audition prévue à l'article 274 du C.p.c.⁹¹. Le recours aux tribunaux judiciaires doit être fait par les parties elles-mêmes. Le juge ne peut d'office disposer du litige. L'article 622 C.p.c. a été reformulé lors de la réforme du Code de procédure civile et un délai a été ajouté en ce qui concerne la demande de renvoi⁹². Une fois ce délai expiré, cela suppose la renonciation du

⁹⁰ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art.622

⁹¹ *Id.*, art. 274 C.p.c. prévoit que : « Lorsque le juge assiste aux opérations d'expertise, il peut consigner dans un procès-verbal ses constatations, les explications de l'expert ainsi que les déclarations des parties et des tiers; le procès-verbal est signé par le juge. ». En l'espèce, *Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, [1998] R.J.Q. 5 C.A., au sens de l'article 274 du C.p.c. toutes les actions n'ont pas été inscrites. Autrement dit, il existe des actions à l'égard desquelles le critère de l'inscription pour enquête et audition n'est pas applicable.

⁹² *Id.*, La demande de renvoi doit être soulevée dans les 45 jours de la demande introductive d'instance ou dans les 90 jours lorsque le litige comporte un élément d'extranéité, c'est-à-dire lorsqu'on est en présence d'un arbitrage commercial international.

recours en arbitrage, et la décision rendue par le tribunal sera définitive et sans appel. C'est la deuxième exception du principe de l'incompétence de la convention d'arbitrage.

En effet, dans ses commentaires sous l'article 622 C.p.c., M. Dalphond souligne que s'il n'y a pas de demande de renvoi dans le délai exigé, cela suppose que les parties ont renoncé à l'arbitrage pour s'en remettre au tribunal étatique⁹³. Dans ce cas, le juge a compétence pour statuer sur le litige. Toutefois, lorsqu'une des parties souhaite rester devant le tribunal judiciaire, il convient à l'autre partie de faire respecter la convention d'arbitrage. Si elle ne le fait pas ou tarde à le faire, le tribunal conclura à une renonciation du recours en arbitrage, se déclarera compétent pour connaître le litige et en disposera⁹⁴. La compétence subsidiaire du juge est donc très importante dans la détermination du rôle du juge avant et pendant le déroulement de l'arbitrage. Par ailleurs, cette compétence n'est pas la seule du juge dans l'arbitrage commercial international.

Le droit moderne a établi des rapports presque fusionnels entre le juge et l'arbitre. En effet, le juge public (garant de l'ordre public et de l'intérêt général) et le juge privé (garant de l'intérêt des particuliers qui lui soumettent leur différend) sont tous deux des organes de l'arbitrage commercial international. Dans la même optique, Bruno Oppetit qualifiait cette justice fusionnelle de « *système mi-privé, mi-public de justice* »⁹⁵. L'intervention de ces deux juges participe à l'autonomie de cette justice. De ce fait, on reconnaît que l'arbitre est le cœur de la

⁹³ *Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, préc., note 92. La cour souligne qu'un demandeur peut implicitement renoncer au recours à l'arbitrage si la demande de renvoi est tardive, si elle est formulée après que le défendeur a contesté la demande sur le fond ou s'il a procédé à un examen préalable du demandeur.

⁹⁴ *Lac d'amiante du Québec ltée c. Lac d'amiante du Canada ltée*, 1999 CanLII 13499 (C.A.). Dans cette affaire, après plusieurs années de procès et de jugements devant les tribunaux judiciaires, malgré la présence d'une convention d'arbitrage, le tribunal avait conclu à une renonciation de l'arbitrage de la part des parties. Cependant, une des parties, après plusieurs années, décide de faire agir la convention d'arbitrage afin de se soustraire aux jugements des tribunaux et d'obtenir gain de cause de ses réclamations. La cour a rejeté cette demande au motif qu'une « partie ne peut des années après l'introduction de ses procédures en Cour supérieure et l'obtention de divers jugements interlocutoires prétendre que la clause compromissoire s'applique à ses réclamations. Elle a choisi de poursuivre plutôt que de demander l'arbitrage dans les délais requis, alors elle ne peut plus se retirer pour faire valoir une demande reconventionnelle dans un arbitrage subséquent initié par la partie défenderesse à son action, si cette dernière s'y oppose. »

⁹⁵ BRUNO OPPETIT, « Philosophie de l'arbitrage », *J.D.I.* 1993.811.

procédure, car c'est lui qui rend la justice. Toutefois, le juge étatique pourrait intervenir à tous les stades de la procédure, en particulier pour porter assistance à l'arbitre ainsi que dans la procédure de transmission des preuves⁹⁶ mais seulement à la demande de l'une des parties. Cette collaboration entre le juge et l'arbitre ne s'arrête pas à l'administration de preuves. Elle concerne également la constitution du tribunal arbitral tout en neutralisant les difficultés qui peuvent bloquer la constitution du tribunal arbitral⁹⁷

On peut en déduire que les rapports tumultueux entre le juge et l'arbitre qui avaient prévalu par le passé ont fini par faire place à une collaboration. Cette collaboration met l'accent sur la compétence substantielle du juge, dans la mesure où celui agit sur demande des parties. Dans la section suivante, nous adopterons la terme « juge d'appui », qui est une expression tirée du Code civil français et qui résume parfaitement, à notre humble avis, le rôle d'assistant et d'aide que joue le juge dans la procédure arbitrale.

Section II : La compétence substantielle du juge dans la constitution du tribunal arbitral

Avec la consécration de l'institution du juge d'appui, jamais le thème de la concurrence entre le juge public et le juge privé n'aura été aussi clairement démenti⁹⁸. En effet, la définition du terme « juge d'appui » se trouve dans le mot lui-même. Qualifier le tribunal compétent ou le juge étatique de « juge d'appui » est une bonne stratégie, car elle renferme la principale compétence de celui-ci dans le processus arbitral⁹⁹. Il s'agit de prêter assistance au tribunal arbitral.

⁹⁶ É. LOQUIN, préc., note 1, P.19

⁹⁷ Nouredine GARA, « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral », dans *le juge et l'arbitre*, coll. Actes du colloque organisé à Tunis les 25 et 26 avril 2013 à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage, Tunis, Éditions A. Pedone, 2013, p. 63.

⁹⁸ E. LOQUIN, préc., note 35. p. 27.

⁹⁹ F. BACHAND, préc., note 9, p. 107. En effet, plusieurs législations ont inclus le thème de « juge d'appui » dans leurs textes juridiques nationaux. M. Bachand en cite quelques-unes : la Suisse, dans son chap. 12 art.185 de la L.D.I.P. attribue la compétence au juge pour intervenir dans tout cas, même non expressément prévu dans la loi, afin de prêter assistance à un arbitrage international dont le siège est situé en Suisse. Lire à ce sujet PIERRE.

Les nouvelles réformes en droit de l'arbitrage mettent un accent particulier sur la volonté et l'autonomie des parties qui renferment leur droit de gérer les détails du déroulement de leur arbitrage comme elles le souhaitent¹⁰⁰. Tel est le cas de la France dans son décret du 13 janvier 2011 relatif au droit de l'arbitrage. C'est le même principe dans la Loi type de la CNUDCI au chapitre III, article 10 et suivants¹⁰¹. Au Québec, cette intervention du juge dans la constitution du tribunal est la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage. Par conséquent, réussir la constitution du tribunal rend la convention d'arbitrage efficace.

Il est courant que les parties respectent toutes les conditions de la constitution du tribunal arbitral. Et parfois, elles vont même jusqu'à désigner l'arbitre en avance dans la clause compromissoire, puisque rien n'interdit de procéder à la désignation préalable de l'arbitre¹⁰². En l'espèce, l'intervention du juge n'est plus nécessaire. Cependant, il arrive des situations où la constitution du tribunal se heurte à des difficultés émanant souvent des parties, des arbitres ou des tiers. Dans ce cas, l'intervention judiciaire est nécessaire¹⁰³.

Pour démontrer l'implication du juge dans l'arbitrage, et partant, sa compétence à titre d'assistant dans la constitution du tribunal, deux hypothèses sont à évoquer. La première se fonde sur les blocages justifiant cette intervention du juge dans la constitution du tribunal

LALIVE, J.F. POUDRET et C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse: édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne, Éd. Payot, Lausanne, 1989. Pareil pour la France dans son titre V du livre IV du CPC. Quant au Québec, la loi a bien spécifié que c'est sur demande des parties que le juge peut intervenir pour prêter assistance dans un arbitrage interne comme international, car les lois régissant l'arbitrage interne sont les mêmes pour l'arbitrage international au Québec, avec quelques changements près en matière de compétences internationales des tribunaux judiciaires.

¹⁰⁰ *Id.*, P. 221.

¹⁰¹ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. III, art. n°10 et suivants.

¹⁰² L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, P. 2842-4844. Lire à ce sujet les commentaires de J. Dalphond sous l'art. 624 al.1 C.p.c.

¹⁰³ *Id.*

arbitral (**sous-section I**), et la deuxième met en lumière l'office du juge dans la neutralisation de ces blocages (**sous-section II**).

Sous-section I : Les blocages liés à la constitution du tribunal arbitral

L'analyse des compétences du juge étatique nous permettra de mettre en lumière les situations dans lesquelles le juge est saisi pour intervenir dans le processus arbitral. Cette analyse vise deux objectifs : d'abord, celui de démontrer que le juge a une compétence subsidiaire, et ensuite, celui de déterminer la nature des nouveaux rapports entre le juge public et le juge privé.

Dans un arbitrage ad hoc, les parties sont parfois confrontées à certaines difficultés, telles que l'absence de procédure de nomination ou lorsque l'une des parties refuse de désigner un arbitre. Il en est de même en cas de refus, d'abstention ou de défaut d'accord entre les parties sur cette désignation¹⁰⁴. Autrement dit, le risque que la constitution du tribunal arbitral soit entravée est grand, ce qui empêchera la réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Alors, l'intervention du juge public devient inéluctable¹⁰⁵.

Pour analyser les pouvoirs du juge étatique en sa qualité d'assistant dans la procédure arbitrale, nous procéderons d'abord à une étude préliminaire de la compétence du juge saisi pour prêter assistance (A), puis à l'énumération des blocages liés à la constitution du tribunal (B). Cette étude préliminaire répondra à la question, à savoir : quelle est la compétence internationale du juge étatique dans un arbitrage commercial international et surtout, quelle est l'étendue de cette compétence?

¹⁰⁴ *Ouellet c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanessa*, préc., note 89.

¹⁰⁵ Thomas CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

L'arbitrage commercial international s'inscrit dans la mouvance du droit international privé. Ainsi, le recours au juge ou à l'autorité d'appui, dans le cadre de sa compétence dans la constitution du tribunal arbitral, soulève plusieurs questions d'ordre technique, qu'il convient de passer en revue :

- La question de la compétence du juge saisi dans le cadre de la constitution du tribunal arbitral, que plusieurs législations reconnaissent et consacrent.
- La question de la subsidiarité du recours au juge qui permet de limiter l'intervention du juge d'appui au cas où les parties n'auraient rien prévu à ce sujet. Le recours au juge est dit subsidiaire par rapport à tout autre mécanisme de désignation choisi par les parties.
- Le pouvoir de soutien du juge dans le processus arbitral

A. La compétence internationale du juge étatique à titre d'assistant dans la nomination d'un arbitre

1. L'incompétence des juges étatiques au niveau international

Par principe et conformément aux législations en vigueur au Québec, le juge étatique n'a pas compétence pour connaître les affaires dont les parties ont convenu à un arbitrage international dans un autre État¹⁰⁶. Cette règle est reprise dans toutes les lois canadiennes de common law régissant l'arbitrage commercial international. En effet, le principe étant que : « *le juge ne peut intervenir que si la convention d'arbitrage invoquée fixe le lieu de l'arbitrage sur le territoire du for* ». À cet effet, la Loi type de la CNUDCI précise dans son art. 1(2) que l'assistance judiciaire vise à assurer la nomination d'un arbitre, sont applicables lorsque le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du for¹⁰⁷. Ainsi, la compétence du juge est établie lorsque que le litige entretient un lien étroit avec le for. Son intervention est justifiée lorsqu'il est saisi. En d'autres mots, la désignation du lieu du siège de l'arbitrage crée un lien entre le litige et le

¹⁰⁶ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. premier, art. n°1(2) et 11.

¹⁰⁷ F. BACHAND, préc., note 9.

for désigné dans la convention d'arbitrage. Ni la Loi type de la CNUDCI, ni les législations canadiennes de common law qui régissent l'arbitrage commercial international ne permettent au juge d'intervenir à titre d'assistant¹⁰⁸ lorsque le siège de l'arbitrage est à l'étranger. Cependant, cette règle générale devenue un principe dans les juridictions de common law est-elle aussi impérative au Québec?

Au Québec, comme dans les provinces de Common Law, la question qui précède toutes les autres en matière de droit international privé est la question de savoir si l'autorité saisie est compétente¹⁰⁹. Par ailleurs, les règles régissant la compétence des autorités québécoises servent également à déterminer la compétence des autorités étrangères (l'arbitre), il s'agit de l'effet miroir¹¹⁰. Si on se fie aux termes des articles édictés dans ce sens (3134 à 3140 C.c.Q.) en l'absence de dispositions particulières, les tribunaux québécois ont compétence lorsque le défendeur a son domicile au Québec. Ces articles énoncent une règle traditionnelle en droit québécois, qui régit la compétence internationale des autorités. Elle confirme donc l'importance du domicile comme facteur de rattachement au Québec. Cette règle rejoint la notion de *forum non conveniens* déjà connue en Common Law. Ainsi, dans la mesure où la question posée ci-dessus résulte d'une situation internationale, l'autorité saisie, si elle est compétente, devra décider si cette question est régie par la *lex fori* ou par un droit étranger. La réponse dépendra des règles de conflit de lois de l'autorité compétente. Cependant, il existe des situations qui pourraient soulever des exceptions.

2. L'exception à la règle générale au Québec

L'efficacité de la convention d'arbitrage suppose la réalisation de l'effet positif de la convention d'arbitrage, d'où la nécessité de l'intervention du juge étatique. La compétence

¹⁰⁸ *Id.*, Selon l'auteur, cette solution est soutenue parce qu'elle tient compte 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.

¹⁰⁹ Claude EMMANUELLI, *Étude comparative sur le droit international privé au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2019, para 111.

¹¹⁰ *C. c. Q.*, préc., note 57, art. 3164.

internationale du juge québécois est matérialisée par l'article 3148 C.c.Q.¹¹¹ Aux termes de cet article de portée générale, les autorités québécoises (le juge étatique ou l'autorité saisie) sont compétentes à condition que les parties reconnaissent leur compétence. L'article 3148 C.c.Q. limite la compétence du juge dans la nomination d'un arbitre. En effet, l'intervention du juge visant à prêter assistance en matière d'arbitrage commercial international est assujettie à des conditions et à des limites : la reconnaissance par les parties de la compétence du juge¹¹², la partie défenderesse a son domicile ou sa résidence au Québec ou encore, s'il était démontré qu'une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y étant produit, etc. Bien que cet article limite et encadre l'intervention du juge québécois au niveau international, il permet néanmoins au juge d'intervenir lorsque les parties y consentent et dans certaines situations¹¹³.

Par conséquent, la compétence du juge québécois visant à prêter assistance dans un arbitrage international peut être établie lorsque certains aspects du litige entretiennent des rapports étroits avec le Québec. Notons que la source de cette compétence en matière d'arbitrage international émane de la volonté des parties, car pour le législateur québécois en présence

¹¹¹ *Id.*, art. 3148. Cet article dispose que : « 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 ». Lire à ce sujet C. EMMANUELLI, préc., note 109, para 110.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*, Cet article est de droit nouveau. Il s'inspire de la Loi fédérale sur le droit international privé Suisse de 1987, ainsi que de l'al.3 de l'art.85 C.C.B.C. Il attribue une compétence en matière de contrat de consommation ou de travail aux autorités québécoises du domicile ou de la résidence du consommateur ou du travailleur. Extrait des commentaires de la ministre de la justice sous l'art. 3149 C.c.Q., t. 2, Québec, les publications du Québec, 1993.

d'une clause d'élection de for ou d'une clause d'arbitrage, les tribunaux sont incompétents¹¹⁴. En effet, c'est sur demande de l'une des deux parties ou encore c'est sur reconnaissance de cette compétence que le juge peut intervenir dans une matière internationale.

En principe, les tribunaux québécois n'ont pas de compétence internationale en présence d'une clause d'arbitrage, mais la combinaison de l'article 3136 C.c.Q. et de l'article 3148 C.c.Q. permet au juge d'intervenir dans des situations bien particulières¹¹⁵. Retenons que le juge n'intervient pas pour juger le litige, mais pour administrer et organiser la constitution du tribunal arbitral. D'ailleurs, M. Chevalier souligne et rappelle que le juge intervient pour « *purger l'instance arbitrale des vices pouvant affecter la mise en place du tribunal arbitral [...]* »¹¹⁶.

Il convient maintenant d'analyser la compétence subsidiaire du juge dans la nomination d'un arbitre¹¹⁷.

B. Les blocages liés à la constitution du tribunal arbitral

Il n'y a pas matière à débattre en ce qui concerne l'importance de la compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage. Fouchard, Gaillard et Goldman soulignent que le tribunal arbitral constitue « *l'organe essentiel et propre de l'arbitrage* »¹¹⁸. Sa constitution marque une étape cruciale et décisive dans le processus arbitral¹¹⁹.

¹¹⁴ *Id.*, art. 3148, al. 4.

¹¹⁵ Inspirées du droit international privé suisse, les dispositions 3136 C.c.Q. et suivantes introduisent la notion de for de nécessité dans le droit international privé québécois. Selon elles, le juge québécois, même s'il n'est pas compétent, peut connaître d'une question qui lui est soumise, pourvu que certaines conditions soient remplies. Certaines sont implicites : L'article 3136 ne peut être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles. L'article 3136 ne peut être appliqué qu'à la demande d'une partie (le demandeur).

¹¹⁶ Pierre CHEVALIER, « Le nouveau juge d'appui », dans *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, p. 145.

¹¹⁷ F. BACHAND, préc., note 9, p. 229.

¹¹⁸ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, préc., note 29.

¹¹⁹ N. GARA, préc., note 97.

À cet effet, les législations ont prévu des dispositions qui visent à assurer la constitution de ce tribunal à défaut de la constitution par les parties elles-mêmes. Comme indiqué, ces blocages constituent une véritable source de difficultés qui peuvent empêcher l'efficacité de la convention d'arbitrage. Diverses dispositions dans le droit de l'arbitrage québécois traitent des conditions subsidiaires de l'intervention du juge visant à assister dans la nomination d'un arbitre¹²⁰. En effet, aux termes des articles 625, al. 2, et 626 du C.p.c.¹²¹ et des articles 11, al. 3(b) et suivants de la Loi type de la CNUDCI¹²², deux difficultés justifient la compétence du juge québécois dans la constitution du tribunal arbitral : d'une part, le pouvoir du juge en matière de nomination d'un arbitre lorsque la partie requise pour le faire manque à son obligation dans les trente (30) jours suivant la demande de l'autre partie (1); d'autre part, son pouvoir dans la procédure de récusation des arbitres, à défaut d'un mode de récusation de l'arbitre prévu par les parties dans leur convention d'arbitrage (2).

1. L'existence d'une difficulté dans la nomination des arbitres

L'article 625 C.p.c., al. 1, stipule qu'« en cas de difficulté à nommer un arbitre, le tribunal peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure nécessaire pour assurer cette nomination ». Aux termes de cet article, soulignons que le juge ne peut intervenir d'office même s'il est compétent. L'intervention du juge dans la procédure de nomination se fait au motif de l'existence d'une difficulté pendant la nomination par les parties. Quelle que soit la composition du tribunal, c'est-à-dire si le tribunal arbitral est composé d'un arbitre unique ou de trois arbitres, dès lors que le blocage est constaté, le juge a compétence pour agir afin de

¹²⁰ F. BACHAND, préc., note 9.

¹²¹ C.p.c., préc., note 7, art. 625, al. 2, dispose que : « Ainsi, il peut nommer un arbitre si une partie requise par l'autre partie d'en nommer un ne le fait pas dans les 30 jours qui suivent. Il peut également le faire si 30 jours après leur nomination, les arbitres, s'ils sont plus d'un, ne s'accordent pas sur le choix d'un troisième. »

¹²² Loi type de CNUDCI, préc., note 6, art. 11, al. 3(b). Il dispose ceci : « 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 visée à l'article 6 ». Article 6 de ladite convention.

débloquer la situation et de permettre aux parties de respecter la convention qui les unit, au risque de voir le processus arbitral paralysé par ces difficultés¹²³.

De plus, dans l'alinéa 2 de l'article précité, le législateur énonce les difficultés qui surviennent lors de la procédure de nomination¹²⁴. À la base, la difficulté dans la constitution du tribunal arbitral la plus récurrente est le choix des arbitres¹²⁵. Le professeur Gara souligne que s'il en est ainsi, c'est parce qu'il n'est pas toujours aisé pour les parties de s'accorder sur le choix de l'arbitre unique¹²⁶.

À cette difficulté s'ajoute la plus pertinente provoquée par l'une des parties à des fins dilatoires¹²⁷ : par exemple, lorsque l'une des parties refuse de coopérer avec l'autre pour la nomination des arbitres ou lorsque l'arbitre démissionne pendant l'instance arbitrale. Le simple fait que les parties n'ont pas pu s'accorder sur le choix de l'arbitre unique ou des arbitres entraîne le blocage de la constitution des parties. Cette situation résulte du fait que les arbitres sont investis de leur compétence par la volonté des parties. Cette investiture est constatée par l'établissement d'un contrat bilatéral liant les parties à l'arbitre, qui accepte sa mission¹²⁸. Le contrat d'investiture suppose l'attribution au tribunal arbitral de prérogatives et de facultés qui lui permettront de statuer sur le litige en toute conformité¹²⁹.

¹²³ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, commentaire sur l'article 625 C.p.c.

¹²⁴ *Id.*, sous-section I par. 2.

¹²⁵ N. GARA, préc., note 97, p. 63.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ Alejandro FLORES PATIÑO, *La compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit- université de Montréal, 2006.

¹²⁹ *Id.*, Ce contrat produit deux sortes d'effets : un effet contractuel et un effet juridictionnel. Le premier implique la naissance de droits et d'obligations pour les parties au litige et pour l'arbitre ou l'institution d'arbitrage. Le second signifie l'attribution d'un ensemble de facultés ou de prérogatives que le tribunal devra exercer dans une ou des affaires données. Le contrat d'investiture, comme l'affirme la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Bompard c. Consorts C. et autres*, Paris, 22 mai 1991, *Revue de l'arbitrage*. 1996.3.481 « investit l'arbitre du pouvoir de trancher le litige en le faisant accéder à la fonction de juge »; voir à ce sujet Alexandre Ditchév, dans " le contrat d'arbitrage, essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer " *Revue de l'arbitrage*, 1981 p. 397.

De même, la Loi type de la CNUDCI envisage cette solution dans les situations où la constitution du tribunal pourrait se heurter à des difficultés. Retenons que les dispositions de la loi ne souffrent d'aucune ambiguïté¹³⁰. Elles sont très claires et laissent paraître l'intention de donner compétence au juge lorsque les parties lui demandent de l'assistance. En effet, l'article 11(3) b) de la Loi type de la CNUDCI donne expressément le pouvoir au juge de nommer un arbitre (en cas d'arbitre unique), lorsque survient un blocage dans la nomination de ceux-ci par les parties¹³¹. Le juge a compétence sur demande des parties, seulement dans les cas où elles n'arrivent pas à s'accorder sur le choix de l'arbitre. En outre, l'énonciation des hypothèses pouvant constituer un blocage au sens du droit de l'arbitrage québécois se trouve à l'alinéa 4 de l'article précité. Cet alinéa précise également que : « *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* »¹³², le tribunal est compétent pour nommer l'arbitre en lieu et place. En vertu des articles 625 du C.p.c. et 11(3) et (4) de la Loi type de la CNUDCI, le juge a compétence pour trancher un différend relatif à la nomination d'un ou des arbitres, à la demande de l'une des parties. Rappelons que, cet appel d'aide au juge confirme l'existence d'un blocage dans cette phase.

Pour finir, en vertu de l'article 624 C.p.c., les parties peuvent désigner un tiers afin qu'il aide à la nomination¹³³. Cette attribution de fonction au tiers désigné n'est pas à l'abri des blocages. En effet, le tiers peut refuser le mandat que lui ont confié les parties, ou être incapable de

¹³⁰ Les travaux préparatoires de la CNUDCI sont eux aussi très clairs quant à la compétence du juge dans la constitution du tribunal arbitral. Ils prévoient à cet effet que cette compétence est établie « dans les deux cas visés au para. 11(3) de ladite loi ».

¹³¹ *Id.*, note 61.

¹³² Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. premier, art. n°4.

¹³³ C.p.c., préc., note 7, art. 624 dispose que : « les parties nomment un arbitre pour trancher leur différend. Elles le font d'un commun accord, à moins qu'elles n'aient demandé à un tiers de le désigner. » Dans un même sens, la Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, art. 11(4) prévoit que : « lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties, c) un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure ».

l'exécuter ou de l'accepter. Il peut également négliger d'accomplir un ou plusieurs actes prévus dans la procédure de nomination¹³⁴. Ces blocages arrivent le plus souvent lorsque l'une des parties veut se soustraire à la convention d'arbitrage préalablement conclue. Le juge s'assurera que cette convention est valablement constituée afin qu'elle puisse produire son effet positif.

Les difficultés énoncées justifient amplement l'intervention du juge et l'attribution de ses pouvoirs visant à assurer la nomination des arbitres. Ce blocage n'est pas la seule justification de l'attribution des pouvoirs par le législateur au juge étatique en matière de constitution du tribunal arbitral. En effet, une autre difficulté peut survenir durant la procédure de récusation. Par exemple, la récusation d'un ou des arbitres de manière artificielle, afin de retarder la constitution définitive du tribunal arbitral¹³⁵.

2. La survenance de blocages dans la procédure de récusation des arbitres

L'effet positif de la convention d'arbitrage suppose son efficacité *prima facie*. Pour la réalisation de cet effet positif, il faut, en plus d'être nommés, que les arbitres puissent accomplir la mission qui leur est confiée. Cette mission vise à trancher le différend opposant les parties conformément aux règles de droit applicables. Des obstacles¹³⁶ peuvent survenir lors de l'accomplissement d'une telle mission par l'arbitre. Ces obstacles influencent la constitution du tribunal en soulevant une incertitude quant à la possibilité pour les parties de voir leur différend tranché par un tribunal arbitral¹³⁷. Avant d'énoncer le blocage justifiant la

¹³⁴ F. BACHAND, préc., note 9, p. 231. 348.

¹³⁵ N. GARA, préc., note 97, p. 63.

¹³⁶ À titre d'exemple pour les obstacles qui surviennent, il y a le motif d'impossibilité d'agir de l'arbitre, qui découle le plus souvent d'événements pouvant empêcher l'arbitre de mener à bien sa mission. On peut citer le cas d'une maladie ou la mort, les doutes sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre, ou le manque de qualifications nécessaires convenues par les parties.

¹³⁷ F. BACHAND, préc., note 9, p. 237. 354.

compétence du juge, il convient d'abord d'exposer les causes qui fondent la demande de récusation d'un arbitre aux termes de l'article 626 du C.p.c.¹³⁸.

Les causes de récusation d'un arbitre en droit de l'arbitrage québécois sont de deux types, à savoir la dénonciation d'un motif sérieux (a) et l'absence de qualifications convenues par les parties (b). Ces deux motifs ne justifient pas les pouvoirs du juge dans la procédure de récusation. C'est seulement la défaillance ou l'inexistence du mécanisme de récusation établi par les parties qui justifie l'intervention du juge (c).

a) La dénonciation du motif sérieux en vertu de l'article 626 du C.p.c.

Aux termes de l'article 626 du C.p.c., l'existence et la dénonciation d'un motif sérieux constituent une cause de récusation de l'arbitre. En effet, la récusation d'un arbitre vise à lui retirer ses pouvoirs et prérogatives sur le différend qui lui avait été soumis au préalable. Ainsi, la récusation vise à le rendre incompetent. Cette situation est très délicate; seuls les motifs sérieux de récusation de l'arbitre sont admis. La ministre de la Justice souligne, dans ses commentaires sous l'article 626 du C.p.c., les causes qui fondent la récusation : un motif sérieux de douter de l'impartialité de l'arbitre ou l'absence de qualifications convenues par les parties. Elle soutient à cet effet que, lorsqu'un tiers est chargé de trancher un différend, il doit être en mesure d'agir de manière impartiale. Par impartialité, il faut entendre indépendance. L'arbitre choisi par les parties pour trancher leur différend doit être indépendant vis-à-vis des parties.

L'impartialité est un motif sérieux, car cette aptitude fait partie des principes directeurs de la procédure¹³⁹. De même que les arbitres, les juges peuvent également être récusés sur la base de ce motif. Le respect des principes directeurs est obligatoire pour la bonne conduite de la

¹³⁸ C.p.c., préc., note 7, art. 626, al. 1, prévoit que : « l'arbitre peut être récusé s'il existe un motif sérieux de douter de son impartialité ou s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties ».

¹³⁹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art.626.

procédure arbitrale, ce qui implique la légalité du processus et la validité de la sentence rendue. Par conséquent, la violation d'un tel principe entraîne le refus d'homologation de la sentence arbitrale ou carrément son annulation. Ce principe est d'ordre public¹⁴⁰.

En plus, l'article 202 et 203 du C.p.c. énumère les motifs qui pourraient être considérés comme sérieux au point de récuser le juge saisi. Cet article s'applique par analogie à l'arbitre puisqu'il est considéré cette procédure comme le juge qui tranche le litige. Par exemple, lorsque « le juge est le conjoint d'une partie ou de son avocat, ou lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une ou l'autre des parties ou de leurs avocats, jusqu'au quatrième degré inclusivement; lorsque le juge est lui-même partie à une instance portant sur une question semblable à celle qu'il est appelé à décider; lorsque le juge a déjà donné un conseil ou un avis sur le différend ou il en a précédemment connu comme arbitre ou médiateur; lorsque le juge a agi comme représentant pour l'une des parties; lorsque le juge est actionnaire ou dirigeant d'une personne morale ou membre d'une société ou d'une association ou d'un autre groupement sans personnalité juridique, partie au litige; ou encore lorsqu'il existe un conflit grave entre le juge et l'une des parties ou son avocat ou des menaces ou des injures ont été exprimées entre eux pendant l'instance ou dans l'année qui a précédé la demande de récusation »¹⁴¹.

Par motif sérieux, « il faut entendre, une situation qui aux yeux d'une personne raisonnable, non tatillonne et bien informée des caractéristiques de l'arbitrage, lui fait douter de la capacité de la personne désignée d'agir à titre d'arbitre impartial à l'égard du différend; c'est-à-dire en fonction uniquement de preuve qui sera soumise et avec un esprit ouvert sur les questions de

¹⁴⁰ *Id.*, art. 646 al.3; l'impartialité est un manquement à la procédure arbitrale applicable susceptible d'entraîner une annulation ou un refus d'homologation. P. 2851.

¹⁴¹ *Id.*, art. 202 C.p.c. La confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant ainsi. L'impartialité du juge doit être présumée et c'est à la partie qui plaide l'inhabilité qu'incombe le fardeau d'établir que les circonstances permettent de conclure que le juge doit être récusé. Le critère de récusation est la crainte raisonnable de partialité. Il consiste à se demander à quelle conclusion arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le juge, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

droit qui seront soulevées, et ce, en toute indépendance par rapport aux parties¹⁴²». Les cours de justice devraient respecter les plus hautes normes d'impartialité. L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. Si les paroles ou les actes du juge qui préside suscitent, chez l'observateur renseigné et raisonnable, une crainte raisonnable de partialité, cela rend le procès inéquitable. Les juges doivent être particulièrement sensibles à la nécessité non seulement d'être équitables, mais de paraître, aux yeux de tous les observateurs raisonnables, équitables envers les Canadiens de toute race, religion, nationalité et origine ethnique¹⁴³. Le choix des arbitres est fait sur des critères spécifiques tels que leur indépendance ou leur impartialité. Autrement dit, l'arbitre doit être « un individu capable d'exercer seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui ont été conférés »¹⁴⁴, qui n'aura aucun intérêt à agir de mauvaise foi. Les arbitres ont l'obligation d'être impartiaux. Ainsi, le défaut d'impartialité pendant l'introduction de l'instance arbitrale constitue un motif sérieux de récusation¹⁴⁵. Les arbitres sont également choisis pour leur expertise et leur connaissance sur l'objet du litige. Les parties choisissent donc des personnes qui ont une familiarité avec leur différend. Par conséquent, l'arbitre doit être suffisamment qualifié ou doit conserver les mêmes expertises qu'il a dans le domaine qui est au cœur du différend.

b) L'absence de qualifications convenues par les parties en vertu de l'article 626 du C.p.c.

L'arbitre doit posséder les qualifications nécessaires en vue d'assurer la conduite de la procédure arbitrale. En fait, « à la différence du juge, un arbitre doit posséder les qualifications

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Canadian Royalties inc. c. Mines de nickel Nearctic inc.*, 2017 CanLII 1287 (QCCA), <http://canlii.ca/t/h5pcj> :

¹⁴⁴ Dictionnaire de droit de Serge Braudo, préc., note 84; en ligne :<https://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php>.

¹⁴⁵ *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, [2011] 2269, (C.S.); Dans cette affaire, Rhéaume, au motif de craindre la partialité des arbitres Vautour et Lemay, demande leur récusation à la Cour. Bien que sa demande ait été rejeté, fort est de constater que le motif de la crainte de l'impartialité des arbitres peut être soulevé devant les tribunaux comme motif de récusation. Un autre arrêt de la cour d'appel de Paris rend nulles les sentences d'un tribunal arbitral collégial, au motif que l'un des arbitres avait des liens très étroits et continus avec l'une des parties, et ce, pendant le processus arbitral. *Affaire S.A.S. CDR Créances c. Tapie*, 2015, chambre 1 de la cour d'appel de Paris.

convenues par les parties pour sa nomination, et bien sûr, les maintenir pendant le processus d'arbitrage. Ainsi, si l'entente entre les parties prévoit qu'un arbitre est choisi en raison de son expertise dans un domaine précis, par exemple l'ingénierie, et qu'il s'avère qu'il ne l'a pas, il peut être récusé »¹⁴⁶. En principe, un arbitre est désigné d'abord pour ses qualifications et ses connaissances dans une matière, donc l'arbitre, de bonne foi, doit informer les parties au début de sa nomination sur ses véritables qualifications. Tel est son devoir envers les parties, au sens du paragraphe 2 de l'article 626 du C.p.c.

Bien que l'article 12 de la CNUDCI n'évoque pas le terme « motif sérieux », il énumère les motifs¹⁴⁷. En effet, il s'agit des circonstances de nature à soulever des doutes sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres et l'absence de qualifications convenues par les parties. Les qualifications convenues par les parties peuvent être, par exemple, la capacité de l'arbitre à accepter le différend qui lui a été soumis, sa capacité à s'acquitter de ses fonctions dans un délai raisonnable, c'est-à-dire le délai prévu par les parties dans leur convention. Il peut également s'agir de la capacité de l'arbitre à remplir sa mission et à trancher le différend conformément aux règles de droit applicables¹⁴⁸.

On en déduit qu'un arbitre incapable de remplir les conditions de sa qualification doit être récusé à la demande des parties ou de l'une d'entre elles. Cependant, la récusation de l'arbitre a pour effet de rendre le tribunal arbitral inopérant. Ainsi, les deux justifications pertinentes à retenir pour démontrer la compétence du juge étatique dans la phase de la constitution du tribunal arbitral sont d'un côté, l'existence d'un motif sérieux de douter de l'impartialité et de

¹⁴⁶ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44.

¹⁴⁷ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. III, art. n°12(2). Cet article stipule que : « 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 sur 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. »

¹⁴⁸ *Id.*, l'art. 201. Cet art. définit l'impartialité comme un principe directeur de la procédure. Il mentionne également que tout comme le juge, l'arbitre est soumis aux mêmes conditions pour la procédure. Il est donc récusé si son impartialité est prouvée au regard des motifs sérieux énumérés à l'art. 202 du C.p.c.

l'indépendance de l'arbitre¹⁴⁹, et d'un autre côté, l'impossibilité pour les parties de récuser l'arbitre. Par ailleurs, la nécessité de l'intervention du juge à ce stade est due à la défaillance du mécanisme de récusation prévue par les parties.

c) La défaillance du mécanisme de récusation convenu par les parties

La survenance d'un blocage volontaire ou involontaire empêchant les arbitres de mener à bien leur mission peut être considérée comme le non-respect du principe de la volonté des parties. Autrement dit, « lorsque des difficultés surviennent et rendent impossible l'accomplissement de sa mission ou lorsqu'un arbitre fait défaut d'accomplir sa mission sans être dans l'impossibilité de le faire, la volonté des parties de voir leur différend tranché par un tribunal arbitral n'est plus assurée »¹⁵⁰. En principe, les parties ont le pouvoir de pallier elles-mêmes de telles difficultés.

Les parties peuvent demander la récusation de l'arbitre dans le cadre d'un arbitre unique ou demander la récusation de l'arbitre en défaillance dans le cadre d'un tribunal collégial. C'est ce que stipulent les articles 627 du C.p.c.¹⁵¹ et 13, al. 1 et 2, de la CNUDCI¹⁵². En fait, les parties ont la liberté de régler leur procédure de récusation, ce qui implique qu'elles peuvent décider de faire appel ou non aux tribunaux judiciaires. La procédure de récusation

¹⁴⁹ *Desbois c. Industries A.C. Davie inc.*, [1990], 90-994 (C.A.). Pour plus d'informations sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres, Dans cette affaire, la cour d'appel a conclu qu'étant donné que l'arbitrage a un caractère juridictionnel, il est soumis aux principes fondamentaux du système judiciaire canadien, qui sont l'impartialité et l'indépendance des décideurs. Par ailleurs, une clause prévoyant qu'une partie à la convention peut elle-même agir en qualité d'arbitre dans les litiges les concernant est nulle, car contraire à l'ordre public. Voir aussi les arrêts *S.A.S. CDR créances c. Tapie*, Cour d'appel de Paris, première Chambre, [2015]; *Committee for Justice & Liberty c. Canada (National Energy Board)*, [1976] R.C.S. 369.

¹⁵⁰ F. BACHAND, préc., note 9, p. 237.

¹⁵¹ *C.p.c.*, préc., note 7, art.627

¹⁵² Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. III, art. n°13. Cet art. dispose que : « 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 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. »

d'un arbitre par les parties est précisée à l'article 627, al. 1, du C.p.c. Elle doit se faire par écrit dans un délai de quinze (15) jours après la nomination des arbitres au tribunal arbitral. Cet écrit doit comporter les motifs sérieux de récusation. À défaut de la demande dans le délai requis, les parties seront présumées avoir accepté la situation telle quelle. Il est important de préciser que par écrit, il faut entendre un message électronique, pourvu qu'il existe une preuve de transmission en vertu des articles 631, 110 du C.p.c.

Cependant, il peut arriver que l'arbitre tenu de se prononcer sur la demande de récusation faite par les parties¹⁵³ refuse de se retirer ou que les parties elles-mêmes n'arrivent pas à s'entendre sur la fin de la mission de l'arbitre. Elles peuvent dans ce cas demander assistance au tribunal afin de procéder à la récusation et/ou au remplacement de l'arbitre. L'assistance du juge en matière de récusation de l'arbitre vise à démettre l'arbitre de ses fonctions par la force¹⁵⁴; entre autres, à faire respecter la volonté des parties de soumettre leur différend à un tribunal arbitral.

En ce qui concerne le remplacement de l'arbitre, la récusation en est la première cause. Ensuite vient le décès de l'arbitre ou sa démission (cette difficulté est plus complexe et délicate lorsque la procédure est introduite, puisqu'elle aura une grande influence sur elle). Les difficultés à elles seules ne justifient pas l'intervention du juge. Encore faut-il que les parties soient incapables de les neutraliser elles-mêmes ou qu'il n'existe pas de clause interdisant le recours au juge en cas de difficultés. En effet, il faut que la demande de récusation des parties faite au tribunal arbitral soit refusée.

¹⁵³ C'est-à-dire que l'arbitre accepte de se retirer sur requête des parties ou n'accepte pas de se retirer.

¹⁵⁴ *C.p.c.*, préc., note 7, art.629 dispose que : « si une difficulté survient dans la mise en procédure prévue à la convention d'arbitrage concernant la récusation ou la révocation de l'arbitre, le tribunal peut, à la demande d'une partie, en décider ».

Sous-section II : La neutralisation des blocages liés à la constitution du tribunal arbitral par le juge

Le principe demeure celui de la primauté de la volonté des parties. Par exemple, les parties doivent se mettre d'accord pour choisir l'arbitre, et lorsqu'il s'agit d'un tribunal collégial, les parties choisissent leurs arbitres respectifs qui, à leur tour, s'accordent pour choisir le troisième arbitre. C'est la situation idéale.

Force est de reconnaître que cette situation n'est pas toujours évidente. La constitution du tribunal peut se heurter à plusieurs blocages. Pour résoudre ces difficultés, le Code autorise les parties à demander assistance au juge étatique. Afin d'éviter que l'intervention du juge dans la procédure arbitrale affecte la réalisation des effets de la convention d'arbitrage, toutes ses décisions lors de la constitution du tribunal arbitral seront finales et sans appel¹⁵⁵.

A. La neutralisation des blocages dans la nomination des arbitres

Lorsque les parties se contentent de prévoir le recours à l'arbitrage sans référence à un organisme ou un règlement, elles peuvent s'exposer à certaines difficultés. Il en est ainsi lorsque la convention ne désigne pas les arbitres ou ne prévoit pas les modalités de leur désignation. Le Code de procédure civile du Québec et celui de la France proposent des solutions claires pour neutraliser ces difficultés.

En vertu de l'article 625, al. 1 C.p.c., le juge a le pouvoir d'intervenir pendant la nomination de l'arbitre en lieu et place des parties¹⁵⁶. Par exemple, dans l'affaire *Robitaille c. Centre Rail-*

¹⁵⁵ C.p.c., préc., note 7, art.630 dispose que : « la décision du tribunal sur la nomination, la récusation ou la révocation est sans appel ».

¹⁵⁶ C'est la définition même du juge d'appui que le droit français de l'arbitrage de 2011 consacre. En France, le juge d'appui est à l'évidence un juge étatique et un juge qui apporte son concours à l'arbitrage. Voir l'article 1454 CPC.

*Control Inc.*¹⁵⁷, il s'agissait d'un congédiement. En octobre 2000, Mme Robitaille, contrôleur ferroviaire, s'est vu congédié. Alors la requérante demande au tribunal de désigner un arbitre pour revoir la justesse de cette mesure, invoquant un document préparé par son employeur et intitulé « Manuel de l'employé - Contrôleurs de la circulation. L'employeur qui refuse de désigner un arbitre, soutient que cette demande est irrecevable vu l'absence d'une clause d'arbitrage au sens de l'art. 2638 C.c.Q. En effet, si une partie refuse de nommer un arbitre au motif que la convention d'arbitrage n'existe pas, le juge a compétence : en premier lieu, de déterminer l'existence de la convention d'arbitrage qui lie les parties et en deuxième lieu, de nommer l'arbitre, s'il y a vraiment convention d'arbitrage et de contraindre la partie qui a refusé de retourner en arbitrage¹⁵⁸. Par ailleurs, il faudra fixer un délai pour que la partie qui a refusé de nommer un arbitre, puisse en nommer (applicable dans les cas où il y a plusieurs arbitres)¹⁵⁹. De plus, l'article 625 C.p.c. attribue au tribunal étatique, la compétence nécessaire pour nommer l'arbitre, si les parties ne sont pas en mesure de le faire convenablement¹⁶⁰. Cet article reflète l'intention du législateur qui est de mettre l'accent sur le principe de la volonté des parties. Autrement dit, seules les parties peuvent décider ou non de faire appel à l'assistance des tribunaux judiciaires¹⁶¹. L'objectif de cette disposition reste clair

¹⁵⁷ *Robitaille c. Centre Rail-Control Inc.*, [2001] JE1153, (C.S.) Ainsi, sur la base des articles 941.1 et 943 du Code de procédure civile ancien, la Cour supérieure a la compétence pour se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, qu'elle a d'ailleurs reconnue parfaite, et ensuite en application de l'ancien art. 941.1, elle a désigné l'arbitre, que l'employeur s'est vu dans l'obligation d'accepter. La Cour a donc contraint l'employeur qui a refusé de nommer un arbitre.

¹⁵⁸ Contrairement aux dispositions du Code de procédure québécois, dans les textes du Code français, surtout dans l'art. 327-5-1, le législateur français précise que le juge compétent pour nommer l'arbitre est le président du tribunal sur demande de l'une des parties, dans le cadre d'un tribunal arbitral composé d'un seul arbitre. Pour plus d'informations, voir le décret n 2011-48 du 13 janvier 2011. Ce texte permet au juge d'appui de régler tout différend lié à la constitution du tribunal arbitral.

¹⁵⁹ *Ouellet c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanessa*, préc., note 89.

¹⁶⁰ C.p.c., préc., note 7, art. 625 dispose que : « En cas de difficulté à nommer un arbitre, le tribunal peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure nécessaire pour assurer cette nomination. Ainsi, il peut nommer un arbitre si une partie requise par l'autre partie d'en nommer un ne le fait pas dans les 30 jours qui suivent. Il peut également le faire si 30 jours après leur nomination les arbitres, s'ils sont plus d'un, ne s'accordent pas sur le choix d'un troisième ».

¹⁶¹ C. CARRIER et H. Reid, préc., note 24, commentaires sous l'art. 625 C.p.c. « Les parties peuvent, dans leur convention d'arbitrage, écarter toute intervention judiciaire à l'étape de la constitution du tribunal arbitral et accepter de ne pas être assujetties aux dispositions du *Code de procédure civile* concernant la tenue de l'arbitrage et la nomination des arbitres. »

dans le sens où elle traduit la mise en œuvre de dispositif de secours pour conduire la convention d'arbitrage à son terme de manière efficace en cas de difficulté sur la nomination de l'arbitre. Le juge intervient à titre d'assistant pour les parties. Il joue le rôle de l'institution d'arbitrage chargée de constituer le tribunal arbitral¹⁶².

En conséquence, l'article 11, al. 4, de la Loi type et l'article 625, al. 2, précisent le pouvoir de nomination que le juge possèdera en cas de difficultés. Autrement dit, à défaut de s'entendre sur la désignation de l'arbitre unique, et ce, même lorsque la complexité de l'affaire requiert la présence de trois arbitres, ce qui en principe ne devrait pas soulever de difficultés dans la constitution du tribunal arbitral, une partie peut demander l'intervention du tribunal judiciaire si cette fonction n'a pas été confiée à un tiers¹⁶³ dans le délai requis (les 30 jours suivants, sous réserve d'une disposition contraire).

La neutralisation des difficultés survenant lors de la nomination d'un arbitre dans les trente (30) jours suivant la demande de l'autre partie justifie partiellement la compétence subsidiaire du juge dans le déroulement d'un arbitrage. Nonobstant, le juge peut également proroger le délai de 30 jours afin que les deux premiers arbitres puissent nommer le troisième arbitre. Il veille à ce que les arbitres puissent nommer également un président du tribunal arbitral. Si les arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre, l'article 625, al. 2, lui permet de nommer l'arbitre en lieu et place des deux autres arbitres. Cette compétence est limitée à la mission du juge de nommer les arbitres.

À la différence de la mission juridictionnelle de l'arbitre, celle du juge d'appui dans la constitution n'a pas de délai, mais il serait raisonnable qu'elle puisse être menée à terme très rapidement afin de ne peut empiéter sur le temps de la mission de l'arbitre, si celle-ci est valablement constitué.

¹⁶² *Id.*, référence note de bas n 880.

¹⁶³ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44.

En plus de la neutralisation des difficultés dans la procédure de nomination des arbitres, le juge d'appui est aussi compétent pour neutraliser les difficultés nées à la suite de cette nomination. Autrement dit, à la demande de l'une des parties ou des deux parties, la loi attribue au juge le pouvoir de procéder à la récusation de l'arbitre ou à la révocation de la mission de l'arbitre et de le remplacer au besoin.

B. La neutralisation des blocages dans la récusation des arbitres

La loi attribue au juge compétent les pouvoirs nécessaires afin de prendre des mesures pour la constitution du tribunal arbitral. En matière de récusation de l'arbitre, une seule solution semble s'imposer au juge, celle du remplacement de l'arbitre visé dans la demande de récusation¹⁶⁴. En effet, l'incapacité ou l'impossibilité de l'arbitre à remplir sa mission résulte de plusieurs circonstances, mais les plus importantes sont son indépendance et son impartialité. La récusation fait partie des incidents affectant la composition du tribunal arbitral à l'instar de l'incapacité, de la démission, du décès, de la destitution ou de la révocation de l'arbitre.

Il convient de noter que rares sont les cas où les parties elles-mêmes envisagent une procédure de récusation, d'où l'appel à l'aide aux tribunaux judiciaires, à leur compétence subsidiaire. Les tribunaux judiciaires ne sont pas compétents *ex officio*. Pour qu'ils soient compétents, il faut que la convention d'arbitrage convenue par les parties n'ait prévu aucune procédure en matière de récusation.

La procédure de récusation des arbitres dans le cadre d'un tribunal collégial et celle dans le cadre d'un arbitre unique sont différentes. Conformément à l'article 627, al. 3, du C.p.c., l'arbitre visé dans la demande de récusation devra statuer sur celle-ci et rendre une décision, à savoir s'il accepte de se retirer ou s'il refuse. Suite à sa décision, les parties décideront de faire

¹⁶⁴ C.p.c., préc., note 7, art.624 al.3 prévoit que : « S'il y a lieu de remplacer un arbitre, le mode de nomination prévu s'applique »

appel ou non au juge. En plus, l'art. 6 de la Loi type de la CNUDCI¹⁶⁵ dispose que le tribunal possède tous les pouvoirs nécessaires en matière d'assistance et de contrôle dans le cadre d'un arbitrage commercial international. Avant de saisir le tribunal judiciaire, la demande de récusation doit d'abord se faire devant le tribunal arbitral.

En effet, l'article 627 al.3 du C.p.c.Q., trois options s'offrent à l'arbitre devant une demande de récusation. La première est son retrait volontaire, mettant ainsi fin à sa mission. La deuxième est la terminaison de la mission de l'arbitre malgré la volonté des parties de lui retirer ses pouvoirs d'arbitre. Elle se produit lorsque l'autre partie choisit d'appuyer la demande de récusation, alors si les parties qui l'ont investi de son pouvoir n'ont plus confiance en lui, il est normal qu'elles puissent mettre fin à son mandat¹⁶⁶. Cette solution semble être parfaite et appropriée pour éviter les manœuvres dilatoires et les difficultés pouvant empêcher la constitution du tribunal arbitral¹⁶⁷. Cependant, lorsque surviennent des circonstances hors de contrôle de l'arbitre, comme son décès ou une maladie grave, l'empêchant de remplir sa mission dans le délai raisonnable, la loi¹⁶⁸ attribue au juge du siège du tribunal arbitral, à la demande de l'une des parties, les pouvoirs nécessaires pour y remédier. Il s'agit du remplacement de l'arbitre.

Sur le plan procédural, la compétence du juge n'est que subsidiaire en matière de récusation. Autrement dit, à défaut d'un mode prévu par les parties pour récuser, le juge saisi est compétent pour procéder à la récusation de l'arbitre visé. En effet, la procédure à suivre pour récuser l'arbitre sera déterminée selon que les parties ont opté pour un arbitrage institutionnel

¹⁶⁵ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. II, art. n°6. Cet art. est relatif au tribunal ou autre autorité chargée de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage dispose que : « *les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées... [Chaque État adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou, lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétente pour s'acquitter de ces fonctions.*

¹⁶⁶ L. CHAMBERLAND et al., *préc.*, note 44; voir les commentaires de J. Dalphond sous l'art.627 P. 2856-2857.

¹⁶⁷ *Id.*, Il importe de souligner que pour éviter un effet dilatoire au recours devant le tribunal étatique, l'art. 627 C.p.c. précise que le processus arbitral pourra se continuer et que la sentence arbitrale peut même être rendue.

¹⁶⁸ *Id.*, les art. 627, al. 4, 628, et 629 C.p.c. attribuent au juge des pouvoirs subsidiaires dans la constitution du tribunal arbitral.

ou un arbitrage ad hoc. Dans ce cas, il faudrait se référer à la démarche à suivre selon le droit applicable, c'est-à-dire selon le droit de l'État du siège de l'arbitrage¹⁶⁹.

Enfin, la décision rendue par le juge d'appui en matière de récusation est finale et non susceptible de recours¹⁷⁰. Son interprétation ne doit pas être reçue comme une impossibilité d'aller à l'encontre de la décision du juge. Simplement, elle ne saurait faire l'objet de recours ordinaires. Elle peut cependant faire l'objet d'un contrôle qui pourra être exercé indirectement lors du recours en révision judiciaire devant la Cour Supérieure¹⁷¹.

Hormis son implication dans la constitution du tribunal arbitral, le juge étatique prête également son concours dans la conduite de la procédure arbitrale. Dans cette phase, il porte sa casquette de juge d'appui ou de juge en cabinet. Son assistance visera à préserver les droits des parties en prononçant des mesures provisionnelles ou conservatoires, et ce, tant que le tribunal n'est pas valablement constitué. Cette intervention du juge est subsidiaire à celle de l'arbitre.

¹⁶⁹ *Id.*, voir les commentaires de Mr Dalphond sous l'art. 627 C.p.c. Pp-2858. Il est permis aux parties de convenir d'une procédure particulière de récusation, laquelle devra ensuite être suivie.

¹⁷⁰ *Id.*, art. 630.

¹⁷¹ *Id.*, art. 627, voir les commentaires de Mr. Dalphond, P.2858.

Chapitre II : La compétence auxiliaire du juge dans la conduite de la procédure arbitrale

L'un des aspects les plus marquants de la récente évolution de l'arbitrage commercial international réside certainement dans l'accroissement de la place de l'intervention du juge étatique. Pieds et poings liés, dessaisi par les parties, le juge étatique se trouve dans une situation délicate en présence d'une convention d'arbitrage. Il va sans dire que par leur volonté expresse, les parties peuvent soustraire un litige au juge étatique normalement compétent et l'attribuer à un tribunal arbitral¹⁷² Comme exposé précédemment, le principe de l'effet négatif de la convention d'arbitrage interdit aux juridictions étatiques de se prononcer sur le fond des litiges tombant dans le champ de compétence d'un tribunal arbitral, alors que son effet positif donne compétence au tribunal arbitral, ce qui est l'essence de la justice arbitrale¹⁷³.

Le principe d'incompétence découlant de l'existence d'une convention d'arbitrage ne peut empêcher le juge de rendre des mesures provisionnelles et conservatoires lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore composé ou lorsque l'ordonnance requise excède les pouvoirs du tribunal arbitral ou encore lorsque l'autre partie devra être contrainte, la partie qui se considère en danger pourra préférer se tourner vers le tribunal étatique dont les décisions seront susceptibles d'exécution forcée sans passer par une demande d'homologation¹⁷⁴. Le recours au juge devient nécessaire et son intervention ne doit pas être interprétée comme une violation au principe de l'incompétence.

¹⁷² Nabil RACHIDI, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », dans *Le juge et l'arbitrage*, coll. Actes du colloque organisé à Tunis les 25 et 26 avril 2013 à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage, Tunis, Éditions A. Pedone, 2013.

¹⁷³ Bruno OPPETIT, « Justice Étatique et justice arbitrale », dans *in études offertes à P. BELLET*, Litec, p. 416.

¹⁷⁴ *C.p.c.*, préc., note 7, art.623, prévoit que : « Le tribunal peut, sur demande, accorder avant et pendant la procédure d'arbitrage, des mesures provisionnelles ou des ordonnances de sauvegarde ».

Les droits contemporains de l'arbitrage¹⁷⁵, quelles que soient leurs origines, prévoient expressément le recours au juge étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires dans le cadre d'un arbitrage interne ou international. En effet, le règlement de certains litiges implique que des mesures urgentes soient prises de façon non contradictoire¹⁷⁶. Par conséquent, les mesures provisoires et conservatoires, dont la variété est grande, jouent un rôle très important avant ou pendant l'instance arbitrale. Les pouvoirs reconnus au juge pour prononcer ces mesures ont été consacrés par la Loi type de la CNUDCI dans son article 9¹⁷⁷. En effet, en matière d'arbitrage international, cet article énonce la compatibilité entre une convention d'arbitrage et le pouvoir d'un tribunal étatique de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires avant ou pendant l'arbitrage; ainsi que l'article 3138 du C.c.Q., qui lui reconnaît une compétence d'émettre des ordonnances provisoires ou conservatoires malgré son absence de compétence sur le fond du litige en vertu des règles du droit international privé¹⁷⁸.

Les mesures provisoires et conservatoires ont pour objectif de maintenir une situation de fait ou de droit, de préserver une preuve et de garantir ou de préparer une exécution efficace et accélérée de la sentence¹⁷⁹. Néanmoins, la concentration dans les mains de l'arbitre de la compétence au fond et de la compétence au provisoire pourrait nuire aux intérêts des parties et au déroulement de l'arbitrage, notamment lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, ni même constitué.

¹⁷⁵ En droit québécois, les articles allant de 509 à 526 du C.p.c. énoncent les mesures provisionnelles reconnues au Québec, ainsi que les articles 623 634, 635 et 638 du C.p.c.; en droit français, les art. 1449, 1467, 1468 et 1506 du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

¹⁷⁶ Par exemple, les litiges qui impliquent que la sécurité des personnes ou la conservation de leurs biens soient en péril. Les litiges qui impliquent des aliments périssables. Les mesures urgentes peuvent être une injonction dont la durée n'excède pas dix jours. L'urgence peut être établie avant ou pendant le processus arbitral.

¹⁷⁷ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. II, art. n°9. Cet art. dispose que : « La demande par une partie à un tribunal arbitral 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. »

¹⁷⁸ C.c.Q., préc., note 57, art.3138 prévoit que « l'autorité québécoise peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, même si elle n'est pas compétente pour connaître le fond du litige ».

¹⁷⁹ N. RACHIDI, préc., note 172.

Le tribunal arbitral n'est plus le seul convié à prononcer de telles mesures. Il partage cette compétence avec le tribunal étatique. Le droit québécois reconnaît également cette compétence au juge¹⁸⁰. Il est donc convenable dans le cadre de notre analyse de s'interroger sur la place du juge en matière de mesures provisionnelles ou de sauvegarde (**section I**). Aux termes des nouveaux articles des réformes de droit de l'arbitrage québécois et français, on s'aperçoit que les législateurs ont voulu coordonner la relation de coexistence et de complémentarité entre l'arbitre et le juge étatique.

De plus, les pouvoirs du juge en matière de mesures provisoires et conservatoires ne semblent pas être les seuls dans le cadre de la conduite procédurale arbitrale. En effet, le juge peut intervenir dans plusieurs situations, à savoir : prolonger le délai de la procédure arbitrale, le suspendre ou l'arrêter. Dans cette situation, les arbitres, faute d'obstacles rencontrés lors de leur mission, se retrouvent dans l'impossibilité de rendre leur décision finale dans le délai raisonnable¹⁸¹ fixé par la loi ou le délai conventionnel fixé par les parties. Le juge a également le droit d'intervenir pour corriger les erreurs matérielles ou interpréter les sentences, de sorte à lever toute ambiguïté en ce qui concerne une norme ou un passage dans la sentence arbitrale. Cette conception de l'intervention du juge diffère d'un État à un autre. Par ailleurs, le juge tient un rôle de contrôleur dans la procédure arbitrale. Il s'agit en fait de déterminer l'arbitrabilité du litige, mais plus précisément celle de la sentence arbitrale, et ensuite de vérifier la forme de la sentence arbitrale. Ces pouvoirs, bien qu'accessoire, sont très importants pour l'exécution de la sentence arbitrale (**section II**).

¹⁸⁰ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, voir les commentaires de M. Dalphond sous l'art. 623 C.p.c. P.2835.

¹⁸¹ Notons que le délai pour une procédure arbitrale est de six (6) mois. Ce délai commence à courir à compter de la date d'acceptation de la mission par l'arbitre, art. 1463 CPC.

Section I : La place du juge en matière de mesures provisionnelles ou de sauvegarde

« L'urgence est omniprésente, dans l'exécution des contrats internationaux comme à propos des litiges qu'ils peuvent susciter : à certains égards, l'arbitrage semble envahi par l'urgence¹⁸² ». Les causes de l'urgence peuvent être multifformes, à savoir : un bâtiment qui menace de s'écrouler, une partie qui est en train d'organiser son insolvabilité, ou une marchandise qui menace de se périmer si le navire n'est pas autorisé à lever l'ancre¹⁸³

Lorsque ces événements se produisent au cours de l'instance arbitrale, l'urgence vient bien entendu la bouleverser. Ces événements peuvent apparaître avant même que les parties aient entamé la constitution du tribunal arbitral. Dans ces situations, l'intervention du juge devient inéluctable. De plus, la mise en place de mécanismes permettant au juge d'intervenir afin d'octroyer des mesures provisionnelles et de sauvegardes s'avère parfaitement justifiée, d'un point de vue théorique, dès lors *qu'elles sont nécessaires au bon développement de l'instance arbitrale et que le tribunal arbitral n'est pas en mesure de les prendre ou de les prendre efficacement*¹⁸⁴. L'intervention du juge répond à un souci d'efficacité de la convention d'arbitrage et l'urgence en arbitrage est l'une des conditions de l'intervention du juge.

Par conséquent, le juge peut intervenir avant la procédure arbitrale lorsque le tribunal n'est pas encore constitué ou lorsque le tribunal arbitral est incapable de se réunir à temps¹⁸⁵. Il peut

¹⁸² Sébastien BESSON, « Arbitrage international et mesures provisoires: étude de droit comparé », dans *Etudes suisses de droit international; Schweizer Studien zum internationalen Recht*, 105, n°105, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.

¹⁸³ Cécile CHAINAIS et Charles JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *Azzali, Stefano* 2014.61.

¹⁸⁴ F. BACHAND, préc., note 9.

¹⁸⁵ Le tribunal arbitral a aussi la compétence exclusive en matière de certaines mesures provisionnelles et conservatoires (voir l'article 638 C.p.c.). Par ailleurs, pour éviter d'empiéter sur les compétences du tribunal arbitral en matière de mesures provisoires et conservatoires, dès lors que le tribunal arbitral est constitué, toute demande de mesures provisoires et conservatoires devra se faire devant lui. C'est dans cette situation que, d'une part, les limites du tribunal arbitral sont constatées et, d'autre part, le partage de compétence entre le juge et l'arbitre.

également intervenir pendant la procédure arbitrale, parce que l'arbitre, bien qu'il soit choisi par les parties, ne possède pas l'imperium pour prononcer certaines mesures qui excèdent ces pouvoirs. C'est pourquoi le recours au juge étatique est important pour prêter main-forte à la décision ou à l'ordonnance rendue par l'arbitre.

Pour analyser les pouvoirs du juge étatique dans cette phase et déterminer sa place, il convient de répartir en deux catégories ses compétences. Dans un premier temps (sous-section I), nous allons démontrer l'altérité entre le juge et l'arbitre dans la prise de mesures provisionnelles et conservatoires, puis dans un deuxième temps, nous exposerons le caractère complémentaire de l'apport du juge des référés dans la procédure arbitrale (sous-section II).

Sous-section I : La compétence partagée du juge en matière de mesures provisionnelles et de sauvegardes (conservatoires)

Deux termes retiennent notre attention : les mesures « *provisionnelles* » et de « *sauvegardes* ». Ces termes laissent paraître, d'une part, la nature provisoire des mesures, c'est-à-dire qu'elles ont une durée limitée dans le temps, par exemple les injonctions interlocutoires; et d'autre part, leur nature conservatoire, c'est-à-dire qu'elles permettent de conserver des droits ou des faits pour l'efficacité de la procédure arbitrale.

À défaut d'une définition législative expresse donnée aux mesures provisionnelles et conservatoires, celle de la doctrine semble la seule possible¹⁸⁶. Cette difficulté à trouver une définition juridique exacte de ces mesures nous amène à confirmer l'ambiguïté des notions entourant l'arbitrage et l'arbitrage lui-même. Certains auteurs pensent que les mesures provisionnelles (ou provisoires) et conservatoires désignent en premier la nature de la décision et, en second, l'objet de la décision¹⁸⁷. Ainsi, la définition des mesures provisoires et

¹⁸⁶ N. RACHIDI, préc., note 172; Chainais et Jarrosson, préc., note 183.

¹⁸⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, préc., note 29.

conservatoires se retrouve dans son objet : elles ont pour objectif de maintenir une situation de fait ou de droit, de préserver une preuve et de garantir ou de préparer une exécution efficace et accélérée de la sentence arbitrale¹⁸⁸.

Pour mettre en lumière, la collaboration entre le juge et l'arbitre en matière de mesures provisoires et conservatoires, nous déterminerons dans un premier temps, le principe de la compétence de l'arbitre depuis les réformes en France et au Québec (A), puis dans un second temps, nous démontrerons celle du juge par exception (B).

A. La compétence de l'arbitre en matière de mesures provisoires et de sauvegardes

En principe, le juge n'a pas compétence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires lorsque le tribunal arbitral est valablement constitué et que ces pouvoirs lui permettent d'en prononcer¹⁸⁹. Ainsi, la règle générale depuis la réforme du C.p.c. relatif à l'arbitrage tend à reconnaître l'autonomie de l'arbitrage et, partant, la compétence exclusive de l'arbitre en matière de mesures provisoires et conservatoires¹⁹⁰. En effet, pour qu'un arbitre soit en mesure de prononcer ce genre de mesure, il faut qu'il soit nommé et qu'il soit en possession du dossier. Le pouvoir juridictionnel de l'arbitre lui permet non seulement de trancher le fond du litige, mais aussi de rendre toute décision procédurale qui s'avère nécessaire ou utile afin de mener l'instance arbitrale à terme. Il serait inapproprié de permettre au juge d'octroyer une mesure provisoire ou conservatoire pendant que le tribunal arbitral est valablement constitué et qu'il peut les octroyer lui-même plus efficacement¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Id.*, Ainsi les mesures provisionnelles ou provisoires ne lient ni le juge ni l'arbitre, elles constituent la nature de la décision, tandis que les mesures de sauvegarde ou conservatoires constituent l'objet de la décision, c'est-à-dire « préserver une situation, des droits ou des preuves », n°1303

¹⁸⁹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 623, P. 2835-2836.

¹⁹⁰ *Id.*, commentaires de M. Dalphond sous l'art. 623 P.2836. Il souligne que « l'article 623 C.p.c. doit être lu en conjonction avec l'art.638 du même code ». Ainsi, il ne faut pas voir en l'art. 623 l'incapacité pour le tribunal arbitral de prononcer des mesures provisionnelles et des ordonnances de sauvegarde, une fois constitué. Au contraire, l'art. 638, de droit nouveau, lui confère expressément un tel pouvoir, que la Cour d'appel avait d'ailleurs reconnu comme implicite dans L'affaire *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, préc., note 143.

¹⁹¹ F. BACHAND, préc., note 9, p. 259-260. Para. 388.

Par ailleurs, la compétence de l'arbitre en matière de mesures provisoires et conservatoires est reconnue presque universellement depuis les réformes, aussi bien dans les lois nationales (a) que dans les règlements d'arbitrage (b).

a) Dans les législations nationales

Au Québec, en vertu de l'article 638 du C.p.c.¹⁹², la loi attribue la compétence à l'arbitre en matière de prise de mesures provisoires et conservatoires, lorsqu'il est en mesure d'agir. L'Assemblée nationale a voulu donner préséance aux dispositions prévues par la Loi type de la CNUDCI; seulement certaines législations nationales ont adopté la Loi type ou s'en sont inspirées en matière d'arbitrage commercial international¹⁹³. L'article 17 de la Loi type stipule que « *sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une des parties, 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* »¹⁹⁴. Cette règle se trouve dans presque toutes les lois nationales¹⁹⁵. L'article 638 précité, étant de droit nouveau, tient compte des modifications apportées par la Loi type en 2006. Il résulte de ces modifications que le tribunal arbitral peut, une fois constitué, prendre des mesures provisionnelles ou propres à sauvegarder les droits des parties, bien que certains États soient encore réticents quant aux pouvoirs des arbitres en matière de mesures provisoires et conservatoires.

¹⁹² C.p.c., préc., note 7, art.638 dispose en effet que : « *L'arbitre peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure provisionnelle ou propre à sauvegarder les droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine et, s'il y a lieu, exiger un cautionnement pour payer les frais et l'indemnisation du préjudice pouvant résulter de cette mesure. Une telle décision s'impose aux parties, mais au besoin, l'une d'elles peut en demander l'homologation au tribunal afin de lui donner la force exécutoire d'un jugement.* »

¹⁹³ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12.

¹⁹⁴ *Id.*, Chap. IV, art. n°17.

¹⁹⁵ Par exemple, l'article 1691 du Code judiciaire belge; l'article 1438 CPC; l'article 183 de la LDIP suisse; l'article 1041 du CPC allemand; l'article 593 du CPC australien; l'article 25 de la loi suédoise sur l'arbitrage; la section 39 du English Arbitration Act.

Nonobstant, depuis la réforme de 2015, la promotion et la faveur envers l'arbitrage ont remplacé cette réticence. Le fondement de cette réforme était de prendre en compte les intérêts des acteurs économiques et de restreindre les frais que cela pourrait coûter de délocaliser une procédure en cours juste pour prononcer des mesures chaque fois que le besoin se ferait sentir. C'est pourquoi dans l'article 638 C.p.c., le législateur a ajouté aux pouvoirs de l'arbitre celui de prendre toute mesure provisionnelle et le tribunal étatique ne peut l'en dépouiller unilatéralement¹⁹⁶. Le juge doit à la demande de l'une des deux parties, les renvoyer en arbitrage dès lors qu'il est constitué et en mesure d'agir. Par conséquent, les articles 638 à 641 C.p.c. appuie l'indépendance et l'autonomie de l'arbitrage en matière de gestion de l'instance arbitrale visée par l'art. 632 C.p.c.¹⁹⁷.

Par exemple, en France, la réforme de 2011 est venue apporter une assise légale au pouvoir juridictionnel de l'arbitre. L'article 1468, al. 1 C.p.c. français dispose que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire jugée opportune »¹⁹⁸. Ce décret procède à une réaffirmation du plein pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral en France, en matière de mesures provisoires et conservatoires¹⁹⁹. De cette façon, le Code de procédure civile français vient se mettre au diapason non seulement de nombreux systèmes juridiques étrangers, mais également des règlements internationaux en matière d'arbitrage. L'arbitre se voit ainsi conférer les mêmes pouvoirs dont disposait exclusivement le juge des référés pour déterminer les mesures provisoires adéquates.

¹⁹⁶ C. CARRIER et H. REID, préc., note 24, annotations sous l'art. 638 C.p.c. « Journal des débats, CI, 17/01/14, vol. 43, no 113. Le législateur a ajouté aux pouvoirs de l'arbitre celui de prendre toute mesure provisionnelle et le tribunal ne peut l'en dépouiller unilatéralement. *North West Company, l.p. c. Chisasibi Centre inc.*, [2016 QCCS 1717](#) »

¹⁹⁷ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art.638.

¹⁹⁸ Décret du 13 janvier 2011 portant réforme du Code de procédure civile, préc., note 48, art.1468.

¹⁹⁹ Achille SALETTI, Jacques van COMPERNOLLE et Jean-François van DROOGHENBROECK, « L'arbitre et le juge étatique », dans *Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Primento, 2014.

b) Dans les règlements d'arbitrage

En arbitrage commercial international, les règlements d'arbitrage revêtent une importance capitale, vu la place accordée par les lois nationales à la volonté contractuelle des parties²⁰⁰. Le principe de la compétence de l'arbitre en matière de mesures provisoires ou conservatoires est consacré par l'article 26 du règlement d'arbitrage de la Loi type de la CNUDCI²⁰¹; de même que par l'article 28(1) du règlement d'arbitrage CCI, qui prévoit que : « *sauf accord contraire des parties..., le tribunal arbitral peut [...] ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée* »²⁰²; et l'article 47 du CIRDI, qui stipule la même idée. D'autres règlements d'arbitrage attribuent également à l'arbitre ce pouvoir, dans des formulations identiques²⁰³. De plus, certains règlements tels que le I.C.D.R. dans son Art. 6 (5)²⁰⁴, le règlement d'arbitrage international du CIRDI dans son article 21(1) soulignent la nécessité de ces mesures pour le bon fonctionnement de la procédure arbitrale, en cas d'urgence. Le fondement de cette compétence repose en premier lieu sur la compétence exclusive de l'arbitre sur le fond du litige et, en deuxième lieu, sur l'autonomie de l'arbitrage vis-à-vis du tribunal arbitral.

Comme exposé plus haut, le tribunal arbitral, bien qu'ayant la compétence pour octroyer des mesures dans le cadre de sa mission, ne peut ordonner certaines mesures qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal étatique au Québec. Il peut émettre des ordonnances visant le respect des contrats ou du processus arbitral, sous peine de dommages, mais ne peut

²⁰⁰ Andréas REINER (dir.), « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral », dans *L'arbitre international et l'urgence ; [colloque international organisé ... à Milan par Francarbi ...]*, coll. Arbitrage, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2014.

²⁰¹ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. IV, art. n°26. Cet article dispose que : « *le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires* ».

²⁰² CCI, préc., note 43, art. 28(1).

²⁰³ Swiss Rules dans le règlement de l'Institution allemande d'arbitrage, art. 26(1); règlement du CEPANI, art.20(1); règlement du Centre d'arbitrage international de Vienne, art.27(1).

²⁰⁴ Procédures de règlement des différends internationaux du règlement I.C.D.R. de l'A.A.A., règlements modifiés en vigueur du 1^{er} Juin 2014, Art. 6 al. 1, 4 et 6 du règlement; www.icdr.org (consulté le 02/12/ 2019)

ordonner d'injonctions²⁰⁵. À cette idée, il convient de préciser quels types de mesures l'arbitre peut ordonner.

B. La compétence partagée du juge en matière de mesures provisoires et conservatoires

Les défauts structurels et les limites qui envahissent l'arbitrage sont les principaux fondements des pouvoirs du juge en matière de mesures provisionnelles et conservatoires. À la différence du tribunal arbitral, qui doit être constitué avant de pouvoir siéger, le tribunal judiciaire est un tribunal permanent, déjà constitué, avec un forum disponible et facile d'accès, dont les décisions ne requièrent pas une procédure d'homologation pour être susceptibles d'exécution forcée. À cet effet, les parties en droit de l'arbitrage québécois préfèrent se tourner vers le tribunal judiciaire pour obtenir de telles mesures, souvent même lorsque le tribunal arbitral est constitué.

De ce fait, la loi et la jurisprudence ont reconnu au juge étatique la compétence de pouvoir ordonner des mesures provisoires et conservatoires, tant que le tribunal arbitral n'est pas encore constitué et, dans certains cas, à condition que l'urgence soit démontrée²⁰⁶. Nonobstant, l'intervention du juge est conditionnée par le fait qu'une fois le tribunal arbitral constitué, les pouvoirs du juge à ce niveau deviendraient inutiles.

Dans une conception de droit comparé, le temps préalable à la constitution du tribunal arbitral, la loi et la jurisprudence françaises de l'arbitrage²⁰⁷, ainsi que celles du Québec, confirment la

²⁰⁵ L. CHAMBERLAND et al., *préc.*, note 44, art.33.

²⁰⁶ C.p.c, *préc.*, note 7, art.623 dispose que : « Le tribunal peut, sur demande, accorder avant ou pendant la procédure d'arbitrage des mesures provisionnelles ou des ordonnances de sauvegarde »; l'article 3138 C.c.Q.; arrêt *Nearctic Nickel Mines inc. c. Canadian Royalties Inc.*, *préc.*, note 143 : L'article 751 du C.p.c. accorde à la Cour supérieure la compétence exclusive de rendre une injonction. Néanmoins, un arbitre à l'issue d'une sentence ou de manière intérimaire peut ordonner l'exécution en nature d'une obligation contractuelle. Une approche globale et moderne de l'arbitrage implique de donner à l'arbitre tous les pouvoirs nécessaires dans l'exercice de ses fonctions, conformément à la volonté des parties.

²⁰⁷ CPC, *préc.*, note 52, art. 1478; C.p.c., *préc.*, note 7, art. 638. Voir l'arrêt *Nearctic Nickel Mines Inc. v. Canadian Royalties Inc.*, *Préc.*, note 143.

possibilité de saisir « le tribunal judiciaire »²⁰⁸ pour obtenir des mesures d'urgence. La nouvelle conception de l'arbitrage implique de donner à l'arbitre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de ses fonctions, et ce, conformément à la volonté des parties. Cependant, l'intervention du juge est réellement indispensable en raison des obstacles matériels et juridiques auxquels est confronté l'arbitre international²⁰⁹.

Le premier obstacle est l'absence de permanence du tribunal arbitral, comme évoqué précédemment. Cette absence pourrait mettre les parties face à un vide juridictionnel pour plusieurs mois si le principe de l'effet négatif de la convention d'arbitrage venait à être appliqué rigoureusement.

Ensuite, le second obstacle est le respect des principes directeurs de la procédure²¹⁰ et des règles de justice naturelle²¹¹. Bien que, le Code autorise l'arbitre à émettre en cas d'urgence, une ordonnance de courte durée (maximum de 20 jours) avant de la notifier à l'autre partie, cela constitue une sérieuse entorse au principe de contraction²¹². En effet, l'arbitre ne devrait pas se prévaloir de cette option que si satisfait de l'urgence et comme le mentionne l'art. 17B Para. 2 de la loi type, que s'il considère que la notification risque de compromettre la mesure demandée²¹³. En somme, afin d'éviter la violation des principes directeurs de la procédure et

²⁰⁸ Les organes judiciaires compétents sont pour la France le président du tribunal de grande instance ou de commerce, et pour le Québec, la Cour supérieure ou la Cour du Québec.

²⁰⁹ Mohammad-Ali BAHMAEI, L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage: droits français, anglais et suisse, coll. Bibliothèque de droit privé, 2002 t. 370, Paris, L.G.D.J.

²¹⁰ Les principes directeurs de la procédure au Québec sont : le principe du contradictoire, le principe d'initiative, le principe accusatoire, le principe de proportionnalité.

²¹¹ Les règles de justice naturelle consacrées dans la *Charte des droits et libertés de la personne* sont le droit à l'avocat, la règle de *l'audi alteram partem*, etc.

²¹² *C.p.c.*, préc., note 7, art. 639 al. 2 prévoit que : « L'ordonnance provisoire doit être notifiée à l'autre partie dès son prononcé et tous les éléments de preuve y sont joints. Elle s'impose aux parties et n'est pas susceptible d'homologation par le tribunal. »

²¹³ Loi type de la *CNUDCI*, préc., note 12, Art. n° 17B, para.2 dispose que : « 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. »

de protéger la partie visée, le législateur édicte que cette ordonnance provisoire soit assujettie à la fourniture d'un cautionnement, sauf si manifestement inapproprié ou inutile²¹⁴. Nous sommes du même avis que Dalphond quand il affirme qu'« il apparaît nécessaire que le tribunal arbitral informe l'autre partie, même lorsqu'il a refusé la demande présentée *ex parte*, ou s'assure que celle-ci sera informée par la partie requérante. Il en va de la transparence du processus comme devant le tribunal judiciaire²¹⁵. »

En plus de ces obstacles matériels, l'arbitre est confronté à des difficultés juridiques en matière de mesures provisionnelles et conservatoires. L'origine conventionnelle de l'arbitrage rend l'arbitre incompétent à l'égard des tiers à la convention d'arbitrage²¹⁶. Ainsi, si une personne étrangère à la convention d'arbitrage détient des documents pouvant servir à l'instruction de la preuve, l'arbitre ne peut lui ordonner de remettre ses documents. Il ne saurait étendre sa juridiction au-delà des personnes liées à la convention d'arbitrage. Il ne peut donc contraindre des tiers. En raison de cette impuissance de l'arbitre envers les tiers, la loi a permis au juge de lui prêter assistance²¹⁷. Un autre obstacle lié au caractère conventionnel de l'arbitrage est le manque d'imperium de l'arbitre, contrairement au juge, qui peut demander la coopération de la force publique. Sa décision est par conséquent dépourvue de force exécutoire. À défaut d'une exécution volontaire de la sentence arbitrale par les parties, il faudrait procéder à l'exequatur de celle-ci. Cette procédure confère à la décision de l'arbitre la force exécutoire dont elle était privée. Seul le juge d'exequatur a la compétence pour la lui octroyer.

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ *Id.*, note 213.

²¹⁶ *Id.*, art. 7 al.1 dispose que : « 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. » La convention suppose un accord qui lie les personnes qui décident d'un commun accord de soumettre leur compromis ou leur clause compromissoire devant un tribunal arbitral. Elle engage seulement les parties seulement.

²¹⁷ *C.p.c.*, préc., note 7, art.637 dispose que : « l'arbitre, ou une partie avec sa permission, peut demander assistance au tribunal pour l'obtention de preuves, notamment pour contraindre un témoin qui refuse, sans raison valable, de se présenter, de répondre ou de produire un élément matériel de preuve qu'il a en sa possession ».

L'absence d'imperium de l'arbitre ne prive pas seulement ses décisions de force exécutoire, mais elle limite leur portée quant aux mesures à prendre. Certaines mesures ont un effet coercitif et elles sont l'expression d'un pouvoir de contrainte dont l'État seul a le monopole. C'est le cas des mesures telles que l'injonction, les saisies avant jugement ou le séquestre²¹⁸.

Dorénavant, en France, l'arbitre a le pouvoir de prononcer des astreintes²¹⁹, ce qui n'est pas le cas au Québec. Il s'agit de mesures d'intimidation dont l'arbitre se sert pour contraindre une des parties à exécuter volontairement la sentence. Elles sont de nature pécuniaire, provisoire ou définitive²²⁰. En effet, il n'existe pas de moyen de contraindre quelqu'un à exécuter une prestation « de force » et la seule solution consiste à lui imposer des pénalités s'il ne s'exécute pas dans le délai prescrit, voire s'il ne s'exécute pas du tout²²¹. Cette nouvelle compétence de l'arbitre contribue pleinement à asseoir son autonomie vis-à-vis des autorités judiciaires. Toutefois, elle peut prendre effet dès le jour de son prononcé si elle est assortie d'une décision qui est déjà exécutoire. Ceci implique l'intervention du juge pour la liquidation de celle-ci. Par conséquent, l'extension du pouvoir de l'arbitre dépend des lois internes en matière d'arbitrage. Cette conception du pouvoir de l'arbitre en matière d'astreinte nous amène à remettre en question le principe selon lequel l'arbitre n'a pas de for.

Tous ces obstacles démontrent l'inéluctable nécessité de l'intervention du juge dans le déroulement de la procédure arbitrale, sans pour autant usurper l'exclusivité de la compétence de l'arbitre au fond du litige. La règle générale de déférence ne doit jamais être oubliée par le juge. En présence d'une convention d'arbitrage, le juge de déférence devrait normalement être incompétent. Cependant, l'arbitre ne peut neutraliser ces obstacles, car les insuffisances de son

²¹⁸ C.p.c., préc., note 7, art.509 à 526.

²¹⁹ CPC., préc., note 52, art.1468 : « Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'État est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires »

²²⁰ <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/astreinte.php>, préc., note 145, para. 4

²²¹ Par exemple, la décision de justice pourrait porter la mention suivante : « *Condamne Primus à exécuter telle prestation au profit de Secundus, sous astreinte d'un montant de 100 Euros par jour de retard à compter du prononcé/de la signification de la présente décision* »

pouvoir telles que la nature de sa justice et son critère éphémère conduisent le juge des référés à devenir un « auxiliaire de la justice arbitrale »²²².

Traditionnellement, le rôle du juge se résumait au prononcé de mesures provisionnelles et conservatoires ordinaires²²³ destinées à préserver les droits des parties en attendant la décision au fond. Le mécanisme du référé-provision dépasse cette idée de préservation puisqu'il a pour effet de permettre d'anticiper la solution qui sera, éventuellement, consacrée par la juridiction compétente sur le fond²²⁴.

Au vu de ce qui précède, on déduit qu'en présence d'une convention d'arbitrage, le juge pourrait avoir compétence pour ordonner, d'une part, des mesures provisoires et conservatoires tendant à préserver une situation, ou plus précisément à sauvegarder les intérêts en présence (1), des mesures provisoires et conservatoires permettant de faciliter l'exécution de la sentence (2) et, d'autre part, des mesures provisoires et conservatoires tendant à conserver et à administrer les preuves (3).

- 1) Le pouvoir du juge dans la préservation d'une situation ou dans la sauvegarde des intérêts des parties

Les mesures destinées à préserver une situation de fait ou de droit permettent d'assurer l'exécution effective de la décision à intervenir sur le fond. Rappelons que la comparution des

²²² M.-A. BAHMAEI, préc., note 209.

²²³ C.p.c., préc., note 7, Livre VI, titre I, chap. I, Art. 509 et suivants; Les mesures provisoires et conservatoires ordinaires sont l'injonction, les saisies avant jugement et le séquestre. Le Code de procédure civile traite de ces mesures dans deux chapitres. Le premier chapitre traite des injonctions, le second des saisies avant jugement et du séquestre. Les mesures provisionnelles sont par définition des mesures transitoires, temporaires, « par provision ». Elles sont prises pendant la durée de l'instance, dans l'attente d'un règlement définitif. La Cour supérieure est la seule compétente pour prononcer ces mesures au Québec.

²²⁴ M.-A. BAHMAEI, préc., note 209.

parties ayant convenu à un arbitrage devant les tribunaux judiciaires ne constitue pas une renonciation à l'arbitrage au sens de l'article 3140 du C.c.Q.²²⁵.

Le Code de procédure civile du Québec et le décret de 2011 de la France reconnaissent au juge la compétence d'ordonner des mesures de sauvegarde²²⁶. Par ordonnances de sauvegarde, il faut entendre les ordonnances requises pour préserver les droits des parties, autres que celles qualifiées de mesures provisionnelles²²⁷ : par exemple, l'autorisation d'interroger un tiers qui risque de ne plus être disponible, l'autorisation de contracter une assurance aux frais des parties, une ordonnance à une partie de payer un montant requis pour préserver un bien et toute ordonnance requise pour empêcher que l'arbitrage ne devienne sans objet.

Par conséquent, il a toujours été admis que l'existence d'une convention d'arbitrage ne faisait pas obstacle à la compétence du juge étatique lorsqu'on lui demande assistance pour prononcer des mesures urgentes que le tribunal arbitral n'est pas en mesure de rendre²²⁸.

²²⁵ C.c.Q., préc., note 57, art. 3140 dispose que : « En cas d'urgence ou d'inconvénients sérieux, les autorités québécoises sont compétentes pour prendre les mesures qu'elles estiment nécessaires à la protection d'une personne qui se trouve au Québec ou à la protection de ses biens s'ils y sont situés. »

²²⁶ C.p.c., préc., note 7, arts 623, 509 à 526 ; art. 1449 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2 « L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage ».

²²⁷ *Ancienne-Lorette (ville de) c. Québec (ville de)*, 2014 QCCS 3325; *Warner Chappell Music France c. Beaulne*, 2010 QCCS 2632. « Une ordonnance de sauvegarde est une mesure qui s'avoisine à l'injonction interlocutoire provisoire. Elle est émise exceptionnellement en cas d'urgence et ne peut excéder dix jours, sauf dispositions contraires des parties. L'ordonnance de sauvegarde vient aider les juges à permettre aux parties de conserver leurs droits et de faire valoir leurs prétentions sur l'injonction interlocutoire, s'assurer que leurs droits ne soient pas perdus ou que ne soient créées des situations pouvant fragiliser l'équilibre entre les parties. La première condition permettant au juge de statuer sur une ordonnance de sauvegarde est le dossier incomplet de la demande d'injonction interlocutoire provisoire. C'est pourquoi la jurisprudence assimile l'injonction interlocutoire provisoire à l'ordonnance de sauvegarde. La différence entre ces deux mesures est que la première peut être émise à la demande d'une partie seulement et pour une durée de 10 jours, contrairement à la seconde. » dans Luc Chamberland : *le grand collectif*, préc., note 45. P.

²²⁸ *Id.*, *Joli-cœur c. Joli-cœur Lacasse Avocats, s.e.n.c.r.l.*, 2011 QCCA 219; « Une partie peut demander au tribunal d'accorder des mesures provisionnelles, avant ou pendant la procédure arbitrale. Ces procédures incluent notamment la nomination d'un séquestre, la saisie avant jugement, l'injonction et les ordonnances de sauvegarde.

L'article 510 du Code de procédure civile établit la compétence du juge pour ordonner des injonctions interlocutoires ou des injonctions interlocutoires provisoires, même avant la demande introductive d'instance devant un tribunal quelconque²²⁹. Ces mesures doivent être distinguées²³⁰. Elles doivent être ordonnées provisoirement, à défaut d'être contradictoires à la nature de leur objet. C'est l'article 511 du C.p.c. qui fixe les modalités de recevabilité de cette demande d'injonction.

Aux critères ordinaires de l'émission d'une ordonnance interlocutoire ou provisoire s'ajoute l'urgence. En effet, dans *Exfo inc. c. Réseaux Accedian Inc.* 2011²³¹, au paragraphe 17, le juge de la Cour supérieure confirme que l'injonction provisoire est une mesure essentiellement temporaire et exceptionnelle pour éviter un mal évident, imminent et irréparable. Alors, en l'existence du doute sur l'urgence ou sur le mal évident, la demande est rejetée²³². L'intervention du juge en soi est déjà un incident dans la procédure d'arbitrage, donc elle doit être courte et brève afin d'éviter l'empiètement sur le temps de déroulement de l'instance arbitrale. L'urgence est l'exigence, la condition qui justifie les pouvoirs du juge dans cette

Lorsqu'un tribunal rend une injonction dans le cadre d'une procédure arbitrale, il doit se limiter aux considérations pertinentes à la requête et ne pas usurper la mission de l'arbitre. »

²²⁹ *C.p.c.*, préc., note 7, art.510 stipule que « une partie peut, en cours d'instance, demander une injonction interlocutoire. Elle peut présenter sa demande même avant le dépôt de sa demande introductive d'instance si elle ne peut déposer cette dernière en temps utile. Cette demande est signifiée à l'autre partie avec un avis de sa présentation. Dans les cas d'urgence, le tribunal peut y faire droit provisoirement, même avant la signification. L'injonction provisoire ne peut en aucun cas, sans le consentement des parties, excéder 10 jours. »

²³⁰ *Id.*, *THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissement inc.*, 2011 QCCA 2344; *Natrel inc. c. Berardini inc.*, CA; 9133-0902 *Québec inc. c. Agropur Coopérative C.S.C.* 2016 AZ-51292367; « L'article 853 de l'ancien C.p.c. distingue l'injonction interlocutoire de l'injonction interlocutoire provisoire. La seconde ne peut être accordée qu'en cas d'urgence et pour une période de dix jours. Elle ne requiert pas de signification. Ainsi, devant une telle demande d'injonction, le juge ne peut rendre une injonction pour une période de six mois. »

²³¹ *Exfo inc. c. Accedian inc.* 2011 CS; *Société minière Louvem inc. c. Aur Resources inc.*, [1990] R.J.Q. 772; En effet, l'injonction provisoire est une mesure essentiellement temporaire, extrêmement exceptionnelle et urgente. En vertu des articles 752 et 753 C.P., le requérant doit prouver une urgence exceptionnelle, une apparence de droit suffisante et un préjudice irréparable. En l'espèce, la requérante se réclame d'un droit clair et apparent et, en conséquence, l'urgence s'imposerait de droit. De plus, les faits et gestes de l'intimée équivaldraient à une expropriation unilatérale qui comporterait des conséquences incalculables et irrémédiables.

²³² *India-Canada Organization inc. c. India-Canada Organization ICO*, 2014 CS 3249. Dans cette affaire, la Cour supérieure affirme que les injonctions interlocutoires doivent être prises sans tarder, c'est-à-dire de manière urgente.

matière avant la constitution du tribunal arbitral ou même après sa constitution. C'est la nécessité de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite qui suppose en fait qu'il serait nuisible d'attendre l'instance au fond²³³.

La nécessité de l'intervention du juge en matière d'injonction interlocutoire provisoire est consacrée par l'article 512 du C.p.c.²³⁴. Aux termes de l'art. 512, al. 1, l'injonction interlocutoire peut viser les personnes étrangères à la convention d'arbitrage. En d'autres mots, elle vise toutes personnes identifiées dans la demande.

Bien que toute ordonnance ne constitue pas une injonction et que d'autres instances, telles que le tribunal arbitral, peuvent en rendre, la particularité et la nécessité du recours au juge dans le cadre du prononcé d'une injonction se ressentent lorsque des gestes répréhensibles, tels que le piquetage illégal, sont évidents²³⁵, mais également lorsque la mesure est émise envers des tiers à la convention d'arbitrage. Ces actes requièrent des mesures imminentes afin d'éviter qu'elles ne nuisent à la mission de l'arbitre. De plus, le caractère contraignant de l'injonction fait appel à la force de l'État pour imposer le respect de cette obligation de nature privée, et ce, sous peine de sanctions à caractère pénal.

Lorsque l'injonction n'est pas exécutée dans le laps de temps requis, elle est qualifiée d'outrage au tribunal pour contravention et le tribunal peut ordonner de détruire ou d'enlever

²³³ Par exemple, les mesures comme la désignation d'un administrateur provisoire, d'un expert ou la demande d'arrêt de travaux sont des mesures qui peuvent être prises sur la base du C.p.c., préc., note 7, art. 510-512 al 1.

²³⁴ *Id.*, art. 512 al.1 C.p.c. dispose que : « Si l'injonction interlocutoire est accordée, elle est signifiée à l'autre partie et aux autres personnes identifiées. »

²³⁵ C.p.c., préc., note 7, art. 509 al. 2, P.2301 dispose que : « une telle injonction peut enjoindre à une personne physique de ne pas faire ou de cesser de faire quelque chose ou d'accomplir un acte déterminé en vue de protéger une autre personne dont la vie, la santé ou la sécurité est menacée. Une telle injonction, dite ordonnance de protection, peut être obtenue, notamment dans un contexte de violences, par exemple de violences basées sur une conception de l'honneur... », voir les commentaires Sylvain Lussier sous cet article. Même si les arbitres peuvent prononcer des ordonnances de faire ou de ne pas faire, la Cour Supérieure est seule compétente lorsque les gestes répréhensibles, tel que le piquetage illégal sont susceptibles d'être commis. Il s'agit de l'injonction « *quia timet* » c'est-à-dire « celui qui craint » *Corporation groupe pharmessor c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCS 1732; *Hydro-Québec c. Syndicat des technologues d'Hydro-Québec, section locale 957 du SCFP-FTQ*, 2014 QCCS 5158.

ce qui a été fait à l'encontre de l'injonction²³⁶. La compétence du juge pour prononcer des mesures de sauvegarde et/ou des injonctions relevant de certaines dispositions du Code de procédure civile, en présence d'une convention d'arbitrage, n'implique pas que le juge soit compétent au fond du litige, mais que l'urgence de telles mesures le requiert²³⁷. Ainsi, en vertu de l'art. 510 al.2 du C.p.c., le tribunal peut émettre des injonctions interlocutoires provisoires en cas d'urgence²³⁸. Par tribunal, il faut entendre, le juge en son cabinet comme le précise l'art. 69 du C.p.c.

- 2) Le pouvoir du juge en matière de mesures provisionnelles et conservatoires permettant d'assurer l'exécution éventuelle de la sentence arbitrale.

Ces mesures ont pour objectif de faciliter l'exécution future de la sentence en rendant indisponibles les biens sur lesquels elle pourrait être exécutée²³⁹. Ces mesures sont très importantes en matière internationale, parce qu'elles facilitent la circulation ou même la dissimulation des biens et des fonds. Il est donc primordial de rendre provisoirement indisponibles des biens susceptibles de disparaître lorsqu'ils peuvent assurer l'exécution de la décision définitive des arbitres²⁴⁰. L'une de ces mesures est la saisie avant jugement.

En matière de saisie avant jugement, la compétence du juge étatique est exclusive. En effet, l'application de la saisie avant jugement suppose la mise en œuvre d'un pouvoir de coercition

²³⁶ C.p.c., préc., note 7, art.515.

²³⁷ *Id.*, art. 510 al.2. L'injonction provisoire est une mesure d'urgence, qui est émise par le juge étatique lorsqu'une situation la requiert puisqu'en vertu du C.p.c. seul la Cour Supérieure a la compétence pour prononcer ces mesures.

²³⁸ *Id.*, Cet article dispose que : « Dans les cas d'urgence, le tribunal peut y faire droit provisoirement, même avant la signification. L'injonction provisoire ne peut en aucun cas, sans le consentement des parties, excéder 10 jours ». Ainsi, une ordonnance d'injonction interlocutoire peut être accordée provisoirement, même avant qu'elle n'ait été signifiée à l'autre partie, mais seulement dans un cas d'urgence et pour un maximum de 10 jours, à moins que les parties ne consentent à un délai plus long (commentaire de la ministre de la justice sous l'art. 510).

²³⁹ M.-A. BAHMAEI, préc., note 209. En effet, bien la saisie avant jugement ne soit pas une mesure d'exécution, elle permet de faciliter l'exécution de la sentence arbitrale de par son caractère conservatoire, voir les commentaires de Mr. Sylvain Lussier sous l'art. 516 à la page 2357 du Grand collectif 2019/2020.

²⁴⁰ *Id.*

qui appartient exclusivement au l'État dont le juge peut en disposer au besoin²⁴¹. Devant des motifs de crainte, tels que, la disparition de la sureté ou de son gage, une partie a le droit de saisir le tribunal étatique ou l'huissier de justice pour demander l'émission de mesures qui exige souvent l'emploi de la force publique, telle que la saisie avant jugement en vertu de l'art. 518 C.p.c.Q. : « *le demandeur peut, avec l'autorisation du tribunal, faire saisir les biens du défendeur, s'il est à craindre que sans cette mesure le recouvrement de sa créance ne soit en péril justice*²⁴² ». En effet, la jurisprudence a exigé de façon constante un comportement douteux sinon frauduleux de la part de la partie défenderesse avant d'autoriser une saisie avant jugement fondée sur la crainte quant au recouvrement éventuel de la créance²⁴³.

Par ailleurs, la pratique de la saisie avant jugement requiert souvent l'utilisation de la force publique, force publique dont le tribunal arbitral ne dispose pas. Conformément aux principes applicables à la saisie avant jugement pour crainte de recouvrement de la créance, il n'y a pas de saisie avant jugement sans autorisation d'un juge²⁴⁴. Par conséquent, même si elle est pratiquée sans autorisation du juge, elle vise à placer le bien saisi sous l'autorité de la justice²⁴⁵. Elle est généralement pratiquée par un huissier, conformément aux articles 703 à 708 du C.p.c.Q.²⁴⁶ qui tire l'autorisation du juge. Par conséquent, l'absence de compétence du juge sur le fond du litige en arbitrage ne signifie pas nécessairement que le juge ne peut pas intervenir pour assister ou soutenir le forum approprié. C'est pourquoi des auteurs ont conclu que « *ces mesures de coercition relève de la compétence exclusive des juridictions étatique et l'existence de la convention d'arbitrage ou d'une procédure arbitrale ne prive pas les du*

²⁴¹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 518 C.p.c.

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Id.*, voir les commentaires de Mr. Sylvain Lussier sous l'art. 518 C.p.c., P.2364. Jurisprudences illustrées: l'affaire *St-Laurence Mechanical Ltd. c. Acadian Consulting Co.*, [1974] C.A. 236; la crainte doit être objective. Elle doit être fondée sur des faits objectifs propres à la créance réclamée : *Lynch Suder Logan c. Wilson Logan*, 2010 QCCA 1023 (le saisissant doit alléguer des faits précis qui indiquent que le débiteur se livre à des manœuvres visant à soustraire la créance de l'exécution d'un jugement ou qui met en péril le recouvrement de la créance).

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.*, art. 516, voir les commentaires de Mr. Sylvain Lussier, para 3-4, P- 2357

²⁴⁶ C.p.c., préc., note 7, art.703-708.

*pouvoir de prendre de telles mesures*²⁴⁷». En somme, seul le juge a le pouvoir de faire usage de la force.

Quant à la procédure à suivre, en vertu de l'article 520 du C.p.c.Q, « la saisie avant jugement se fait au moyen d'un avis d'exécution sur la base des instructions du saisissant appuyées de sa déclaration sous serment dans laquelle il affirme l'existence de la créance et les faits qui donnent ouverture à la saisie; le cas échéant, il y indique ses sources d'information. Si l'autorisation du tribunal est nécessaire, elle doit figurer sur la déclaration du saisissant²⁴⁸».

En résumé, l'intervention du juge, aussi subsidiaire qu'elle puisse paraître, permet d'éviter le déni de justice causé par les infirmités de l'arbitrage en matière de saisie avant jugement. En plus de ces mesures, le juge a l'obligation de prêter assistance à l'arbitre en matière d'administration de la preuve²⁴⁹ en vertu du Code de procédure civile québécois. Les mesures d'administration de la preuve font partie de la grande famille des mesures procédurales provisionnelles et conservatoires.

3) La compétence du juge pour ordonner des mesures conservatoires relatives à la preuve

Le droit québécois et le droit français de l'arbitrage ont mis tout en œuvre afin que le recours à l'arbitre produise son plein effet. En principe, l'administration de la preuve incombe au juge du fond, puisque c'est à lui de trancher le litige²⁵⁰. Dans ce cas d'espèce normal, la compétence en matière de preuves reviendrait de droit au tribunal arbitral. Nonobstant la

²⁴⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, préc., note 29, n°1323.

²⁴⁸ *Caisse d'économie Desjardins de la Culture c. Diagram Art inc.*, 2001 EYB 26699, Dans cette affaire la Cour souligne le principe de l'art. 518 C.p.c. Cet art. impose au saisissant de démontrer qu'il a une crainte de ne pas pouvoir recouvrer sa créance. Le fait que cette créance soit le résultat d'une fraude n'est pas suffisant pour justifier cette crainte. Le saisissant a aussi le devoir de transparence qui lui impose de dévoiler toute la vérité, y compris celle qui pourrait jouer en sa défaveur. A défaut, le tribunal ne fera pas droit à la saisie. C.S.

²⁴⁹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 634 C.p.c.

²⁵⁰ *Id.*, commentaires de J. Dalphond et de la ministre de la justice sous l'art. 634, P. 2878-2879. L'arbitre a le pouvoir ou non de donner l'autorisation aux parties de faire appel au juge en matière d'admission de la preuve. Ainsi, il(l'arbitre) lui revient de juger la pertinence des témoignages avant de s'adresser au juge. Il faut donc, retenir que l'intervention du juge à ce niveau de la procédure constitue un incident de l'instance arbitrale, qui ne saurait violer le principe de la proportionnalité et l'intention législative se dégageant du Code de procédure civile.

convention d'arbitrage, l'intervention du juge est de mise lorsque les difficultés dans l'obtention des preuves surpassent la compétence de l'arbitre. En effet, l'arbitre est également compétent pour trancher les difficultés en matière de preuve. Toutefois, il arrive des circonstances exceptionnelles où l'intervention du juge devient nécessaire pour la conservation et la garantie de la preuve.

Durant le procès, il est nécessaire de préserver des éléments de preuve de crainte qu'ils soient dissipés ou perdus. L'une des parties peut donc recourir au juge sur requête ou en référé : il s'agit du *juge en son cabinet*²⁵¹. En somme, certaines situations imposent des mesures urgentes pour conserver ou établir la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige²⁵².

Par exemple, en France, le juge des référés peut, sur la base des dispositions du Code de procédure civile, prononcer des mesures pour préserver et sauvegarder des preuves. Ce sont les articles 145 et 808²⁵³ du CPC français qui traitent de cette mesure. Même si le tribunal arbitral est constitué et compétent pour statuer sur le fond du litige, le juge peut, sur la base de certains articles, intervenir afin de prêter assistance à l'arbitre ou aux parties.

L'art. 634 du C.p.c. québécois avance la même idée en d'autres mots. En effet, l'article précise les cas dans lesquels le tribunal étatique peut prêter assistance au tribunal arbitral. Il reprend les termes de l'article antérieur (art. 944, al. 8) à la réforme et ajoute la possibilité pour l'arbitre de s'adresser lui-même au tribunal étatique, au fait qu'une partie peut déjà s'adresser, avec la permission de l'arbitre, au tribunal judiciaire pour demander des mesures relatives à la

²⁵¹ En effet, ce type de procédure permet de prévenir un obstacle au règlement du litige, puisque si la preuve devant permettre à l'arbitre de trancher le litige une bonne fois pour toute venait à se disperser ou à disparaître, la possibilité pour la partie demanderesse de voir ce litige réglé serait ébranlée. Ainsi, sur permission de l'arbitre une partie peut demander assistance au juge en son cabinet pour contraindre un témoin qui refuse de se présenter à le faire. Cette procédure se fait parallèlement à l'instance arbitrale pour éviter qu'elle empiète encore plus sur la compétence de l'arbitre.

²⁵² M.-A. BAHMAEI, préc., note 209, p. 41.

²⁵³ CPC, préc., note 52, art.808, stipule que : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. »

preuve. Contrairement aux articles du CPC français précités, l'art. 634 C.p.c. parle de l'assistance du juge pour l'obtention de la preuve. Cet article est conforme à l'article 27 de la Loi type²⁵⁴. Cet article admet la possibilité pour le juge d'intervenir à titre d'assistant dans l'administration des preuves afin de prévenir les manœuvres dilatoires des parties.

En principe, le juge n'a pas compétence pour intervenir dans la procédure d'administration de la preuve en présence d'une convention d'arbitrage, mais les choses ont bien changé depuis les réformes. Comme indiqué précédemment, plusieurs situations justifient l'intervention du juge. En droit de l'arbitrage québécois, le législateur reconnaît totalement la compétence de l'arbitre en matière d'audition des témoins que les parties lui présentent et considère les autres éléments de preuve qu'elles lui soumettent. Le rôle de l'arbitre n'est pas de nature inquisitoire, il ne peut décider lui-même des témoins à entendre et les convoquer par citation²⁵⁵. Au cours de l'instance arbitrale, l'intervention du juge ne se limite pas seulement à l'administration de la preuve²⁵⁶.

Toutefois, il arrive qu'un témoin considéré comme nécessaire à la preuve d'une partie refuse de donner suite à une citation à comparaître. En pareil cas, puisque l'arbitre n'a compétence qu'à l'égard des parties à la convention d'arbitrage et est dépourvu du pouvoir de contraindre une personne à se présenter devant lui (contrairement aux juges étatiques ou à des personnes investies du pouvoir de contrainte, par exemple une commission d'enquête), il faudra faire appel au tribunal compétent, qui agira comme s'il s'agissait d'un témoin défaillant devant lui²⁵⁷. Dans le cas d'un arbitrage commercial international, c'est le juge du lieu de l'arbitrage

²⁵⁴ Loi de la *CNUDCI*, préc., note 6, Chap. IV, art. n°27. Cet art. dispose que : « Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal, peut demander à un tribunal compétent du présent État 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. »

²⁵⁵ L. CHAMBERLAND et al., *préc.*, note 44, art.634, commentaires de Pierre J. Dalphond.

²⁵⁶ Charles JARROSSON, « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », dans *L'arbitre et le juge étatique*, section 14, Belgique, Bruylant, 2014, p. 482.

²⁵⁷ L. CHAMBERLAND et al., *préc.*, note 44, art.634

qui est compétent pour jouer ce rôle²⁵⁸. Ainsi, le juge pourra soit ordonner un mandat de délivrance, soit autoriser une commission rogatoire²⁵⁹.

Contrairement, à l'article 944.8 de l'ancien Code de procédure civile québécois, le nouvel article 634 du C.p.c. ajoute un nouvel élément. C'est la possibilité pour l'arbitre de s'adresser lui-même au juge en cas de besoin d'assistance. De plus, le juge assiste non seulement les parties, mais également l'arbitre. Alors, de telles demandes doivent provenir soit de l'arbitre, soit des parties, mais avec la permission de l'arbitre²⁶⁰.

Par conséquent, l'article 634 du C.p.c. reconnaît la compétence exclusive de l'arbitre en matière de gestion des preuves. Il est seul qualifié pour statuer sur la nécessité ou la pertinence d'un élément matériel ou d'un témoignage. Pour respecter l'intention législative se dégageant des dispositions du Code de procédure civile québécois, il faut retenir que cette mesure d'assistance, comme toutes les autres présentées au tribunal judiciaire pendant le processus arbitral, constitue un incident pendant l'instance arbitrale, assujetti au premier alinéa de l'article 101 du Code²⁶¹.

De ce qui précède, il apparaît clairement que le juge partage certaines compétences avec l'arbitre pendant la procédure. Cependant, il y a des compétences qui sont particulièrement réservés au juge. Même si l'arbitrage peut se passer de lui, il reste cependant important et que certains pouvoirs lui sont inhérents.

²⁵⁸ Loi type de la *CNUDCI*, préc., note 12, Chap. IV, art. n°27. Cet article dispose que : « Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État 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.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, commentaires de J. Dalphond sous l'art. 634. P. 2878.

²⁶¹ *Id.*

Sous-section II : La compétence exclusive du juge en matière de mesures provisionnelles et conservatoires

Au Québec, les mesures provisionnelles et conservatoires exclusives du juge sont décrites au titre I du livre VI du Code de procédure civile annoté: ce sont les injonctions, les saisies avant jugement et le séquestre²⁶². La compétence exclusive du juge en matière provisionnelles et conservatoires apparaît à deux niveaux : le premier concerne certaines mesures provisionnelles de natures transitoires, temporaires destinées à garantir l'exécution ultérieure de la sentence arbitrale; elles échappent complètement au tribunal arbitral même en présence d'une convention d'arbitrage. Le second niveau a trait à l'intervention du juge étatique en matière d'exécution des sentences et ordonnances par le tribunal arbitral.

a) L'injonction interlocutoire

Il existe deux types d'injonctions, celles dites interlocutoires (qui comprend la provisoire) et celles dites permanentes. Les mesures provisionnelles sont par définition des mesures transitoires temporaires « par provision ». L'injonction interlocutoire répond à cette définition. En vertu de l'art. 509 C.p.c. « *L'injonction est une ordonnance de la Cour Supérieure enjoignant à une personne ou, dans le cas d'une personne morale, d'une société ou d'une association d'un autre groupement sans personnalité juridique, à ses dirigeants ou représentants de ne pas faire ou de cesser de faire quelque chose ou d'accomplir un acte déterminé* »²⁶³. Au Québec, les décisions judiciaires décrivent l'injonction comme un recours extraordinaire²⁶⁴. Le caractère extraordinaire de l'injonction est constaté dans sa sanction lorsqu'elle est violée, dans la juridiction compétente pour l'émettre, dans la contrainte de son exécution et dans la personne envers laquelle elle est émise²⁶⁵.

²⁶² *Id.*, P. 509-526

²⁶³ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 509. P. 2295.

²⁶⁴ *Picard c. Johnson & Higgins Willis Faber ltée* [1988] R.J.Q. 235, P-2308.

²⁶⁵ *Id.*

Tout d'abord, le jugement donne un ordre²⁶⁶. Conformément à l'art.58 C.p.c. l'injonction (le jugement) doit être sans ambiguïté, car la contravention à cet ordre constitue un outrage au tribunal, susceptible d'une condamnation à une amende, à des travaux d'utilité sociale ou à la prison, par application de l'art.52 C.p.c. Ensuite, seule la Cour Supérieure peut prononcer une injonction²⁶⁷. On pourra également demander assistance au juge en son cabinet pour émettre des injonctions provisoires conformément à l'art. 69 C.p.c. En plus, des arts. 509 et suivants du Code de procédure civile, plusieurs autres lois prévoient la possibilité pour la Cour Supérieure d'émettre des injonctions²⁶⁸. En ce qui concerne, les ordres qui enjoignent l'injonction, celles « de ne pas faire », « de cesser de faire » et « de faire », la jurisprudence ne s'est pas longuement interrogée sur les distinctions entre elle. Les deux injonctions négatives doivent être émises avant que le geste fautif soit posé. Il s'agit soit de l'injonction « *quia timet* »²⁶⁹ ou du plus courant l'injonction de cesser de faire. Leur émission permet d'empêcher par exemple, la conclusion d'un contrat en contravention d'une promesse de contracter ou le geste contrevenant à un norme de conduite, une loi ou une obligation contractuelle. L'injonction de faire un acte déterminé est appelée injonction mandataire qui se retrouve à l'art. 1601 du C.c.Q.²⁷⁰. Ce jugement permet au créancier de choisir la façon dont le débiteur pourra exécuter son obligation.

²⁶⁶ *Provigo Distribution inc. c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de provigo*, entrepôt Armand-Viau Québec CSN, 2010 QCCS 6774.

²⁶⁷ Le tribunal ne doit pas accorder une injonction simplement parce que le demandeur y a droit en principe. Celui-ci doit en outre démontrer que les circonstances justifient l'octroi d'une telle réparation potentiellement contraignante et qu'il mérite pareille réparation, le caractère contraignant de l'injonction tenant en partie aux effets qu'elle entraîne pour l'avenir

²⁶⁸ A titre d'exemples L'art.19.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, l'art. 191 du *Code des professions* RLRQ, c. C-26, l'art. 33(1) de la *Loi sur la Concurrence* L.R.C. 1985, ch. C-34, l'art. 125 de la *Loi sur le bâtiment* RLRQ, c. B-1.1.

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ L'injonction mandataire nous vient du droit anglais. Comme il appert à la lecture du rapport des commissaires, ce n'est pas un recours exceptionnel. C'est un recours mis à la disposition des justiciables pour faire respecter un droit. L'injonction mandataire est le remède approprié lorsqu'il y a utilisation de la propriété d'autrui sans sa permission. Ainsi, une compagnie qui a utilisé illégalement le terrain d'autrui pour y étendre des matériaux d'excavation sera condamnée à les enlever. Par exemple dans l'affaire *Habitat Mon Pays inc. c. Société de construction D.C.L. ltée*, (1987) R.D.I. 81 (C.S.).

En vertu de l'art. 510 C.p.c. l'injonction provisoire peut être émise dans les cas d'urgence par le tribunal ou par le juge en son cabinet. Les critères d'émission d'une injonction sont les mêmes que ceux de l'émission d'une injonction interlocutoire à laquelle s'ajoute le critère de l'urgence²⁷¹. De même, cet article énonce que la durée d'une injonction provisoire ne pourra excéder dix (10) jours, sauf du consentement des parties, afin de ne pas retarder la délivrance du jugement définitif. En résumé, l'injonction constitue une mesure provisionnelle, à caractère discrétionnaire, qui vient sanctionner l'inexécution d'une obligation en enjoignant un sujet de droit d'agir ou de s'abstenir de le faire dans le respect de l'ordonnance qui le contraint. Cette mesure d'intervention, qui s'inscrit au rang des procédures spéciales, n'émergera que dans le respect rigoureux des règles de procédure qui la gouvernent, et ce, à chacune des étapes de sa manifestation²⁷².

b) Les saisies avant jugement

Au Québec, en vertu des dispositions du Code civil et du Code de procédure civile, la Cour supérieure est seule compétente pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires telles que les saisies avant jugement. On déduit que l'application de ces mesures est d'ordre public de protection et l'arbitre n'a pas compétence pour en émettre en vertu de l'art. 33 et 69 du C.p.c.

Par ailleurs, l'objet de ces mesures provisoires et conservatoires ordonnées par le juge est de faciliter l'exécution d'une sentence arbitrale future. La procédure de saisie avant jugement se retrouve aux art. 516 à 523 du C.p.c. La saisie avant jugement est pratiquée soit avant l'introduction de l'instance arbitrale, soit pendant l'instance arbitrale (la demande de mesures au juge ne constitue pas une autre demande introductive d'instance parallèle à l'instance arbitrale). En effet, c'est une mesure exercée lorsque la partie demanderesse a des raisons de craindre la disparition de sa sûreté ou de son gage, elle n'a donc pas à être signifiée à la partie

²⁷¹ *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*, préc., note 231.

²⁷² *Natrel inc. c. F. Berardini inc.*, (1995) R.D.J. 383 (C.A.); [1995 CanLII 5326 \(QC CA\)](#);

adverse, même si celle-ci est représentée par procureur²⁷³. En plus, l'art. 745 C.p.c. prévoit que la décision de vendre les biens périssables appartient à l'huissier de justice, avec autorisation du tribunal puisqu'il s'agit d'une procédure extraordinaire²⁷⁴. Ces biens périssables doivent être des biens meubles, car elle ne permet pas de saisir des biens immeubles²⁷⁵. Cette mesure apparaît extraordinaire, alors sa mise en application doit avant tout faire l'objet d'une autorisation du tribunal. Par conséquent, retenons que l'intention du législateur en attribuant cette compétence au tribunal judiciaire est à vocation conservatoire et protectrice de droits.

De plus, la saisie avant jugement se fait de plein droit par le demandeur²⁷⁶. Autrement dit, la saisie peut être faite sans l'autorisation du juge dans certains cas : lorsqu'elle concerne un bien meuble²⁷⁷. Lorsqu'une saisie avant jugement est effectuée avant la signification de la demande introductive de l'instance, le saisissant produit celle-ci au greffe et la signifie au défendeur dans les cinq jours de la signification de l'avis d'exécution²⁷⁸. La saisie avant jugement et l'injonction sont des mesures qui entraînent de sévères sanctions. De même, cette procédure est reconnue dans d'autres domaines tel que l'arbitrage international maritime.

²⁷³ *Caisse populaire Desjardins de Saint-Eustache / Deux-Montagnes c. Groupe Newtech International inc.* [2003] C.A.

²⁷⁴ *Services financiers Comcorp inc. c. Machinerie Haute Gatineau inc.*, C.S. 1995 EYB 94357. Par application de l'article 745 C.p.c., la Cour supérieure a confirmé que l'huissier peut autoriser la vente d'un bien périssable, qui s'applique aux saisies avant jugement. Il s'agit d'une mesure d'exception, qui doit être interprétée restrictivement. Afin de l'invoquer, le requérant doit démontrer de manière convaincante que le bien est périssable ou susceptible de se déprécier. Le fait que les biens ne soient pas assurés ou le simple écoulement du temps ne constituent pas un motif suffisant. De plus, la vente ne peut être « dans l'intérêt de toutes les parties concernées ». L'importance de demander d'abord l'autorisation au juge réside dans le fait qu'il est extrêmement grave de vendre des biens saisis alors que les droits du saisissant ne sont pas encore établis.

²⁷⁵ *Lavallée c. St-Germain*, 1994 REJB 28601

²⁷⁶ C.p.c., préc., note 7, art.517.

²⁷⁷ Par exemple, le cas d'une propriétaire dépossédée de son bien; le locataire d'un bien meuble dont le bail est expiré ou résilié de plein droit peut également faire saisir ce bien, etc...

²⁷⁸ *Id.*, préc., note 32, art.512

Par exemple, lors un arbitrage international maritime, le recours au juge du provisoire en vue d'obtention d'une saisie conservatoire sur un navire est assez fréquent²⁷⁹. Ainsi, la jurisprudence française admet que le juge ordonnera la saisie conservatoire d'un navire, malgré la saisine préalable du tribunal arbitral. Cet argument confirme que « *l'existence d'une clause compromissoire n'interdit pas, même après la saisine de la juridiction arbitrale, la mise en œuvre d'une saisie conservatoire dans les conditions requises pour que cette saisie soit autorisée par la loi applicable*²⁸⁰ ». Ce même principe est consacré par les juridictions japonaises et américaines²⁸¹. De même, l'injonction de type Mareva existe depuis maintenant plus de 30 ans, à tout le moins en Angleterre, très peu de décisions ont été rendues au Québec concernant ce genre d'injonction²⁸². L'existence d'un recours spécifique prévu dans une loi constitue l'un des éléments de l'ensemble des circonstances que le juge de la Cour supérieure doit soulever afin de décider si elles justifient d'accorder l'ordonnance demandée²⁸³.

c) Le séquestre

En ce qui concerne le séquestre, la compétence exclusive revient également à la Cour supérieure. L'article 524 du C.p.c. reprend l'essentiel du droit antérieur, mais il le modifie pour préciser que, comme il s'agit d'un séquestre constitué par l'autorité judiciaire et qu'il est non conventionnel, il ne porte que sur un bien en litige. Par ailleurs, les règles sur le séquestre complètent les dispositions sur le séquestre prévues au Code civil²⁸⁴. Le séquestre est le dépôt par lequel un bien disputé est remis entre les mains d'une personne. Cette personne ne le

²⁷⁹ N. RACHIDI, préc., note 172.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.*

²⁸² Magali FOURNIER, « Les injonctions Mareva », *Barreau du Québec - Service de la formation continue* 2006, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2006/2119125281>>; La plus vieille des décisions retrouvées accordant une injonction de type Mareva remonte à 2004! Dans l'affaire *Asher Investment c. Mitelman*, l'honorable juge Victor Melançon accorde une injonction de type Mareva, puisqu'il ordonne entre autres de « ne pas transférer, vendre ou disposer de tout actif leur appartenant sauf dans le cours ordinaire de leurs affaires ».

²⁸³ C. CARRIER et H. REID, préc., note 24, art.509. Voir à cet effet l'arrêt *Côté c. Morgan*, [1881 CanLII 32 \(SCC\)](#).

²⁸⁴ C.p.c., préc., note 7, art.524, Commentaire de la ministre de la Justice.

restitue qu'à la partie qui y a droit une fois le litige terminé²⁸⁵. Le but du séquestre est d'assurer la conservation du bien en litige. Autrement dit, contrairement à la saisie avant jugement, le séquestre ne vise pas à la préservation des droits du demandeur quant au recouvrement de sa créance, mais au maintien du *statu quo* pour la conservation des droits de toutes les parties impliquées dans le litige²⁸⁶.

En outre, puisqu'elle est considérée comme un incident dans la procédure arbitrale, la demande de cette mesure se fait par requête et seul le tribunal, et non le juge en son cabinet, a compétence pour entendre cette requête²⁸⁷. Ainsi, l'ordonnance nommant un administrateur provisoire à une société par actions de régime fédéral, rendue dans le cadre d'un recours en oppression en vertu de l'article 241 al. 4 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²⁸⁸, ou encore en cas de redressement, constitue une mesure provisionnelle assimilable à une ordonnance de séquestre judiciaire, régie par les articles 2311 C.c.Q. et 524 et suivants du C.p.c.²⁸⁹.

Les conditions d'ouverture doivent être pour des raisons sérieuses. Le tribunal doit être convaincu de l'existence de circonstances telles qu'il est justifié de charger un tiers de l'administration du bien en litige et des revenus que ce bien produit²⁹⁰. En l'espèce, le

²⁸⁵ *C.c.Q.*, préc., note 57, art.2305, En général, le séquestre est soit conventionnel, soit judiciaire. Lorsqu'il est conventionnel, il vient entériner l'accord des parties; cependant, lorsqu'il est judiciaire, le séquestre cesse d'être un contrat et devient une mesure provisionnelle, régie d'abord par les dispositions du C.p.c., en vertu de l'article 2311 du *C.c.Q.* et par la présente section, dans la mesure où elle n'est pas incompatible.

²⁸⁶ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, commentaires de M. Sylvain Lussier sous l'art. 524 C.p.c, P. 2388.

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ *Loi canadienne sur les sociétés par actions* L.R.C. (1985) Ch. C-44, art. 241.4. En effet, le recours en oppression est de la compétence de la Cour supérieure, laquelle a compétence pour rendre toute ordonnance nécessaire à l'application de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, à défaut le C.p.c. s'y applique de manière supplétive art. 524 et suivants.

²⁸⁹ *C.c.Q.*, préc., note 57, art. 2311.

²⁹⁰ *Desjardins c. Desjardins*, 2006 QCCS 6292-602. La nomination d'un séquestre constitue une mesure exceptionnelle assujettie à des critères stricts. Le requérant ne peut simplement alléguer des faits sans présenter une preuve de la mauvaise administration de la compagnie, de l'inaction des fiduciaires ou d'agissements frauduleux des administrateurs. Sans preuve prépondérante d'une raison sérieuse d'ordonner le séquestre, d'un risque de préjudice ou de nécessité urgente, le tribunal n'ordonnera pas la nomination d'un séquestre.

requérant prouve que la gestion du bien par une des parties est déficiente, entachée d'irrégularités²⁹¹ ou susceptible d'en diminuer la valeur économique.

De plus, l'article 524 du C.p.c. prévoit que l'ordonnance comporte deux étapes : une première est l'imposition d'un séquestre et la seconde est la désignation. Ces étapes peuvent se dérouler de façon concomitante, mais le tribunal peut également fixer une date pour procéder au choix du séquestre. S'il y a appel, c'est le tribunal de première instance qui demeure compétente pour ordonner le séquestre²⁹². En effet, l'une des plus importantes manifestations de la fonction auxiliaire du juge se rattache l'émission de mesures provisoires ou conservatoires qui sont nécessaires avant ou pendant la procédure d'arbitrage²⁹³.

À cet effet, le législateur québécois soutient que l'assistance du juge dans la procédure arbitrale est bénéfique à l'arbitrage, dans la mesure où le pouvoir d'appréciation au fond du litige est réservé exclusivement à l'arbitre, mais en cas d'urgence et dans l'impossibilité d'émettre ces mesures, les parties peuvent saisir le juge en son cabinet ou le tribunal judiciaire lors d'une instance introductive parallèle à l'instance arbitrale. Ainsi, l'émission et l'intervention du juge dans la procédure se fera sans interruption de la procédure arbitrale, et sans empiétement sur la compétence de l'arbitre. Les délimitations entre les compétences judiciaires et celles de l'arbitre sont posées en matière de mesures provisionnelles et conservatoires. Le juge ne s'immisce pas dans le fond du litige, mais assiste l'arbitre et les parties selon la mission qui lui est confiée avec la permission du tribunal arbitral si celui est valablement constitué. Il s'agit sans aucun doute d'une reconnaissance universelle de la compétence juridictionnelle de l'arbitre, plus encore celle du juge étatique dans le déroulement d'un arbitrage.

²⁹¹ *Crevette du Nord Atlantique inc. c. Conseil de la Première Nation malécite de Viger*, [2012] QC.C.A.

²⁹² L. CHAMBERLAND, préc., note 44, commentaires de M. Sylvain Lussier sous l'art. 524.

²⁹³ *Id.*, p. 61.

Section II : Les autres compétences partagées entre l'arbitre et le juge dans le contrôle de la procédure arbitrale

En plus des principales compétences exposées précédemment, la loi attribue au juge d'autres pouvoirs afin d'aider à l'exécution future de la sentence et de permettre le bon déroulement de la procédure arbitrale. Cette compétence du juge est auxiliaire et surtout complémentaire, car elle permet d'éviter que la sentence arbitrale future se heurte à une annulation ou à un refus d'exequatur²⁹⁴. En synthétisant le lien entre l'arbitre et le juge, Philippe Fouchard affirmait, il y a presque 35 ans, qu'« entre le juge et l'arbitre, il semble manifestement que la méfiance ait disparu; à la place de la rivalité s'est établi la coexistence, et cela sans que de la part du juge, il n'y ait de volonté de "récupération" ou dépit; le juge a laissé s'épanouir l'arbitrage, mais il s'est réservé le pouvoir de le contrôler »²⁹⁵. Par conséquent, le juge, en plus de seconder l'arbitre dans la prise de mesures provisoires et conservatoires, pourra au besoin proroger le délai de l'instance arbitrale, la suspendre ou complètement y mettre fin afin de permettre une enquête (sous-section I).

Le juge d'appui joue également un rôle de contrôleur de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale. Il s'agit en fait de vérifier l'objet du litige en application de la condition de l'arbitrabilité, et ensuite de prêter assistance encore une fois à l'arbitre en interprétant ou en réparant les erreurs ou omissions de celui-ci dans la sentence arbitrale. Ce contrôle qu'exerce

²⁹⁴ C. Carrier et H. Reid, préc., note 24, annotations sous l'art. 648 al. 3 qui dispose que : « Le tribunal peut, sur demande, suspendre la demande d'annulation pendant le temps qu'il juge nécessaire pour permettre à l'arbitre de prendre toute mesure susceptible d'éliminer les motifs d'annulation; il peut le faire même si le délai prévu pour rectifier, compléter ou interpréter la sentence est expiré ». En fait, le législateur a non seulement limité les causes de refus d'homologation (art. 946.4 a. C.p.c.) ou d'annulation de la sentence arbitrale (art. 947.2 a. C.p.c.), mais il a également prévu la possibilité de les corriger (art. 947.3 a. C.p.c.) plutôt que de favoriser l'annulation de la sentence. L'article 947.3 a. C.p.c. confère un large pouvoir discrétionnaire au tribunal qui peut 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 s'il s'agit du non-respect des règles 'équité procédurale. Par exemple dans *Morneau c. Balian*, 2007-5162 (C.A.); les arbitres ont appliqué, pour quantifier le préjudice, une formule mathématique qui n'avait pas été proposée par les parties. Pour corriger cette situation, le juge de première instance a eu raison de renvoyer le dossier devant les arbitres pour permettre aux parties de présenter leurs arguments sur la méthode utilisée.

²⁹⁵ M.-A. BAHMAEL, préc., note 209.

le juge sur la convention d'arbitrage ne peut lui servir de prétexte pour porter atteinte à l'autonomie de la procédure arbitrale. Ainsi, ce pouvoir judiciaire vise essentiellement l'arbitrabilité du litige ainsi que la formalité de la sentence arbitrale (sous-section II). Nous assistons depuis des décennies à une véritable coexistence entre la justice publique et la justice privée, à une certaine libéralisation et autonomisation des compétences de l'arbitre.

Sous-section I : La compétence du juge dans la conduite de l'instance arbitrale

Ces prérogatives sont très vastes, il est donc difficile de les mettre dans un seul moule. Nous exposerons les plus importantes d'entre elles. On peut citer à cet effet la prorogation du délai, l'arrêt et la suspension de la procédure arbitrale (A), la compétence subsidiaire du juge pour interpréter et réparer les erreurs ou les omissions éventuelles qui pourront affecter la sentence arbitrale rendue (B).

A. La prorogation du délai, l'arrêt et la suspension de la procédure arbitrale

En vertu de l'article 2643 du C.c.Q., et sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglementée par le contrat ou, à défaut, par le Code de procédure civile²⁹⁶. Ainsi, l'article 631 du C.p.c. dispose que 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.

Contrairement au C.p.c., qui ne fixe pas de durée pour l'instance arbitrale, le C.p.c. français, dans son art. 1463 al. 2 dispose que : « Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par

²⁹⁶ Barak BARIN et Marie-Claude RIGAUD, *L'arbitrage consensuel au Québec: recueil de jurisprudence*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2012.

accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui²⁹⁷ ». Le délai légal est de nature supplétive, il ne s'applique qu'en l'absence de délai convenu entre les parties. Cet article est applicable en arbitrage interne et en arbitrage international en vertu de l'art.1506 dudit Code²⁹⁸. Par ailleurs, selon la loi française, le délai court à compter de la saisine du tribunal arbitral²⁹⁹.

En fait, le législateur français s'est rendu compte qu'un délai de six mois serait insuffisant dans certains cas pour trancher un litige, d'autant plus que la saisine théorique du tribunal arbitral diffère toujours de celle effective. Il faut comprendre qu'il y a une différence entre la saisine théorique et la saisine affective du tribunal arbitral. En effet, Le tribunal arbitral ne peut être réputé saisi tant que la demande n'est pas portée devant lui : en pratique, aussi longtemps que n'a pas eu lieu la remise effective du dossier à l'arbitre. Cependant, dans un arbitrage ad hoc, la saisine des arbitres est immédiate et relève de la simple réception d'une requête en arbitrage dont ils seraient saisis³⁰⁰. Ainsi, le nouvel article 1456 du C.p.c. français stipule que « *le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. À cette date, il est saisi du litige* »³⁰¹. Par conséquent, la saisine effective serait le moment où le tribunal arbitral dispose de l'ensemble des dossiers des parties et se trouve en mesure de connaître de l'affaire.

Par ailleurs, l'article 1463 al. 2, du CPC français dispose que le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui. En effet, le délai légal ou conventionnel dans lequel les arbitres doivent accomplir leur mission ne peut être

²⁹⁷ CPC français, préc., note 52, art. 1463 al.2. Cet article dispose que : « Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui »

²⁹⁸ Ibid., art. 1506 dispose que : « A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles : 1° 1446, 1447, 1448 (alinéas 1 et 2) et 1449, relatifs à la convention d'arbitrage ; 2° 1452 à 1458 et 1460, relatifs à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure applicable devant le juge d'appui ; 3° 1462, 1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relatifs à l'instance arbitrale ; 4° 1479, 1481, 1482, 1484 (alinéas 1 et 2), 1485 (alinéas 1 et 2) et 1486 relatifs à la sentence arbitrale ; 5° 1502 (alinéas 1 et 2) et 1503 relatifs aux voies de recours autres que l'appel et le recours en annulation »

²⁹⁹ N. RACHIDI, préc., note 17, P.

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ CPC, préc., note 52, art.1456.

prorogé que par un accord entre les parties ou sur demande en justice. Rappelons que les arbitres n'ont pas le pouvoir de proroger le délai. Une décision de prorogation n'est pas susceptible de recours. De plus, la durée de la prorogation conventionnelle est librement fixée par les parties, mais, à défaut d'indication de leur part, la prorogation vaut pour la durée légale.

En droit québécois, la demande de prorogation peut être faite par les arbitres eux-mêmes. Le C.c.Q. admet la possibilité pour un arbitre de demander une prorogation du délai de l'arbitrage au juge. Ainsi, l'article 642, al. 3, du C.p.c. stipule que : « *la sentence doit être rendue dans les trois mois qui suivent la prise en délibéré, mais les parties peuvent, plus d'une fois, convenir de prolonger ce délai ou, s'il est expiré, en autoriser un nouveau. À défaut d'entente, le tribunal peut faire de même à la demande de l'une des parties ou de l'arbitre. La décision du tribunal est sans appel.* »³⁰² Ce troisième alinéa innove en fixant un délai pour rendre la sentence. Encore une fois, le législateur signale qu'il souhaite un processus expéditif en le fixant à trois mois. Dans un arbitrage commercial complexe, le délai pourra s'avérer trop court et les parties pourront prévoir au protocole d'arbitrage une période plus longue. Les parties pourront aussi convenir de prolongations en temps utile ou même après l'expiration du délai applicable, précise la disposition. Si les parties ne s'accordent pas sur la prolongation du délai, l'une ou l'autre ou le tribunal arbitral pourra se tourner vers le tribunal judiciaire compétent pour obtenir une prolongation, décision qui ne pourra pas faire l'objet d'un appel. En somme, le non-respect du délai prévu par le C.p.c. ou convenu entre les parties n'emporte pas perte de compétence pour le tribunal arbitral. Toutefois, il convient de retenir que le défaut du tribunal arbitral de respecter le délai applicable peut justifier sa révocation³⁰³.

³⁰² C.p.c., préc., note 7, art.642

³⁰³ *Robert c. Lavigne*, 2002-2003-24 C.S. L'expiration du délai pour rendre la sentence ne fait pas perdre automatiquement à l'arbitre sa juridiction, sauf si cela est stipulé expressément dans la convention d'arbitrage.

B. L'interprétation et la réparation des erreurs et les omissions matérielles pouvant affecter la sentence arbitrale

Le prononcé de la sentence arbitrale marque la fin de la mission arbitrale. Ainsi, il dessaisit l'arbitre du pouvoir d'arbitrer. La sentence arbitrale lie les parties, elle connaît la force obligatoire, ce qui est l'essence de la convention d'arbitrage³⁰⁴. Bien que la sentence arbitrale qui lie les parties doit être écrite, motivée et signée par les parties, il peut arriver qu'elle nécessite une interprétation ou qu'elle contienne des erreurs ou des omissions matérielles. En vertu de l'article 643 du C.p.c., il revient à l'arbitre de les rectifier dans un délai de 30 jours suivant la date d'émission de la sentence³⁰⁵. Cette règle est également consacrée par l'article 33 de la Loi type de la CNUDCI³⁰⁶. Le constat d'une erreur d'écriture, de calcul ou de quelque autre erreur matérielle peut donner lieu à une rectification par le tribunal arbitral d'office ou sur demande d'une des parties, comme c'est le cas pour un jugement³⁰⁷. Ainsi, le C.p.c. ne prévoit pas de possibilité pour le juge d'intervenir dans cette situation puisque celui-ci milite en faveur de l'arbitrage et attribue toutes les compétences nécessaires à l'arbitre pour mener à bien et à terme sa mission.

Contrairement au C.p.c. du Québec qui donne compétence à l'arbitre pour la correction des erreurs, le droit français de l'arbitrage dispose que les tribunaux étatiques ont la possibilité d'intervenir pour réparer les erreurs et les omissions de l'arbitre (A) seulement si toutes les conditions sont réunies (B).

³⁰⁴ *C.c.Q.*, préc., note 57, art. 2638

³⁰⁵ *C.p.c.*, préc., note 7, art. 643.

³⁰⁶ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. VI, art. n°33. Cet art. prévoit que : « 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... 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. »

³⁰⁷ L'omission de tenir compte d'un montant admis dans la sentence peut faire l'objet d'une correction, à lire dans l'affaire *Femme de carrière prêt-à-porter inc. c. Chubb du Canada, compagnie d'assurances*, AZ-50082872 J.E. 2001-421.

1) Les conditions nécessaires à une éventuelle intervention du juge

En principe, la compétence pour l'interprétation et la rectification des erreurs appartient d'abord à l'arbitre. Cependant, il est possible que le juge puisse intervenir, sous certaines conditions. En effet, les tribunaux judiciaires français ont la possibilité de rectifier une erreur à l'occasion d'une instance en annulation, le juge restituant à la sentence son sens réel³⁰⁸.

Toutefois, le tribunal arbitral ou le juge compétent de l'État partie ne doivent sous aucun motif modifier la sentence arbitrale rendue. Par ailleurs, la condition liée à l'intervention du juge démontre le caractère complémentaire de la compétence du juge étatique. Cette condition réside dans l'impossibilité pour les arbitres de se réunir. Un délai de trente (30) jours est accordé à l'arbitre pour réparer ses erreurs. À défaut de le faire, le juge pourra intervenir afin d'éviter que la sentence se heurte à un refus d'homologation ou à un recours en annulation. Ainsi, passé le délai de 30 jours, le droit d'agir ou de former un recours tombera en déchéance et de ce fait le juge pourra rendre des ordonnances afin de sauvegarder les droits des parties. La décision du juge qui contient ces ordonnances est définitive.

L'impossibilité doit être constatée avant que le juge puisse intervenir. Cependant, cette éventuelle intervention soulève un questionnement, à savoir si cette intervention du juge ne violerait pas le principe de l'incompétence du juge au fond du litige. Bien que l'objet de cet exposé soit de démontrer les compétences du juge dans le déroulement de la procédure arbitrale, il paraît important de souligner l'existence d'éléments qui permettent d'éviter l'empiètement de la compétence arbitrale au fond du litige.

³⁰⁸ Mohamed EL MEDHI NAJIB, *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, thèse de doctorat, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2016. P. 90.

2) La possibilité pour le juge d'interpréter ou de réparer les erreurs ou les omissions dans la sentence arbitrale

L'interprétation de la sentence arbitrale vise à rendre intelligible ou à expliquer une norme ou une condition que l'arbitre a utilisée pour trancher le litige. Elle permet de dégager le sens exact d'une disposition ou d'une condition lorsqu'elle manque de clarté ou que sa portée est imprécise, c'est-à-dire que l'intention du législateur et l'objet du litige sont ambigus. L'interprétation de la sentence est nécessaire si elle est sous forme de dispositif et souffre d'une ambiguïté qui pourrait porter les parties à confusion sur sa portée³⁰⁹.

Quid de la réparation d'erreurs ou d'omissions matérielles affectant la sentence arbitrale? En vertu de l'art.643 C.p.c., la charge de réparer les erreurs ou les omissions affectant la sentence arbitrale revient à l'arbitre³¹⁰. En l'espèce, plusieurs types d'erreurs peuvent affecter une sentence arbitrale, notamment une erreur de calcul dans le total général des dommages-intérêts, une erreur d'écriture ou quelque autre erreur matérielle. Il s'agit des cas manifestes d'erreurs matérielles ne requérant aucun débat contradictoire. Cette erreur de calcul peut soulever d'énormes problèmes dans la mesure où une partie serait contrainte de payer une somme qu'elle ne devrait pas payer.

La plus délicate des erreurs est l'omission. Il peut s'agir soit d'une omission mineure, soit d'une omission majeure. Dans la première situation, le tribunal calcule le montant des dommages et intérêts sans le porter sur le dispositif de la sentence. En l'espèce, le juge étatique est compétent pour statuer s'il y a omission ou non³¹¹. Dans la seconde situation, il

³⁰⁹ NAJIB, M. E. M., Préc., note 308, Para 225, P.9.

³¹⁰ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, Art. 643 al.1, P. 2900.

³¹¹ *Arrêt CHSLD St-Lambert-sur-le-Golf inc. c. April*, 2017 CanLII 5253 (QCCS), <http://canlii.ca/t/hnv41>. La Cour affirme dans le Para. 17 que « Le fait que la convention collective puisse se prêter à une interprétation autre que celle que lui a donnée l'arbitre ne mène pas forcément à la conclusion qu'il faut annuler sa décision, si celle-ci fait partie des issues possibles raisonnables. Les juges siégeant en révision doivent accorder une « attention respectueuse » aux motifs des décideurs et se garder de substituer leurs propres opinions à celles de ces derniers quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu'ils ont relevées dans les motifs ».

s'agit d'une omission majeure portant sur un chef de demande que le tribunal n'a pas considéré dans la sentence.

Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage. Cette innovation est très importante en matière de rectification d'erreurs matérielles ou de requête en omission de statuer tant à une limitation du délai pour les parties de formuler leur demande de rectification ou d'omission³¹². Le délai de cette demande est établi à trois (3) mois à compter de la date de notification de la sentence et de celle impartie au tribunal pour rendre sa décision³¹³. Cette exigence a le mérite d'offrir une certaine sécurité juridique à la procédure et de raccourcir le délai au terme duquel la sentence sera définitive³¹⁴.

Dans cette même perspective, on constate que la loi, la doctrine et la jurisprudence favorisent l'intervention du juge en tant que contrôleur de la procédure arbitrale dans sa phase post-arbitrale. Cette expansion du contrôle de la procédure concerne l'arbitrabilité de la sentence arbitrale et le contrôle de la formalité de la sentence, ainsi que d'autres aspects de la procédure que nous survolerons.

Sous-section II : Le contrôle du respect de l'arbitrabilité et la formalité de la sentence arbitrale

A. Le contrôle de l'arbitrabilité du litige

En vertu de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, l'arbitrabilité des litiges peut être remise en question lorsqu'un tribunal national est appelé à reconnaître une convention d'arbitrage, lorsqu'un tribunal est

³¹² CPC., préc., note 52, art. 1485

³¹³ *Id.*, art. 1486. Ces dispositions s'appliquent lorsque le tribunal a été constitué postérieurement au 1er mai 2011.

³¹⁴ Pierre DUPREY, « Présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, L'arbitrage : Principes et pratiques », Les cahiers du Conseil National des Barreaux, année 2011.

tenu de donner exécution à une sentence arbitrale ou lorsqu'un tribunal est tenu de statuer sur une demande en annulation de la sentence. Dans ces trois cas, le tribunal national saisi contrôlera l'arbitrabilité au regard de sa *lex fori*. Rappelons que la compétence des juges étatiques pour intervenir dans un litige soumis à l'arbitrage ne peut être strictement limitée aux mesures ayant un caractère provisoire ou conservatoire³¹⁵.

En droit de l'arbitrage québécois, il est de principe que les parties décident elles-mêmes de la loi applicable à leur convention d'arbitrage. Dans un tel cas, le juge saisi pour valider la convention d'arbitrage ne peut qu'appliquer la loi choisie par les parties. Les pouvoirs du juge dans le cadre de l'arbitrabilité se situent à trois (3) niveaux à savoir lors du contrôle de la validité de la convention d'arbitrage, lors de la procédure d'homologation et lors du recours contre la sentence arbitrale

Dans le premier niveau, le juge détermine l'arbitrabilité du litige lors du contrôle de la convention d'arbitrage qui permettra de savoir si le litige est susceptible d'être arbitré ou non. Le juge déterminera l'arbitrabilité du litige au regard de la *lex fori*, puisque c'est à lui qu'il appartient de donner la force obligatoire à la sentence résultant de cet arbitrage, selon sa propre loi. L'application de la *lex fori* à la question de l'arbitrabilité est légitime³¹⁶. Cette solution ancienne a été consacrée par les différentes conventions nationales et internationales³¹⁷. L'arbitrabilité ou l'inarbitrabilité du litige peut être soulevée d'office par le juge d'exécution, mais aussi par le défendeur, qui soutiendra que le litige est inarbitrable soit

³¹⁵ CCI n°14061, 2009, *JDI*, V.145, 2015, note sous la sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire p. 168.

³¹⁶ Jean-Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, coll. bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1999.

³¹⁷ Convention de Genève, préc., note 76, art. 1) b). Cet article dispose que : « *d'après la loi où elle est invoquée, l'objet de la sentence doit être susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage* » pour obtenir l'exécution de la sentence arbitrale. L'art. V)2) a) de la Convention de New York de 1958 prévoit que : « 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 que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ». Notons le but de la Convention de New York de 1958 relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences : L'art. 38 1) b) i) de la Loi type de la CNUDCI déclare également que l'exécution d'une sentence est refusée dans un État : « si le tribunal constate que : l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage conformément à la loi du présent État ».

par rapport à l'ordre public, soit parce que l'arbitre n'a pas la compétence pour connaître ce genre de différend. Au Québec, l'article 2639 C.c.Q.³¹⁸ précité définit les domaines de droit qui sont indisponibles, c'est-à-dire non arbitrable. Le droit québécois de l'arbitrage s'autorise le droit de refuser de donner exequatur à la sentence arbitrale si le litige contrevient à son ordre public³¹⁹. Retenons qu'il est question de l'ordre public interne. Cependant, il convient de faire ressortir la distinction faite dans l'article V de la convention de New York entre le refus d'exequatur pour violation de l'ordre public et pour cause d'arbitrabilité des litiges. Le refus pour motif de violation de l'ordre public concerne la sentence qui contrevient à l'ordre public du siège de l'exécution, tandis que le refus pour cause d'arbitrabilité du litige se résume dans les termes de l'article 2639 al.1 du C.p.c. Cette distinction suppose-t-elle une différence entre l'ordre public et l'arbitrabilité ? Nous penchons vers l'affirmative. En effet, un refus pour cause d'ordre public et un refus pour cause d'inarbitrabilité ont des effets différents sur l'exécution de la convention d'arbitrage³²⁰. Le juge d'exequatur a le droit de contrôler tout ce qui entre dans son ordre juridique. Il vérifie la violation soit des lois polices québécoises, soit des principes fondamentaux québécois, et surtout veille à la protection des droits de défense.

Le second niveau se constate lors de la procédure de demande d'homologation de la convention d'arbitrage dans lequel un choix s'impose au juge : l'application de la loi du for ou la loi de la choisie par les parties³²¹. En droit québécois³²², tout comme dans la Loi type³²³, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, fait partie intégrante du droit de l'arbitrage. Ainsi, aux termes de l'art. 2639 C.c.Q.

³¹⁸ B. MOORE et al., préc., note 63, art.2639.

³¹⁹ *Code de procédure civile du Québec : commentaires et annotations...*, Montréal, Éditions Yvon Blais, vol. 2, 2015, Art. 646.

³²⁰ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 23. La doctrine et la jurisprudence de divers pays étrangers soutiennent qu'une sentence arbitrale contraire à l'ordre public en est une dont le dispositif dans son ensemble, contrevient à une règle particulière. C'est ainsi qu'il faut interpréter ce motif d'annulation d'une sentence codifié à l'art. 646.2 C.p.c. L'intervention du juge dans cette partie se limite à l'appréciation du résultat global de la procédure arbitrale, eu égard à l'ordre public.

³²¹ JEAN ROBERT, *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, 6e éd. ent. réf., Paris, Dalloz, 1993.

³²² *C.p.c.*, préc., note 7, Chap. IX

³²³ Loi type de la *CNUDCI*, préc., note 12, en ligne www.uncitral.org

il est prévu que : « *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*³²⁴ ». Cet article traite spécifiquement de la question de l'arbitrabilité soulevée devant le tribunal étatique, mais également des matières non arbitrables.

Pour finir, le troisième niveau se constate lors d'une requête en annulation. Ce type de requête consiste à contester la sentence arbitrale rendue. Cette intervention du juge se fait post-arbitrage. Plusieurs textes législatifs ont été élaborés pour servir de critères de validité. Ainsi, la solution consacrée par l'article 34 (2) (b) (i) de la Loi type de la CNUDCI à cet égard prévoit que la sentence est annulée : « *si le tribunal constate que : l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État* ». Pour trancher ces questions, le tribunal saisi appliquera sa propre loi. Le juge a une compétence permanente, contrairement à celle de l'arbitre. Par ailleurs, le juge peut être amené à contrôler la formalité de la sentence avant d'arriver à contrôler l'objet du litige arbitral. En effet, le contrôle du respect des formalités des sentences transmises au juge n'est guère moins important que celui de l'arbitrabilité.

B. La formalité de la sentence arbitrale

Le Code de procédure civile consacre de nombreux articles à la sentence arbitrale. La décision rendue doit être motivée³²⁵. L'intervention judiciaire au niveau de la sentence est limitée. Elle se limite à la vérification formelle d'une part, c'est-à-dire à son existence, et, d'autre part, au contrôle de la conformité de celle-ci par rapport aux motifs de refus d'homologation ou de reconnaissance selon le Code. Autrement dit, l'intervention judiciaire dans cette partie de la procédure reste superficielle car le juge n'a pas compétence sur le fond du litige. Ainsi, cette compétence ne doit pas être un motif pour le juge d'exercer un contrôle approfondi, ou pour

³²⁴ *C.c.Q.*, préc., note 57, art. 2639.

³²⁵ *C.p.c.*, préc., note 7, art. 642.

réviser la sentence arbitrale. Ce contrôle doit être simple en apparence, et exclusivement concerner l'aspect formel de la sentence et sa compatibilité avec l'ordre public. L'exercice du contrôle en rapport avec l'ordre public du lieu d'exécution de la sentence arbitrale peut se faire de plein droit.

Tout d'abord, le juge vérifie que le document qui lui est soumis pour reconnaissance ou exequatur est bien une sentence arbitrale, c'est-à-dire une sentence arbitrale respectant les conditions de fond et de forme légales. Il doit alors vérifier que la sentence arbitrale contient l'indication du nom des arbitres qui l'ont rendue, la date, le lieu où elle a été rendue ainsi que la signature des arbitres. Toutes ces mentions sont très importantes pour la détermination de la loi applicable aux conditions de forme et de fond. Le lieu mentionné devrait être celui de l'arbitrage : pour un arbitrage interne, cette mention est plutôt sans importance; elle l'est toutefois dans le cas d'un arbitrage international, où le lieu de l'arbitrage gouverne le droit applicable, notamment en cas de demande d'annulation de la sentence³²⁶.

Par ailleurs, la disposition que l'on trouve à l'article 636(1) du C.p.c.³²⁷ laisse entendre que la forme écrite en matière de sentence n'est pas toujours exigée. De plus, elle vise non pas la sentence arbitrale, mais plutôt les décisions interlocutoires du tribunal arbitral, telles que les décisions rendues dans le cadre de la gestion du dossier, d'une mesure provisionnelle, d'une ordonnance de sauvegarde, d'une décision préalable ou lors de l'audition au fond du différend³²⁸, l'intention du législateur étant de mettre en place une procédure rapide, allégée et moins coûteuse³²⁹. La disposition invite le tribunal arbitral à rendre les décisions interlocutoires oralement, immédiatement ou, à tout le moins, dans les plus brefs délais. En

³²⁶ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 642. Commentaires de Pierre J. Dalphond sous cet art, P. 2896-2897.

³²⁷ *Id.*, art. 636, al. 1 : « La décision prise en cours d'arbitrage doit l'être sur-le-champ ou, si cela ne se peut, dans les plus brefs délais; si elle est écrite, elle doit être signée comme le sera la sentence arbitrale. »

³²⁸ *Id.*

³²⁹ *Id.*

effet, tandis que la première semble admettre qu'une décision puisse être prononcée oralement, l'autre mentionne expressément que la sentence arbitrale est rendue par écrit³³⁰.

³³⁰ J-D. GAGNON, préc., note 56, Para 90, P.40.

Partie II : Les pouvoirs exclusifs du juge dans le déroulement d'un arbitrage commercial international

Comme nous avons abordé le rôle du juge étatique à l'égard de la convention d'arbitrage, et partant, sa collaboration avec l'arbitre, il convient de traiter son rôle en matière de supervision des sentences arbitrales. En principe, les tribunaux étatiques sont exclus de la procédure d'arbitrage. Cependant, la loi et les conventions internationales attribuent au juge des pouvoirs et des compétences qui lui sont exclusifs : mais que devons-nous entendre par pouvoirs et compétences exclusifs du juge? En effet, les pouvoirs attribués exclusivement au juge apparaissent au stade post-arbitral de la procédure d'arbitrage. Le mot *exclusivité* soulève une contradiction de l'essence même de l'arbitrage. Il faut comprendre que, pendant cette phase, le juge statue en première instance sur la demande d'exécution forcée de la sentence arbitrale. Il tranche comme juge principal sans partage de compétence avec les arbitres. Dans cette phase, le juge décide après que les arbitres eurent porté à terme leur mission et rendu la sentence arbitrale définitive sur le différend qui leur était soumis.

Ces pouvoirs exclusifs paraissent contradictoires avec l'essence de l'arbitrage. Cependant, ce sont des pouvoirs impératifs attribués au juge par toutes les législations nationales et même consacrés par les conventions internationales³³¹. Tel que constaté, le juge n'est pas totalement exclu du déroulement de la procédure arbitrale et son intervention est d'une grande importance pour son bon fonctionnement. En principe, le caractère exclusif des pouvoirs attribués au juge n'a rien d'abusif et peut être justifié par trois raisons.

Tout d'abord, les pouvoirs et la mission de l'arbitre sont temporaires et prennent fin à la suite du prononcé de la sentence arbitrale. Pourtant, les parties qui conviennent de soumettre leur différend à un tribunal arbitral s'attendent à ce que ce différend soit tranché et qu'il produise

³³¹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 645.

les effets désirés. Autrement dit, elles s'attendent à ce que la sentence prononcée soit exécutée. Ensuite, la deuxième justification est le manque d'imperium de l'arbitre. Dans ce cas d'espèce, l'absence d'imperium de l'arbitre ne pourra pas donner force exécutoire à la sentence pour qu'elle soit exécutée de gré ou de force par un tiers³³². Il ne peut en aucun cas ordonner une mesure d'exécution forcée sans le concours du juge étatique.

Par ailleurs, la phase du prononcé de la sentence dessaisit l'arbitre de ses fonctions. Face à une partie récalcitrante, qui ne fait ni l'un ni l'autre, l'une des parties peut faire appel à des moyens permettant l'exécution forcée de la sentence³³³. En effet, elle peut demander que cette sentence soit exécutée par la partie adverse ou par un tiers, et, pour ce faire, il faut que la sentence soit exécutoire. Or, l'autorité compétente pour connaître toutes ces demandes et contestations est le juge étatique du lieu d'exécution de la sentence arbitrale.

De ce fait, la légitimité des pouvoirs exclusifs du juge est caractérisée par toutes les justifications données ci-dessus. Dans l'analyse de cette deuxième partie, nous distinguerons les pouvoirs exclusifs du juge liés à la reconnaissance des sentences arbitrales (chapitre I) de ceux liés au recours en annulation de la sentence arbitrale (chapitre II).

³³² L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 645 C.p.c., P.2906.

³³³ *Id.*

Chapitre I : Les pouvoirs exclusifs du juge liés à la reconnaissance et à l'exequatur des sentences arbitrales

Au Québec, les sentences arbitrales, qu'elles soient nationales ou étrangères, ne sont pas exécutoires d'elles-mêmes et doivent être homologuées par les tribunaux judiciaires³³⁴. Dans le cadre de cette étude, qui est loin d'être un cadre conceptuel, la terminologie des termes utilisés s'avère importante pour éclairer notre compréhension.

Le Code de procédure civile du Québec consacre de nombreux articles à la sentence arbitrale³³⁵. La sentence arbitrale est une décision de justice, qui lie les parties dès son prononcé³³⁶ sans nécessité d'une confirmation judiciaire, ce qui est de l'essence de l'effet voulu par la convention d'arbitrage³³⁷. En d'autres mots, aucune procédure judiciaire n'est requise pour qu'elle prenne effet.

Les sentences arbitrales sont des décisions judiciaires de nature internationale qui ne sont pas intégrées à un système juridique précis, « de sorte que son éventuelle annulation par le juge du siège ne porte atteinte à son existence en empêchant sa reconnaissance et son exécution dans d'autres ordres juridiques nationaux³³⁸. De plus, l'arbitre en sa qualité de juge international « puisqu'il n'a pas de for », prononce une sentence qui est devenue internationale. Par exemple, la Cour de Cassation dans l'arrêt *Putrabali* de 2007, a affirmé que « la sentence internationale

³³⁴ *Id.*

³³⁵ *Id.*, chap. V et suivants jusqu'au Chap. XI.

³³⁶ *Id.*, art. 642 al.1.

³³⁷ *C.c.Q.*, préc., note 57, art. 2638.

³³⁸ Emmanuel GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : Réalité, utilité et spécificité », *R.D. McGill* 2010.55.891, P.905. Il s'agit de l'affaire C.A. 1^{re} Paris, 10 juin 2004, *Société Barges Agro-Industrie c. Société Young Pecan Company*, *Rev. arb.* 2006.154 à la p. 155. Ainsi la Cour d'appel et la Cour de cassation ont condamné la thèse qui selon laquelle la sentence arbitrale tire sa juridicité dans l'ordre d'origine.

n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées³³⁹.

À la suite du délibéré, quand est-ce que la sentence arbitrale devient-elle exécutoire (I)? Quel recours peut être utilisé contre elle (II)? Ce sont là les questions qu'il convient de poser afin de démontrer les compétences exclusives du juge à cette étape de la procédure arbitrale.

Section I : Les notions d'homologation ou de reconnaissance des sentences arbitrales

Même si cela n'est pas consigné dans un article donné, nous tenterons de faire une distinction entre la reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale. Ainsi, nous tenterons d'une part de les définir respectivement (sous-section I) puis, d'autre part, de les distinguer (sous-section II).

Sous-section I : Définition des notions d'homologation et de reconnaissance

Nous exposerons ici les définitions des notions d'homologation (A) et de reconnaissance (B).

A. La notion d'homologation de la sentence arbitrale

Du latin médiéval *emologare* ou *homologare*, cette notion connue par l'intermédiaire de la constitution de Justinien³⁴⁰ signifie « approuver », « confirmer ». Par ailleurs, à la question

³³⁹ *Id.*, Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Épices*, Rev. Arb. 2007.507 (note d'Emmanuel Gaillard).

« qu'est-ce que l'homologation? », Donald Béchard révèle que ni le Code civil, ni le Code de procédure civile du Québec n'en donne une définition expresse et exacte³⁴¹. L'homologation désigne un acte unilatéral par lequel une juridiction prend position sur une situation ou un fait qui s'est produit dans son champ de compétence et dont elle doit tenir compte. Cette lacune dans les textes législatifs québécois nous amène à trouver une définition exacte de cette notion dans la jurisprudence. En l'espèce, dans l'affaire *Eastern Furniture Ltd c. Syndicat national du meuble de Victoriaville et d'Arthabaska inc.*, l'homologation est qualifiée par la Cour supérieure du Québec comme une façon de « légitimer la sentence » rendue par l'arbitre³⁴².

Certains dictionnaires tels que celui de Hubert Reid définissent l'homologation comme une « approbation par une autorité judiciaire d'une décision émanant d'un organisme autre qu'une cour de justice en vue de la rendre exécutoire³⁴³ ». Cette perception juridique de l'homologation ne la limite pas seulement à une juridiction arbitrale, mais également à toute autre juridiction en dehors d'une cour de justice, qui demeure toutefois au Québec. Cette idée rejoint alors une perspective plus générale qui conçoit l'homologation comme « une approbation ou une confirmation d'un acte par une autorité judiciaire ou administrative en vue de lui conférer une force exécutoire³⁴⁴ ».

Dans certaines législations telles que le droit OHADA, la complexité que revêt la définition de cette notion a énormément contribué à ce que la préférence du législateur africain se porte sur la procédure de l'exequatur plutôt que sur celle de l'homologation. En droit de l'arbitrage OHADA, ce terme n'est pas employé. Mieux encore, la procédure d'homologation n'est pas

³⁴⁰ Fabrice Constant KOUASSI, *L'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace OHADA : une approche comparée*, mémoire, Québec, Université de Sherbrooke, p. 34, supra note 74.

³⁴¹ Donald BÉCHARD, « Homologation et annulation de la sentence arbitrale », dans *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, Québec, 1997.

³⁴² *Eastern Furniture Ltd c. Syndicat national du meuble de Victoriaville et d'Arthabaska inc.*, [1950] B.R. 799 in J-D. GAGNON, préc., note 56, para 113, Pp. 47-48.

³⁴³ Hubert REID, *Dictionnaire de québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2016, v^o « Lésion », en ligne : <<https://dictionnaireid.cajj.qc.ca> (Jurisbistro eDictionnaire)>.

³⁴⁴ *Id.*

formalisée comme en droit québécois³⁴⁵. Cette constatation est une conséquence logique de l'absence de distinction dans cette juridiction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international³⁴⁶.

Dans quel intérêt une partie peut-elle demander l'homologation ou la reconnaissance de la sentence arbitrale? Deux hypothèses sont émises en réponse à ce questionnement. D'une part, une partie peut avoir intérêt à l'introduction de la sentence dans l'ordre juridique afin de tirer force probante de cette sentence et, d'autre part, afin d'établir la preuve de l'existence de la sentence et sa non-contrariété manifeste à l'ordre public international³⁴⁷. Une partie peut demander, à titre d'incident devant une juridiction, l'homologation de la sentence. Dans ce cas, le juge saisi de l'incident peut donner effet à la sentence sans se dessaisir au profit du juge de l'exécution.

Par conséquent, au Québec, l'homologation concerne seulement les sentences arbitrales internes ou internationales qui sont prescrites sur le territoire québécois, comme dans bien d'autres systèmes juridiques, où il existe une différence entre l'arbitrage interne et international³⁴⁸. En d'autres termes, une demande d'homologation des sentences rendues au Québec peut être faite sans pour autant recourir à la force publique³⁴⁹. Quid de la notion de reconnaissance de la sentence arbitrale?

³⁴⁵ F. C. KOUASSI, préc., note 340, P.45.

³⁴⁶ Hilarion Alain Bitsamana, 3e édition, Paris, L'Harmattan, 2015, v° « Dictionnaire OHADA », Selon le dictionnaire, l'exequatur est une : « procédure permettant de donner force exécutoire à un jugement rendu par une juridiction étrangère ». Une telle définition amène à se questionner sur le sens que l'on donne à une « juridiction étrangère ». Est-ce à dire qu'une décision rendue sur un même territoire suivant la loi Ohada échappe à la procédure de l'exequatur? Cette suspicion est fondée, quand on sait que le droit Ohada a effacé toute distinction entre arbitrage interne et arbitrage international dans F. C. KOUASSI, préc., note 341, P.45.

³⁴⁷ *Carpenter c. Soudure Plastique Québec inc.*, 2019 CanLII 321 (QCCS), <http://canlii.ca/t/hxcgg>;

³⁴⁸ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 645 C.p.c., Commentaires de M. J. Dalphond, P. 2906.

³⁴⁹ *Id.*

B. La notion de reconnaissance de la sentence arbitrale

En droit québécois, Hubert Reid définit la reconnaissance comme : « Admission par un État étranger de l'effet exécutoire, sur son territoire, d'une sentence arbitrale prononcée à l'étranger³⁵⁰ ». Il s'agit tout simplement de la décision qui permet à une sentence arbitrale d'être exécutée sur un territoire autre que celui du siège de l'arbitrage. Une sentence rendue hors Québec, même confirmée par le tribunal étatique compétent, doit être reconnue et déclarée exécutoire par un tribunal étatique québécois pour y avoir une force exécutoire³⁵¹

De même que la procédure d'homologation ou de reconnaissance existe en droit québécois, elle existe dans beaucoup d'autres systèmes juridiques. En droit québécois et canadien, Hubert Reid, dans son dictionnaire, entrevoit le mot 'Reconnaissance' comme « *une décision par laquelle un tribunal québécois donne force exécutoire à un jugement rendu dans une autre province canadienne comme dans un autre État*³⁵² ». Il s'agit en tout état de cause de la décision qui permet « que soit exécutée » la sentence arbitrale étrangère. Lors d'un colloque à Québec, le professeur Prujiner a révélé les liens séculaires entre les principes de la reconnaissance des sentences au Québec et l'ancien droit français, notamment l'ordonnance de Marillac³⁵³. Ce rapport justifierait la nécessité d'une action principale en justice en vue d'obtenir l'exequatur d'une sentence arbitrale³⁵⁴. Ainsi, la sentence arbitrale rendue au Québec ne serait susceptible d'exécution immédiate que si elle est au préalable soumise à l'approbation du tribunal judiciaire, d'où la question de l'indépendance et de l'autonomie des décisions de l'arbitre.

³⁵⁰ H. REID, préc., note 343.

³⁵¹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art.652; voir les commentaires de M. Dalphond sous cet art.

³⁵² *Id.*

³⁵³ Alain PRUJINER et Nabil ANTAKI, « L'exécution des sentences arbitrales internationales au Québec », dans *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur, 1986, p. 300. 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, qui s'est tenu à Québec du 14 au 17 octobre 1985. L'ordonnance de Marillac est une ordonnance de sauvegarde rédigé par Michel de Marillac dans le temps de l'ancien droit français, sous le règne de Louis

³⁵⁴ F. C. KOUASSI, préc., note 340, P.45

Contrairement au droit de l'arbitrage québécois, le droit de l'arbitrage suisse et le droit de l'OHADA donnent à la sentence arbitrale un caractère définitif. Autrement dit, si la sentence arbitrale est rendue par une juridiction nationale, elle échappe à la demande d'exequatur, et s'exécute sans avoir besoin de passer par une procédure d'homologation. Le dictionnaire de droit OHADA³⁵⁵ donne la définition suivante de la notion d'exequatur, c'est «*la procédure permettant de donner force exécutoire à un jugement rendu par une juridiction étrangère*³⁵⁶ ». Dans son étude sur les sentences d'accords parties, Jean-Marie Tchakoua révèle que l'exequatur est une procédure dont le rôle est de permettre au bénéficiaire d'une décision de justice d'obtenir son exécution forcée³⁵⁷. Or, le droit de l'arbitrage suisse caractérise la sentence arbitrale de définitive dès son prononcé³⁵⁸. Lorsque la sentence est définitive, la loi lui reconnaît à la fois force de chose jugée et force exécutoire³⁵⁹. C'est là une différence importante et un avantage indéniable par rapport aux autres droits, notamment français et québécois³⁶⁰. Cette procédure rejoint la volonté du législateur africain qui écrit que toutes les sentences rendues par la CCJA sont exécutoires automatiquement dans tous les États parties au Traité de l'OHADA, ce qui n'est pas le cas, par exemple, des sentences arbitrales rendues par un tribunal judiciaire ivoirien par application de l'acte uniforme³⁶¹. Qu'en est-il des sentences rendues hors de la Suisse, hors de l'espace OHADA et surtout hors du Québec? Sont-elles exécutoires automatiquement sans procédure de reconnaissance?

³⁵⁵ Hilarion Alain BITSAMANA, préc., note 346.

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ F. C. KOUASSI, préc., note 340.

³⁵⁸ P. LALIVE, préc., note 100.

³⁵⁹ Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage OHADA, adopté le 11 mars 1999 et paru au journal OHADA n°08 du 15 Mai 1999. Dans son art. 23, il stipule que : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

³⁶⁰ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art.652; voir les commentaires de M. Dalphond sous cet art, P.2896.

³⁶¹ *Id.*, préc., note 362, art. 27(1) dispose que : « Toute sentence arbitrale rendue conformément au présent Règlement revêt un caractère obligatoire pour les parties et a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État Partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État. Elle peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des États Parties. 27.2 Par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir. 27.3 Le tribunal arbitral peut, par décision motivée, accorder ou refuser l'exécution provisoire à la sentence arbitrale si cette exécution a été sollicitée »

En clair, même si l'acte d'exequatur se distingue d'un système juridique à un autre, la finalité est de voir la sentence arbitrale être approuvée et exécutée. Au terme de ce qui précède, on pourrait conclure qu'il existe notamment une distinction entre l'homologation et la reconnaissance des sentences arbitrales au niveau de la procédure mais elles ont le même effet. Quelle est donc la portée de cette distinction?

Sous-section II : La portée de la distinction et l'organe judiciaire compétent

A. La portée de la distinction

L'article 642, al. 1, du Code de procédure civile³⁶² prévoit que la sentence arbitrale lie les parties. Il n'y a aucune nécessité d'une intervention judiciaire pour sa force obligatoire et la partie perdante doit de bonne foi y donner suite. Cependant, la force obligatoire de la sentence arbitrale connaît deux limites. D'une part, elle n'a d'effet qu'à l'égard des parties, alors qu'une décision pourrait parfois être rendue et avoir des effets juridiques sur des tiers; d'autre part, face à une partie qui refuse de donner suite à la décision de l'arbitre, on devra user de moyens forcés permettant l'exécution de la sentence, moyens que le tribunal arbitral ne possède pas.

L'article 645³⁶³, al. 1, du 87, dans le chapitre VI, consacré à l'homologation, précise l'effet d'une telle homologation : elle confère à la sentence visée la force exécutoire se rattachant à

³⁶² *C.p.c.*, préc., note 7, art.642 al.1 stipule que : « la sentence arbitrale lie les parties. Elle doit être écrite, motivée et signée par le ou les arbitres; elle indique la date et le lieu où elle a été rendue. La sentence est réputée avoir été rendue à cette date et en ce lieu. »

³⁶³ *Id.*, art. 645 dispose que : « une partie peut demander au tribunal l'homologation de la sentence arbitrale. Cette sentence acquiert, dès qu'elle est homologuée, la force exécutoire se rattachant à un jugement du tribunal. Le tribunal saisi d'une demande en homologation ne peut examiner le fond du différend, il peut surseoir à statuer s'il a été demandé à l'arbitre de rectifier de compléter ou d'interpréter la sentence. Il peut alors ordonner à une partie de fournir un cautionnement, si la partie qui demande l'homologation le requiert. » Ce texte diffère de l'ancien texte à l'article 946 de l'ancien Code, qui stipulait que « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été homologuée. » Il nous pousse à remettre en question la demande d'homologation comme condition d'exécution de la sentence arbitrale dans le lieu d'exécution. Ainsi, une sentence peut-elle être exécutée sans passer par l'approbation du juge? Autrement dit, si la partie contre laquelle est prononcée la sentence décide de l'exécuter de bonne foi, quelle serait donc la nécessité de faire homologuer la sentence arbitrale? Serait-ce une manigance pour garder la main mise du tribunal judiciaire sur le tribunal arbitral, une façon de garder à l'œil

un jugement du tribunal judiciaire. Ainsi, les parties peuvent demander assistance au tribunal judiciaire pour obtenir l'homologation de la sentence arbitrale ou des ordonnances rendues au cours de la procédure³⁶⁴. Nous avons vu que la portée de la reconnaissance visait plus à établir l'existence de la sentence arbitrale sans forcément en tirer les conséquences juridiques notamment son exécution matérielle. Tel n'est pas l'objet de l'homologation qui vise à obtenir l'autorisation d'exécuter la sentence rendue au Québec³⁶⁵.

En réalité, l'homologation et la reconnaissance sont deux notions distinctes en vertu du droit québécois de l'arbitrage, mais ont les mêmes conditions de mise en œuvre³⁶⁶. Leur portée juridique est l'exécution de la sentence arbitrale et leur point de convergence se situe au niveau des motifs de refus. Par conséquent, contrairement à l'homologation, la reconnaissance ne pourra être demandée qu'à l'égard d'une sentence arbitrale qui n'est pas prescrite dans sa juridiction d'origine, c'est-à-dire qui n'est pas prescrite au Québec et qui n'a pas de lien de rattachement avec le Québec³⁶⁷.

B. La fonction juridictionnelle de l'organe judiciaire compétent

Dans sa conception juridique, les fonctions juridictionnelles renvoient à celles d'une juridiction, c'est-à-dire un organe chargé de dire le droit. Pour Hubert Reid, il s'agit de tout ce qui « concerne le pouvoir de juger, de rendre la justice³⁶⁸ ». Au regard de ces approches, on peut comprendre que les fonctions juridictionnelles sont susceptibles de concerner tous les

l'exercice du « pouvoir » de l'arbitre? C'est ce que nous exposerons dans la portée des notions d'homologation et d'exequatur.

³⁶⁴ *Id.*, art. 638, Commentaires de J. Dalphond sous cet art. dans L. Chamberland : grand collectif, préc., note 44, P.2888.

³⁶⁵ *Id.*, art. 652, Commentaires de Dalphond à la page 2935 qui suit : « Une sentence rendue hors du Québec, même conformément par le tribunal étatique compétent, doit être reconnue et déclarée exécutoire par un tribunal étatique québécois pour y avoir une force exécutoire. J'ajoute que même si elle a été confirmée, la reconnaissance porte sur la sentence et non le jugement étranger la confirmant ».

³⁶⁶ *Id.*, art 645 et 652.

³⁶⁷ *Id.*, commentaires de M. Dalphond sous l'art. 652, P. 2936.

³⁶⁸ H. REID, préc., note 343.

organes qui sont appelés à intervenir dans le processus arbitral en vue de trancher un point de droit, une contestation. En ce sens, le tribunal arbitral est un acteur initial³⁶⁹.

Cependant, dans le cadre de l'homologation, la compétence juridictionnelle est exclusivement attribuée au juge de l'exécution de la sentence arbitrale. Il s'agit du juge de la Cour supérieure conformément à l'art. 30 C.p.c. L'article 645, al. 2, du C.p.c. du Québec reconnaît que le tribunal étatique peut porter assistance à une partie à la suite d'une demande en homologation de la sentence arbitrale. Cependant, ce même alinéa réitère le principe énoncé dans l'article 528, qui prévoit que dans le cadre d'une homologation, le tribunal compétent³⁷⁰ ne peut examiner le fond de l'affaire. Cela est conforme à la Loi type et à la Convention de New York³⁷¹. En conséquence, la jurisprudence a d'ailleurs reconnu que l'homologation est un processus fort restreint qui n'autorise aucun examen de fond du dossier ou du raisonnement du tribunal arbitral³⁷².

Dans le même alinéa, il est accordé au tribunal saisi le pouvoir de surseoir à statuer sur la demande en homologation si la sentence fait l'objet d'une demande de rectification, d'ajout ou d'interprétation. Cela est bien logique puisque la sentence est susceptible de modification et

³⁶⁹ F. C. KOUASSI, préc., note 340.

³⁷⁰ C.p.c., préc., note 7, art.39. Cet article stipule que : « La Cour du Québec a compétence exclusive pour connaître des demandes relatives à un arbitrage dans la mesure où elle aurait compétence pour statuer sur l'objet du différend confié à l'arbitre, ainsi que des demandes de reconnaissance et d'exécution d'une décision rendue hors du Québec dans les matières relevant de sa compétence. » C'est une règle d'attribution aussi appelée « compétence matérielle » ou « compétence rationae materiae ». Elle est d'ordre public. (*Racette c. Racette*, 2005 QCCA 324). Ainsi, lorsqu'une demande est introduite devant un tribunal autre que celui qui aurait eu compétence pour l'entendre, une partie peut présenter un moyen déclinatoire afin de demander son renvoi devant le tribunal compétent ou, à défaut, le rejet de la demande. Voir art. 167.

³⁷¹ Loi type de la CNUDCI, préc., note 12, Chap. VIII, art. n°35 al.1 dispose que : « 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* »; Art. II et IV de la Convention de New York de 1958, préc., note 10.

³⁷² *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian royalties Inc.*, préc., note 143, P. 570. Dans cette affaire, il est clair que le pouvoir d'intervention des cours supérieures sur les sentences arbitrales est très restreint. Ne pouvant se prononcer sur le fond du litige, le juge doit se borner à déterminer si les règles de droit énoncées à l'article 646 ont été suivies. Le simple fait que l'arbitre, devant une preuve contradictoire, ait usé d'une interprétation généreuse et contestable d'une règle de droit pour résoudre le litige ne constitue pas en soi un motif d'intervention du juge dans le fond de l'affaire.

n'a pas encore acquis un caractère final. De plus, cela permet au tribunal arbitral de corriger une situation qui pourrait correspondre à un motif de refus d'homologation³⁷³.

Même si cela n'est mentionné dans aucun article, il va de soi que le tribunal judiciaire peut suspendre une demande en homologation d'une sentence si une demande d'annulation est introduite par l'une des parties³⁷⁴. En réalité, si les deux procédures sont pendantes devant le même tribunal judiciaire québécois, il devrait y avoir réunion des deux demandes puisque les motifs d'annulation et de refus d'homologation sont les mêmes³⁷⁵. Si l'on suppose que les demandes ont été faites devant deux tribunaux judiciaires québécois distincts, seront-elles traitées séparément? En vertu de l'art. 648 C.p.c. al.2, une partie ne pourra pas demander l'annulation de la sentence dont on recherche l'homologation si celle-ci a été rendue plus de trois mois avant la contestation. Par conséquent, la partie gagnante ne sera pas empêchée de tenter d'en demander l'homologation ou la reconnaissance devant une juridiction autre que la Cour Supérieure³⁷⁶.

Enfin, pour contrer les manœuvres dilatoires ou vexatoires de la partie perdante, il est prévu que le tribunal judiciaire saisi peut, sur demande de la partie requérant l'homologation, ordonner à l'autre partie la fourniture d'un cautionnement³⁷⁷. En conséquence, parler d'homologation revient à autoriser l'exécution de sentences arbitrales rendues au Québec et parler de reconnaissance suppose l'autorisation d'exécution des sentences arbitrales rendues hors Québec sur le territoire québécois. Ainsi, puisque nous traitons de la question de

³⁷³ *Morneau c. Balian*, 2007 QCCA 315; dans cette affaire, la Cour supérieure peut rendre un jugement interlocutoire afin de suspendre une demande d'homologation, sans se prononcer sur le fond ni sur la demande d'homologation, afin de renvoyer le dossier devant les arbitres pour permettre aux parties et aux arbitres de remédier à un motif d'annulation de la sentence ou à un refus d'homologation.

³⁷⁴ C.p.c., préc., note 58, art.645 al.2.

³⁷⁵ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 648.

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ *Id.*, art. 647 al. 2 dispose que : " Le tribunal saisi peut ordonner à la partie qui demande l'homologation de fournir un cautionnement si l'arbitre ne s'est pas déjà prononcé à ce sujet ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers ".

l'arbitrage commercial international, nous utiliserons davantage l'expression exequatur ou exécution, dont il convient maintenant de déterminer les modalités.

Section II : La procédure de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales

En règle générale, les motifs d'annulation en arbitrage interne et international dans les provinces de common law sont les mêmes que les motifs pour lesquels l'homologation de la sentence peut être refusée en vertu du Code de procédure civile québécois. Ainsi, si le tribunal de droit commun exerce une fonction de surveillance et en aucun cas le juge ne devra examiner le fond du différend et contrôler la justesse ou le caractère raisonnable des décisions des arbitres³⁷⁸. Ceci dit, bien que le pouvoir de surveillance des tribunaux de droit commun à l'égard des sentences arbitrales n'existe plus en matière d'homologation, ceux-ci demeurent présents et, à notre avis, ils restent essentiels pour assurer le bon déroulement de l'arbitrage et la légitimité du système.

Sous-section I : Les modalités de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales rendues au Québec

Le Code de procédure civile est assez laconique sur les modalités de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale puisqu'il dispose dans son article 642 que la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision de reconnaissance rendue par le juge compétent saisi. La juridiction compétente est la Cour Supérieure conformément à l'article 39 du Code de procédure civile³⁷⁹. En effet, elle est compétente pour

³⁷⁸ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.* au para. 68 et 69, préc., note 23.

³⁷⁹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 39.

les différends de plus de 85 000\$, ce qui est le cas pour la presque totalité des sentences étrangères. Cependant pour les différends de moins de 85 000\$, C'est la Cour de Québec pourrait être compétente en matière d'arbitrage domestique (les sentences domestiques)³⁸⁰.

En effet, les modalités d'octroi de la force exécutoire soulèvent deux hypothèses, à savoir : celle de la procédure d'homologation des sentences arbitrales rendues au Québec (A) et la procédure de reconnaissance des sentences arbitrales rendues hors Québec, c'est-à-dire des sentences étrangères (B). Une autre question pourrait être soulevée s'agissant de la demande de reconnaissance d'une sentence annulée dans un autre État que le Québec (C).

A. Les conditions d'homologation des sentences rendues au Québec

Le Code de procédure civile, inspiré de la Loi type, consacre à la fois la reconnaissance et l'exécution. Il ne fixe pas de conditions différentes pour ces deux procédures. Certes, la Loi type ne précise pas également les procédures à suivre en matière d'homologation des sentences arbitrales, mais le premier alinéa de l'article 645 du Code de procédure civile reconnaît à une partie le droit d'introduire une demande auprès du tribunal.

Contrairement à la demande d'annulation, qui doit être présentée dans les trois mois (art. 648 C.p.c.), la demande d'homologation n'est assujettie à aucun un délai sous réserve de la prescription extinctive de la créance résultant de la sentence. Ainsi, au Québec, la demande visant à obtenir une autorisation, une approbation ou une homologation est, lorsqu'il y a litige, présentée au tribunal à la date fixée dans l'avis de présentation qui y est joint, laquelle ne peut être fixée à moins de cinq (5) jours de la notification de la demande³⁸¹. En effet, l'homologation d'une sentence arbitrale, très tard après son prononcé, pourrait causer un préjudice sérieux à la partie contre laquelle elle aurait été rendue. Par exemple, constatant le retard de son adversaire à agir, cette dernière pourrait en effet prendre des initiatives

³⁸⁰ *Id.*,

³⁸¹ *T. (v.) ès qualités c. Lemay*, 2004 QCCS 5637; Une demande visant à obtenir du tribunal l'homologation et l'exécution d'une transaction soumise à l'article 209 C.c.Q. est de la compétence du tribunal.

incompatibles avec la décision des arbitres, ce dont elle se serait abstenue, si son adversaire avait manifesté clairement, et sans retard, sa volonté de se prévaloir des droits que la sentence lui reconnaissait en présentant à la cour une demande d'homologation³⁸².

Le tribunal ne peut refuser l'homologation que si l'un des cinq (5) motifs énumérés à l'article 646³⁸³ est établi : une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage; la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi qui lui est applicable; la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens; la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage³⁸⁴; ou le mode nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'ont pas été respectés.

En outre, conformément à l'article 646, le tribunal ne peut refuser d'office d'homologuer la sentence, c'est-à-dire sans même qu'elle ne soit portée à son attention par l'une des parties³⁸⁵. Le refus d'homologation d'une sentence ne peut être contestée par voie d'arbitrage au Québec. Cet article reprend le droit antérieur avant la réforme de 2015, mais étend son application à

³⁸² J-D. GAGNON, préc., note 56, para. 111, P. 47.

³⁸³ C.p.c., préc., note 7, art.646. Cet article stipule que : « *Le tribunal ne peut refuser l'homologation d'une sentence arbitrale ou d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde que si l'un des cas suivants est établi :*

1° une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;

2° 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° le mode de nomination d'un arbitre ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté;

4° la partie contre laquelle la sentence ou la mesure est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

5° la sentence porte sur un différend qui n'était pas visé dans la convention d'arbitrage ou n'entraîne pas dans ses prévisions, ou encore elle contient une conclusion qui en dépasse les termes, auquel cas, si celle-ci peut être dissociée des autres, elle seule n'est pas homologuée.

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 ou la mesure est contraire à l'ordre public. »

³⁸⁴ Dans les cas où seulement une partie de la sentence ne relève pas du champ d'application de la convention d'arbitrage, le tribunal peut homologuer la sentence arbitrale à l'exception de cette partie, si cette dernière peut être dissociée des autres dispositions de la sentence.

³⁸⁵ *Id.*

des mesures provisionnelles ou de sauvegarde³⁸⁶. Les motifs qui autorisent un tribunal à refuser l'homologation sont limités, mais produisent les mêmes effets que la demande d'annulation³⁸⁷. En effet, le premier alinéa indique les motifs qui doivent être prouvés par la partie qui s'oppose à l'homologation³⁸⁸. Le deuxième alinéa indique ce qui permet au tribunal de refuser d'office : soit s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec, soit que la sentence est contraire à l'ordre public. Il importe de rappeler qu'en vertu de l'art. 2, le respect des droits et libertés de la personne et des autres règles d'ordre public s'impose en matière d'arbitrage³⁸⁹.

Il peut également surseoir à statuer sur l'homologation si une demande de rectification, d'interprétation ou de sentence additionnelle est présentée. Dans ce cas, le tribunal peut alors, à la demande de la partie qui demande l'homologation, ordonner à l'autre partie de fournir une caution³⁹⁰. Par ailleurs, en application de la loi sur l'arbitrage commercial fédéral³⁹¹ et pour la protection du principe d'égalité des parties, la Cour supérieure est compétente pour recevoir une demande en reconnaissance et en exécution des sentences rendues au Québec. Quid des demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères?

B. Les modalités de reconnaissance ou d'exequatur des sentences rendues hors Québec

Un mécanisme permettant de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales rendues à l'extérieur du Canada existe au Québec. Le livre VII, titre II, du Code de procédure civile

³⁸⁶ *Id.*, Commentaires de Mme La ministre de la justice : « Cet article reprend le droit antérieur, mais il en étend l'application à l'homologation des mesures provisionnelles ou de sauvegarde... »

³⁸⁷ *Id.*

³⁸⁸ *Id.*

³⁸⁹ *Id.*, art. 2. Cet article dispose que : « es règles de procédure édictée par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément ».

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ *Loi sur l'arbitrage commercial*, LRC 1985, c 17 (2e suppl.); <http://canlii.ca/t/ckfq>.

énonce le régime juridique de la reconnaissance et de l'exécution des sentences rendues à l'extérieur du Québec. Auparavant, dans la loi québécoise, toute sentence arbitrale qui étaient rendue hors du Québec, y compris celles rendues dans une autre province canadienne, est considérée comme une sentence arbitrale étrangère³⁹². C'est également le cas des sentences rendues par les autres juridictions des autres États. Il s'agit des sentences arbitrales internationales³⁹³

Cependant, la reconnaissance et l'exécution au Québec d'une sentence arbitrale commerciale rendue à l'extérieur ne requièrent pas une procédure de reconnaissance au préalable dans l'État où elle a été rendue. Ainsi, conformément à l'article 35 de la Loi type, le Québec lui reconnaît par le simple fait de son prononcé une force obligatoire. La nouveauté dans la nouvelle loi de l'arbitrage reprise par le Code de procédure civile est que législateur n'a pas fait de différence entre une demande d'homologation d'une sentence arbitrale et une demande d'homologation d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde. Autrement dit, la procédure de demande d'homologation d'une sentence ou d'une mesure provisionnelle est la même. Il n'a également pas fait de différence entre une sentence interne et une sentence internationale.

De plus, la partie qui demande la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère doit d'abord présenter une requête en homologation adressée au tribunal qui, au Québec, aurait été compétent pour statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres³⁹⁴. La requête doit être accompagnée de l'original ou d'une copie authentifiée de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage. Notons que l'une des conditions pour l'homologation de la sentence est la langue dans laquelle est rédigée la sentence : elle doit être compréhensible pour

³⁹² *C.p.c.*, préc., note 7, art.652 al.1 dispose que : « La sentence arbitrale rendue hors du Québec, qu'elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente, peut être reconnue et déclarée exécutoire comme un jugement du tribunal (...) »

³⁹³ Henri MOTULSKY, « L'exécution des sentences arbitrales étrangères », 140. Toutefois, qu'est-ce qu'il faut entendre par « sentence internationale »? Henri Motulsky affirme que la sentence internationale serait la sentence non soumise à un droit étatique déterminé, P. 150.

³⁹⁴ Il s'agit d'une exigence locale unique qui n'est pas énoncée par la Loi type ou la Convention de New York de 1958. Dans la presque totalité (totalité de facto) des cas, le tribunal compétent est la Cour supérieure.

les tribunaux judiciaires. Cela implique que si elle est dans une autre langue que le français ou l'anglais, une traduction officielle certifiée devra être fournie au Québec³⁹⁵.

La requête en homologation peut être reportée si une demande d'annulation ou de suspension de la sentence a été présentée auprès de l'autorité compétente du lieu où l'arbitrage s'est déroulé ou en vertu des lois de ce lieu. Finalement, les dispositions applicables à la reconnaissance des sentences arbitrales commerciales rendues hors du Québec doivent s'interpréter en tenant compte d'un instrument international ratifié par environ cent cinquante (150) pays, dont le Canada : la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*³⁹⁶. De plus, contrairement à d'autres provinces et territoires canadiens, les mêmes règles s'appliquent à l'arbitrage interne comme international. La question de la prescription pour la demande d'homologation peut être soulevée. Peut-on parler de prescription lorsque la requête en homologation n'est pas faite dans les délais?

Que ce soit la Convention de New York ou la Loi type, aucune dispositions expressément citées ne fixent un délai de prescription en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères³⁹⁷ dans leurs textes. Cependant, à l'échelle internationale, on remarque des délais de prescription allant de deux (2) à trente (30) ans pour les sentences. En l'espèce, un délai de prescription s'appliquant à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales est de trois (3) ans aux États-Unis³⁹⁸, et de six (6) ans en Angleterre.

³⁹⁵ *C.p.c.*, préc., note 58, art.652 al.2. Cet article dispose que : « La demande doit être accompagnée de la sentence arbitrale ou de la mesure et de la convention d'arbitrage et de la traduction certifiée au Québec de des documents s'ils sont dans une autre langue que le français ou l'anglais ». Le français ou l'anglais sont les deux langues officielles du Canada (art.133 de la Loi constitutionnelle de 1867)

³⁹⁶ *Convention de New York de 1958*, préc., note 10.

³⁹⁷ B. BARIN et M.-C. RIGAUD, préc., note 296.

³⁹⁸ États-Unis, 9 *U.S.C.* 207 dispose que : « Dans les trois ans suivant le prononcé d'une sentence arbitrale relevant de la Convention, toute partie à l'arbitrage peut demander à tout tribunal compétent en vertu du présent chapitre une ordonnance confirmant la sentence à l'encontre de toute autre partie à l'arbitrage. Le tribunal confirme la sentence à moins qu'il ne trouve l'un des motifs de refus ou de report de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence spécifiés dans ladite convention »

Pareillement, le C.p.c. prévoit un délai de 10 ans pour les sentences régies par le droit québécois³⁹⁹, contrairement au droit français, qui ne dispose pas d'articles en la matière.

En outre, en vertu de l'article III de la Convention de New York, le Québec et le Canada doivent reconnaître et exécuter les sentences arbitrales étrangères dans l'ensemble de ses provinces et territoires sous réserve des motifs de refus énoncés à l'article V. Le délai de prescription pour l'exécution des sentences arbitrales nationales et étrangères en Colombie-Britannique est de dix (10) ans, et le délai de prescription applicable à une sentence arbitrale visée par la Convention est de la même durée. Il ne peut être différent dans une autre province. Ainsi, si le Québec ne respecte pas le délai prescrit dans l'autre province, on pourra conclure à une violation de ses obligations en vertu de l'article III de la Convention de New York puisqu'il aurait « imposé [une] condition sensiblement plus rigoureuse [...] que celles qui sont imposées pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales⁴⁰⁰ ». Par conséquent, il faut que le délai de prescription soit le même dans tout le Canada. Par ailleurs, quel sera le sort réservé aux sentences arbitrales étrangères frappées par un refus de reconnaissance par un tribunal étranger au Québec?

C. La reconnaissance d'une sentence arbitrale malgré son annulation dans une autre juridiction

La question est bien controversée. L'obtention d'un jugement d'annulation par un tribunal judiciaire étranger ayant compétence oblige-t-elle automatiquement le juge québécois

³⁹⁹ C.p.c., préc., note 7, art.2922 et 2924. Ce délai de 10 ans tient de la nature de la procédure en homologation qui ne constitue pas un acte juridique par lequel le tribunal étatique saisi fait sienne la sentence arbitrale. Voir les commentaires de Mr Dalphond sous l'article 645 C.p.c. dans le Grand Collectif 2019 à la page 2908.

⁴⁰⁰ *Convention de New York de 1958*, préc., note 10, art. III dispose que: « *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* »

saisi de la demande de reconnaissance à la rejeter, ou jouit-il d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation du contexte de l'annulation avec la possibilité de reconnaître cette sentence?

Contrairement à la version française de l'article V de la Convention de New York, la version anglaise du même article inspire une autre conception de la matière. Plusieurs auteurs et de nombreuses décisions judiciaires aux États-Unis s'appuient sur la version anglaise de cet article pour affirmer qu'il encadre les possibles cas de rejet d'une demande de reconnaissance, mais ne dénie pas un pouvoir discrétionnaire au juge auquel on demande la reconnaissance par l'utilisation du mot « *may* »⁴⁰¹. Ainsi, comme c'est le cas aux États-Unis, le juge québécois saisi d'une demande de reconnaissance d'une sentence qui aurait été annulée par un tribunal étranger peut, exceptionnellement, lui reconnaître un caractère exécutoire au Québec si la partie demandant la reconnaissance démontre que le refus d'homologation repose manifestement sur des bases contraires aux principes fondamentaux du droit international en matière d'arbitrage, soit l'ordre public et l'équité⁴⁰².

Ce faisant, parmi les cas exceptionnels pour la reconnaissance par le juge québécois d'une sentence arbitrale étrangère annulée, on peut compter l'annulation qui repose sur un critère intolérable, par exemple, la langue, la couleur, le sexe ou la religion d'un arbitre⁴⁰³. Alors, en présence d'une telle cause d'annulation, le tribunal québécois peut accepter la reconnaissance demandée afin de favoriser la sécurité des transactions juridiques internationales et assurer

⁴⁰¹ *Id.*, art. V : « Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if the party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: [...] (e) the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by competent of the country in which, or under law of which, that award was made. » Voir également l'affaire *Thai-Lao Lignite (Thail) Co. Ltd. c. Government of the people's Democratic Republic*, 2014 District Court for the Southern District of New York. Dans cette affaire, en s'appuyant sur la jurisprudence américaine et l'article V(1)(e) de la Convention de New York, le tribunal new-yorkais retient un pouvoir discrétionnaire d'entendre une demande d'homologation d'une sentence arbitrale qui a déjà été annulée par la cour d'un État ayant une compétence primaire sur le litige. Cette discrétion est toutefois limitée aux cas exceptionnels où le requérant peut démontrer que cette décision viole des principes de justice fondamentaux.

⁴⁰² L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44.

⁴⁰³ *Id.*, Art. 653. Commentaire de Mr Dalphond, para 7. Commentaire de L'art. V al.1 de la convention de New-York qui encadre les possibles cas de rejet d'une demande de reconnaissance mais ne nie pas un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge auquel on demande la reconnaissance, notamment par l'utilisation du mot "may".

l'effectivité des clauses compromissoires⁴⁰⁴. De même que le tribunal québécois pourrait lui accorder la reconnaissance, il peut refuser de reconnaître une sentence arbitrale étrangère qui a été homologuée ou reconnue par une autre juridiction si la partie qui s'y oppose démontre l'existence d'une des situations prévues à l'article 653 du Code de procédure civile⁴⁰⁵. Ainsi, le rôle du tribunal est d'être réactif aux moyens d'opposition de la partie perdante devant le tribunal arbitral sauf s'il constate que la sentence est contraire à l'ordre public⁴⁰⁶ ou encore si le litige est non arbitral⁴⁰⁷. La décision du juge dans la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale ne peut être qu'une acceptation ou un refus au sens de l'article 646 C.p.c. En cas de refus d'exécuter la sentence arbitrale ou d'insatisfaction, la partie demanderesse peut-elle exercer un recours contre la sentence?

Sous-section II : Les suites possibles d'une décision de reconnaissance ou d'homologation

Dans *Régie de l'assurance maladie du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, la Cour d'appel énonce que la procédure d'homologation n'est ouverte que dans la mesure où la décision est susceptible d'exécution⁴⁰⁸. Cette décision a été suivie à plusieurs reprises puisque l'objet de l'homologation est de rendre la sentence exécutoire. Dans la logique, la suite d'une demande de reconnaissance ou d'homologation d'une sentence

⁴⁰⁴ *Id.*

⁴⁰⁵ *Id.*, Art. 653 al.2 du C.p.c. les situations prévues par cette disposition sont « une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage; 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 ou la mesure décidée; etc... »

⁴⁰⁶ Par sentence contraire à l'ordre public, il faut entendre une mesure qui, par son dispositif ou son résultat, heurte certaines valeurs jugées fondamentales au sein de l'ordre juridique québécois; en d'autres mots, qui viole l'ordre public politique et moral. Le juge ne peut et ne doit se servir de cette limite au pouvoir du tribunal arbitral pour s'immiscer sur le fond ou dans le processus suivi par les arbitres.

⁴⁰⁷ Si le litige fait partie des matières non arbitrales expressément édictées par l'article 2639 C.c.Q., préc., note 57.

⁴⁰⁸ *Québec (Régie de l'assurance maladie) c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 1987 CanLII 901 (QC CA), <http://canlii.ca/t/1pq5m>; Rôle du tribunal lors d'une requête en homologation d'une sentence arbitrale.

arbitrale, la décision du juge d'exécution peut être soit un refus, soit une acceptation⁴⁰⁹. La procédure de reconnaissance ou d'homologation est une demande qui exige que l'intervention du juge soit uniquement superficielle⁴¹⁰. On peut donc s'interroger sur la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale (A) et partant, également sur les suites possibles dans le cas d'un refus de reconnaissance. En d'autres termes, cette section nous permettra de démontrer le rôle du juge devant un contentieux d'exécution (B).

A. La procédure de reconnaissance de la sentence arbitrale

Aux termes de l'article 652 al.1 C.p.c., « *la sentence arbitrale rendue hors du Québec, qu'elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente, peut être reconnue et déclarée exécutoire...*⁴¹¹ ». Cet article démontre clairement l'intention du législateur québécois en matière de reconnaissance des sentences arbitrales rendues hors du Québec. Il dispose que « *la sentence arbitrale rendue hors du Québec...* », il fait référence à une décision arbitrale qui émane d'une juridiction étrangère, c'est-à-dire une juridiction compétente autre que celles du Québec. Son intention étant de faire respecter les mêmes règles à toutes les sentences arbitrales, qu'elles aient été rendues dans le pays de l'exécution (Québec) ou à l'étranger (hors du Québec).

⁴⁰⁹ *Carpenter c. Soudure Plastique Québec inc.*, préc., note 347. Dans cette affaire, Les demandeurs demandent l'homologation de la sentence arbitrale rendue le 1^{er} octobre 2018 par l'honorable Pierre J. Dalfond et rectifiée le 10 octobre 2018. Ils demandent également l'homologation d'une transaction intervenue entre les parties et ils réclament des dommages-intérêts pour abus de procédures.

⁴¹⁰ *Id.*, « Le tribunal saisi d'une demande en homologation ne peut examiner le fond du différend. Les seuls motifs permettant à un tribunal de refuser d'homologuer ou d'annuler une sentence arbitrale sont exhaustivement prévus à l'[article 646 C.p.c.](#) »; « Le législateur a voulu consacrer l'autonomie de l'arbitrage en s'assurant que les pouvoirs d'intervention du tribunal soient circonscrit. Le tribunal dispose d'une large discrétion lui permettant d'homologuer la sentence partiellement ou de suspendre la demande d'homologation afin de permettre à l'arbitre de corriger, ou compléter ou d'interpréter la sentence arbitrale évitant ainsi l'annulation »

⁴¹¹ *C.p.c.*, préc., note 7, art. 652 al.1, préc., note 394 dispose que : « la sentence arbitrale rendue hors du Québec, qu'elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente, peut être reconnue et déclarée exécutoire comme un jugement du tribunal si l'objet du différend es susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne sont pas contraires à l'ordre public. Il en est de même à l'égard d'une mesure provisionnelles ou de sauvegarde ».

Ce texte reprend dans le même alinéa que la demande d'homologation et d'exécution doit se faire par une demande introductive devant le tribunal compétent⁴¹². Dans l'alinéa 2, il dispose également que : « 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'art.7⁴¹³ ou une copie certifiée conforme. Si la sentence ou la convention n'est rédigée dans *aucune* langue officielle du *Canada*, la partie en produira une traduction dûment certifiée *en français ou en anglais*⁴¹⁴ ». Ainsi, pour soutenir sa demande d'homologation, la demanderesse n'a qu'à déposer la sentence authentique et la convention d'arbitrage rédigé en français ou en anglais⁴¹⁵. Il reviendrait ensuite à la partie contre qui la sentence a été invoquée de s'opposer, s'il y a lieu, et ce, uniquement pour un des motifs visés à l'art.653 C.p.c. C'est donc le reflet de la procédure de demande en homologation d'une sentence interne, à la simple différence que les règles sont interprétées au en tenant compte de la Convention de New York⁴¹⁶. Le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution ne peut examiner le fond du litige sous prétexte qu'il est la juridiction compétente. Il s'agit donc d'un contrôle *prima facie*.

⁴¹² Il en est de même dans le droit africain de l'OHADA. Dans l'article 5 de la loi de 2003, il est stipulé qu'en cas de demande d'exequatur, « le président du tribunal de première instance est saisi par voie de requête... » Il en suit également dans l'article 31 de ladite loi que la demande doit être accompagnée des pièces qui établissent l'existence de la sentence arbitrale.

⁴¹³ Loi type de la *CNUDCI*, préc., note 12, Chap. VI, art. n°7 dispose que : « 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. 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 le contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat. »

⁴¹⁴ *Id.*, art. 36 stipule que : « 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 la sentence ou la convention n'est rédigée dans *aucune* langue officielle du *Canada*, la partie en produira une traduction dûment certifiée *en français ou en anglais*. »

⁴¹⁵ *Id.*

⁴¹⁶ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, commentaires de M. Dalphond sous l'art.652, P.2937.

Le contrôle *prima facie* se résume à ceci : le juge saisi de la demande d'homologation et en exécution de la sentence arbitrale vérifie seulement l'existence de la sentence en tenant compte bien évidemment des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution stipulés dans l'article 646 C.p.c. Ainsi, le juge n'a pas le pouvoir de profiter de ce contrôle pour apporter des modifications à la sentence arbitrale, car cela est contraire à l'essence de l'arbitrage et surtout au principe de contradiction⁴¹⁷. Il faut donc retenir que puisque la Cour saisie d'une demande en reconnaissance ou en homologation ne siège pas comme tribunal d'appel, elle ne peut statuer sur le fond du litige qui a été soumis aux arbitres.

En outre, la procédure relative à la demande de reconnaissance et d'exécution n'est pas dénuée de tout caractère contradictoire. Autrement dit, la non-compétence du juge pour trancher le fond du litige n'est pas illusoire durant la procédure d'homologation ou de reconnaissance. Même si le juge est le gardien de l'ordre public national et prisonnier de l'argumentation d'une seule partie, Il ne peut en effet se fonder que sur les éléments transmis par le demandeur à l'appui de sa requête. Par exemple, depuis l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011, l'art. 1526 dans le Code de procédure civile français supprime l'effet suspensif de l'appel contre l'ordonnance d'exequatur(reconnaissance) valable pour les sentences rendues en France et celles rendues hors de la France. Ainsi, selon le rapport du premier ministre français relatif à ce décret, une telle modification a été voulue pour éviter les recours dilatoires exercés par des parties de mauvaise foi. Par ailleurs, l'exercice d'un recours contre la sentence n'interrompt plus l'exécution de celle-ci. Ainsi, la demande d'une partie de voir l'exécution de la sentence être suspendue ne pourrait lui être accordée qu'exceptionnellement, dans le cas où l'exécution de cette sentence serait « susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties⁴¹⁸ ». La réforme a ainsi verrouillé la procédure, pour empêcher les recours dilatoires et pour contraindre la partie qui succombe à exécuter la sentence arbitrale en toutes circonstances⁴¹⁹.

⁴¹⁷ *Carpenter c. Soudure Plastique Québec inc.*, préc., note 347, Para 20-22.

⁴¹⁸ CPC, préc., note 52, art. 1526, al. 2,

⁴¹⁹ Jean-Pierre MIGNARD et Benoit HUET, « Le caractère non suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur, exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire », 2013.250.10.

Parallèlement, en droit de l'arbitrage québécois, en vertu de l'Art. 646 C.p.c. et sous la loi-type, on parle du fardeau du demandeur. Autrement dit, il revient au demandeur qui s'oppose à l'homologation de la sentence arbitrale de trouver les motifs en se référant à la liste de motifs énumérés à l'article précité⁴²⁰. En plus, ces motifs ou ces cas ne sont pas interprétés de façon large mais restrictivement.

B. Le rôle du juge du contentieux de l'exécution

Peut-on dire que l'arbitrage est une justice à part entière, qui a toute son autonomie vis-à-vis de la justice étatique ? dans tous les cas, c'est l'objectif que les réformes relatives au droit de l'arbitrage veulent atteindre. Cependant en matière d'exécution forcée par l'agent d'exécution, notamment par l'huissier de justice, que des difficultés d'exécution peuvent survenir. On parle alors de contentieux d'exécution, qu'il faut évidemment régler.

Par ailleurs, la sentence arbitrale est une solution au litige soumis à l'arbitre, comme une décision du juge. Toutefois, la sentence arbitrale n'est pas exactement une décision du juge et l'arbitre n'est pas tout à fait un juge étatique. Comme nous l'avons mentionné précédemment, c'est l'absence d'imperium dans les pouvoirs conférés à l'arbitre qui rend la sentence arbitrale dépourvue de force exécutoire. Par conséquent, si la partie contre laquelle la sentence a été prononcée ne l'exécute pas spontanément, force sera de recourir au juge étatique⁴²¹. C'est au juge étatique qu'appartient ce pouvoir de contrainte sur les parties, mais également sur les tiers non liés à la convention d'arbitrage. Le juge étatique est un fonctionnaire qui a reçu une délégation de la part de l'État pour disposer de la force publique. Ainsi devant une demande de reconnaissance et d'exécution de sentences étrangères, le juge décide à sa propre discrétion s'il accorde ou refuse de reconnaître ces sentences. C'est en ce sens que le Code admet le recours en annulation comme seul recours possible contre la sentence arbitrale, qu'elle soit

⁴²⁰ C.p.c., préc., note 7, art. 653.

⁴²¹ *Id.*

étrangère ou non⁴²². En plus, la loi attribue exclusivement la compétence au tribunal étatique en matière d'annulation de la sentence arbitrale, qu'elle soit interne ou internationale⁴²³.

⁴²² C.p.c., préc., note 320, art. 648, al.1. Cet art. stipule que : « *La demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul moyen de se pourvoir contre celle-ci et elle obéit aux mêmes règles que celles prévues en matière d'homologation de la sentence arbitrale, avec les adaptations nécessaires* ».

⁴²³ *Id.*, Étant donné que, la demande d'annulation de la sentence arbitrale obéit aux mêmes règles que celles de la demande d'homologation, C'est la Cour supérieure qui est compétente pour connaître cette demande (art.39 C.p.c.)

Chapitre II : La compétence exclusive du juge en matière d'annulation des sentences arbitrales

Le recours en annulation des sentences arbitrales est l'unique voie d'opposition contre la sentence légitime consacré par différentes dispositions de différents systèmes juridiques et conventions internationales⁴²⁴. Après que le tribunal arbitral a rendu sa décision finale, cette décision est soit exécutée spontanément par les parties ou son exécution est forcée par l'intervention du juge étatique. Il arrive aussi qu'une partie ne soit pas satisfaite de la décision de l'arbitre et souhaite qu'elle ne soit pas exécutée, et par conséquent paralysée. L'amélioration apportée par la Loi type vient du fait qu'elle n'autorise qu'un type de recours, excluant ainsi tout autre recours pouvant être prévu dans une autre loi de procédure de l'État considéré. Une demande d'annulation en application de l'art. 34 doit être présentée dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la communication de la sentence a été reçue. Il convient de noter qu'exercer un « recours » signifie « attaquer » activement la sentence. Rien n'interdit bien sûr à une partie de demander au tribunal d'exercer son contrôle lorsqu'elle est défenderesse dans une procédure d'exécution en vertu de l'art. 36 C.p.c.⁴²⁵.

Le Code de procédure civile prévoit deux moyens permettant de se pourvoir à l'encontre d'une sentence arbitrale. L'objectif est d'écarter d'autres modes de recours normalement utilisés pour contester les décisions des tribunaux inférieurs. Le Code précise également les erreurs ou irrégularités pouvant entraîner l'annulation de la sentence des arbitres.

⁴²⁴ Loi type de la *CNUDCI*, préc., note 12, Chap. VI, art. n°34 al.3 dispose que : « 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 »

⁴²⁵ *Id.*, art. n°36.1) a) dispose que : « 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... »

La base juridique de ce recours est expressément prévue dans le chapitre VII, à l'article 648, du Code de procédure civile⁴²⁶. Cet article, qui reprend le droit antérieur⁴²⁷ avant la réforme du Code en 2015, prévoit que « *la demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul moyen de se pourvoir contre celle-ci* ». Dans ce chapitre, le législateur québécois consacre toute la procédure de l'annulation de la sentence arbitrale. Aux termes de la définition du dictionnaire de droit québécois et canadien d'Hubert Reid⁴²⁸, l'annulation désigne « *l'anéantissement rétroactif par une autorité judiciaire ou administrative d'un acte juridique ou d'une décision en raison d'un vice de fond ou de forme qui l'entache* ». Cette procédure est très importante dans notre exposé, car elle démontre la collaboration et la relation fusionnelle entre le juge et l'arbitre.

Ainsi, le recours en annulation revêt une grande importance, car l'enjeu autour de ce recours permet dans le cadre de cette étude de connaître les conditions qui l'entourent, les méthodes pour y parvenir et surtout de démontrer la place de l'intervention du juge étatique dans la phase post-arbitrale. En outre, le recours en annulation, qui est une voie de droit, permet non seulement l'anéantissement rétroactif de la sentence pour irrégularité de forme, mais également du fond. Il s'agit d'un recours qui donne suite à de graves conséquences, raison pour laquelle dans toutes les législations connues, les manquements qui peuvent entraîner une pareille sanction sont expressément prévus (section I).

De plus, au regard du décret du 13 janvier 2011 sur la réforme de l'arbitrage en France, une innovation des plus importantes est à souligner. Il s'agit de la possible exclusion conventionnelle du recours en annulation. Cette innovation soulève la question de la place du juge dans la phase post-arbitrale. Que serait ce pouvoir du juge si la demande en annulation était exclue par les parties au préalable? C'est notamment pour cette raison que dans notre

⁴²⁶ C.p.c., préc., note 7, art 648. Cet article dispose que : « la demande en annulation de la sentence arbitrale est le seul moyen de se pourvoir contre celle-ci [...] ».

⁴²⁷ *Id.*, art. 947 de l'ancien Code de procédure civile stipule que : « la demande d'annulation de la sentence arbitrale est le seul recours possible contre celle-ci ».

⁴²⁸ H. REID, préc., note 269

analyse (section II), nous mettrons l'accent sur la juridiction compétente et sur la procédure à suivre.

Section I : Les motifs entraînant l'annulation de la sentence arbitrale

La demande d'annulation de la sentence est le seul recours possible contre la sentence arbitrale. Les causes permettant de contester la sentence arbitrale pendant une demande d'annulation sont les mêmes que celles qui permettent au juge étatique de refuser l'homologation. De nombreux jugements⁴²⁹ ont retenu que les motifs d'opposition à l'homologation d'une sentence arbitrale précisés à l'art. 646 du Code de procédure civile sont exhaustifs⁴³⁰ et qu'ils peuvent tout aussi bien être invoqués lors d'une demande d'annulation de la décision des arbitres. Il est en outre bien établi que, puisqu'elle ne siège pas comme tribunal d'appel, la cour saisie d'une demande d'homologation ou d'annulation ne peut statuer sur le fond du litige qui avait été soumis aux arbitres⁴³¹.

À cet effet, l'article 646 du Code de procédure civile du Québec énumère les motifs pouvant conduire le juge saisi à annuler la sentence. Cet article dispose que : « *Le tribunal ne peut refuser l'homologation d'une sentence arbitrale ou d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde si l'un des cas suivants est établi : 1° une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage; 2° 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° le mode de nomination d'un arbitre ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté; 4° la partie contre laquelle la sentence ou la mesure est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une*

⁴²⁹ *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 23; *Desputeaux c. Éditions Chouette* (1987), préc., note 23.

⁴³⁰ *Id.*

⁴³¹ *Exploration minière A-Pri-Or Inc. c. Ressources Étang d'or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (C.S.) et *Régie de l'assurance maladie c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (C.A.).

autre raison de faire valoir ses moyens; 5° la sentence porte sur un différend qui n'était pas visé dans la convention d'arbitrage ou n'entraîne pas dans ses prévisions, ou encore elle contient une conclusion qui en dépasse les termes, auquel cas, si celle-ci peut être dissociée des autres, elle seule n'est pas homologuée.

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 ou la mesure est contraire à l'ordre public ».

Ces motifs peuvent être regroupés en trois (3) groupes. En premier, il s'agit des irrégularités et erreurs concernant les pouvoirs des arbitres dans la mission qui leur a été confiée (sous-section I). En deuxième, tout manquement aux règles de justice naturelle de la part des arbitres dans l'accomplissement de leurs fonctions (sous-section II) et enfin, en troisième, en cas de la violation de l'ordre public dans le pays d'exécution (sous-section III). Regrouper tous les motifs tout aussi importants les uns que les autres nous permettra de démontrer la nécessité de l'intervention du juge dans cette phase.

Sous-section I : Les irrégularités et erreurs portant sur la compétence des arbitres

Grâce à l'existence de la convention d'arbitrage d'une part et d'autre part, à l'acte de mission arrêté conjointement par les parties et les arbitres avant le démarrage effectif de l'instance arbitrale, la mission confiée est bien délimitée. La convention d'arbitrage, qui est un contrat, est assujettie aux règles contenues au titre des obligations du Code civil du Québec. L'article 1377 dudit Code précise d'ailleurs que ces dispositions s'appliquent à tout contrat, quelle qu'en soit la nature⁴³². Parmi les règles ayant trait à la validité de la convention d'arbitrage, le

⁴³² *C.c.Q.*, préc., note 57, art.1377. Cet article dispose que : « Les règles générales du présent chapitre s'appliquent à tout contrat, quelle qu'en soit la nature. Des règles particulières à certains contrats, qui complètent ces règles générales ou y dérogent, sont établies au titre deuxième du présent livre. ». Lire 9088-9593 *Québec inc. c. 9077-0710 Québec inc.*, 2018 CanLII 5957 (QCCQ), <<http://canlii.ca/t/htn05>>, consulté le 2018-10-21; Dans cette affaire, la Cour du Québec, dans les paragraphes 55 et 56, a affirmé que : « Il s'agit d'un contrat innommé

Code de procédure civile réfère tout particulièrement au premier alinéa de son article, qui traite des situations où une partie n'avait pas la capacité de conclure la convention d'arbitrage. En de tels cas, les arbitres n'auraient pas compétence concernant le litige dont on voudrait les saisir puisque la convention d'arbitrage, source de leurs pouvoirs, serait inexistante⁴³³.

Par ailleurs, on peut affirmer que le Code de procédure civile reconnaît tout au moins implicitement au deuxième alinéa de son article 646 que toute autre cause compromettant la validité d'un contrat, comme l'erreur, la crainte ou la lésion⁴³⁴, qui affecterait la convention d'arbitrage aurait le même effet puisqu'elle anéantirait les fondements juridiques de l'intervention des arbitres. De plus, lorsque les arbitres agissent sans compétence, lorsqu'ils traitent et disposent d'une question qui n'est pas comprise dans la convention d'arbitrage⁴³⁵ les tribunaux considèrent seulement la partie de leur sentence qui se situe à l'extérieur du cadre de leur compétence ne sera pas homologuée ou sera infirmée, dans la mesure où il est possible de la dissocier du reste de leur décision⁴³⁶. Rappelons ce qui a déjà été mentionné succinctement : les arbitres ne peuvent outrepasser les limites du mandat qui leur a été confié et ils n'ont pas davantage la liberté d'en limiter la portée en négligeant de disposer de l'ensemble des questions qui leur ont été soumises⁴³⁷. Tout refus de leur part d'assumer pleinement leur rôle justifierait la cour de ne pas homologuer leur décision, et même d'en prononcer l'annulation.

dont l'utilité commerciale en droit moderne n'a plus à être démontrée, comme le soulignent les auteurs Baudouin et Jobin. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille recourir aux règles de common law relatives au « consignement » pour en dégager les règles applicables. Ces contrats innommés sont régis par la convention des parties et, à titre complémentaire, par les règles générales des contrats (art.1377 C.c.Q.) et de la responsabilité civile (art. 1457 C.c.Q.). »

⁴³³ *Id.*, art. 2638

⁴³⁴ *Id.*, art. 1399 et suivants.

⁴³⁵ Voir à ce sujet, *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, 2000 REJB 18713, pour déterminer si l'arbitre a excédé sa compétence. Le tribunal doit faire abstraction de l'interprétation qui a mené au résultat pour se concentrer sur celui-ci. Il n'y a pas excès de compétence s'il existe un lien de connexité avec la question tranchée et le différend soumis.

⁴³⁶ *Carpenter c. Soudure Plastique Québec inc.*, préc., note 347, Para 20-22

⁴³⁷ Voir à ce sujet le jugement rendu dans l'affaire *Télébec ltée c. Société Hydro-Québec*, 106 AZ-97021433; Dans ce jugement, la Cour supérieure rappelait que, malgré le texte de l'article 943.1 ancien C.p.c., qui peut donner à entendre que le recours qui y est prévu ne peut être exercé que lorsque les arbitres outrepassent leur compétence, les parties peuvent également s'en prévaloir quand ils négligent ou refusent de statuer sur l'ensemble des éléments de leur litige.

En ce qui a trait aux autres facteurs qui priveraient les arbitres de toute compétence concernant le litige dont ils ont été saisis, le troisième alinéa de l'article 646 du Code de procédure civile conclut que les arbitres ne sont compétents pour décider d'un différend opposant les parties que si les règles ayant trait à leur nomination, prévues à la convention d'arbitrage, ou apparaissant à la clause compromissoire, ont été observées⁴³⁸. Avant la réforme, les règles contenues dans le C.p.c. au titre de l'arbitrage n'imposaient pas de délai aux arbitres pour rendre leur sentence. C'est ce que rappelle l'un des juges de la Cour supérieure dans l'affaire *Pananis c. D.T. Acquisition Inc.*⁴³⁹ en rejetant la requête en annulation d'une sentence arbitrale qui lui était soumise. Le juge considère que le délai de dix mois qui s'était écoulé entre la fin des audiences et le prononcé de la sentence ne constituait pas une cause d'annulation de la décision. On en vient donc à conclure que la lenteur des arbitres à décider du litige dont ils sont saisis, quelle qu'en soit l'importance, peut rarement ou exceptionnellement entraîner l'annulation de leur sentence. Le juge est clair dans cette affaire : une décision pourrait être annulée si le délai écoulé entre la fin des audiences et son prononcé était déraisonnable et causait un préjudice grave à l'une des parties. Cependant, depuis la réforme de 2016, le législateur à l'art. 642 al.3 innove en fixant un délai de trois mois pour rendre la sentence⁴⁴⁰. Il ne reste pas moins que ce délai reste directif afin d'éviter un processus long et interminable qui pourrait porter atteinte aux droits des parties. En d'autres mots, le non-respect du délai prévu au C.p.c. ou autrement convenu entre les parties n'emporte pas automatiquement perte de compétence pour le tribunal arbitral ou la fin de la mission arbitrale⁴⁴¹. Pour que cela arrive, il faudrait plutôt retenir le défaut du tribunal arbitral de respecter le délai applicable pour

⁴³⁸ C.p.c., préc., note 7, art.646 al.3.

⁴³⁹ *Saint-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote inc.*, [1983] R.D.J. 583 (C.A.) et *Leisure Products Ltd. c. Funwear Fashions Inc.*, C.S. Montréal, J.E. 88-1394.

⁴⁴⁰ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44; Art. 646(3): voir les commentaires de Pierre J. Dalphond à la page 2898, para 1; voir aussi l'affaire *Choubineh v. Torabi*, 2016 QCCS 5576.

⁴⁴¹ *Robert c. Lavigne*, 2003 J.E. 24 C.S.; dans cette affaire la cour conclut que " l'expiration du délai pour rendre sentence ne fait pas perdre automatiquement à l'arbitre sa juridiction, sauf si cela est stipulé expressément dans la convention d'arbitrage".

justifier sa révocation. Combiner à l'art.642(3), l'art.643(3) permet aux parties de recourir aux tribunaux pour demander une ordonnance de sauvegarde de leurs droits dans les cas où le tribunal arbitral ne respecte pas le délai inscrit dans la convention d'arbitrage ou le délai expressément édicté par la loi.

Rappelons que les arbitres sont habilités à se prononcer sur leur propre compétence. Dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*⁴⁴², la Cour suprême affirmait encore une fois que toute question en matière de compétence de l'arbitre devrait être d'abord trancher par lui-même avant de saisir les tribunaux judiciaires à cet effet⁴⁴³. Les tribunaux ne pourraient être saisis de telles questions que dans les seuls cas où l'opposition existant entre les parties à cet égard ne porte que sur des questions de droit⁴⁴⁴. Cela prouve que l'intervention des tribunaux, bien qu'exclusive dans cette phase du déroulement de la procédure, reste secondaire. Cette intervention doit être perçue comme une assistance, un appui nécessaire au bon déroulement de l'arbitrage.

⁴⁴² *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 23. La juge en chef de la Cour écrit à ce sujet : Dans l'arrêt *Dell*, la Cour conclut à l'unanimité qu'en vertu de l'article 940.1 ancien C.p.c., les arbitres ont compétence pour se prononcer sur leur propre compétence (le « principe compétence-compétence »). Les juges majoritaires ont conclu qu'en présence d'une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être renvoyée à l'arbitre. Les tribunaux judiciaires ne devraient déroger à cette règle générale et se prononcer en premier sur cette question que dans le cas où la contestation de la compétence de l'arbitre ne comporte qu'une question de droit seulement. Lorsqu'une question soulevant la compétence de l'arbitre nécessite l'admission et l'examen des faits, les tribunaux sont normalement tenus de renvoyer ces questions à l'arbitrage. Quant aux questions mixtes de droit et de fait, les tribunaux doivent également privilégier le renvoi à l'arbitrage; n'y font exception que les situations où les questions de fait ne nécessitent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire versée au dossier et où le tribunal est convaincu que la contestation ne se veut pas une tactique dilatoire ou qu'elle ne met pas en péril le recours à l'arbitrage.

⁴⁴³ *Id.*, La Cour affirme qu'« En présence d'une convention d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier conformément au principe de compétence-compétence incorporé à l'art. 632 al.2 C.p.c. »

⁴⁴⁴ *Id.*, Lorsqu'un différend assujéti à une convention d'arbitrage est présenté au tribunal, il doit uniquement sur demande de l'une des parties, les renvoyer à l'arbitrage. Il ne peut soulever le moyen de sa propre initiative puisqu'il ne s'agit pas, strictement parlant, d'une question d'absence de compétence *ratione materiae*, mais plutôt d'exclusion de cette compétence par la volonté des parties au différend.

Sous-section II : Les manquements aux règles de justice naturelle

Les arbitres sont tenus de respecter les règles de justice naturelle pendant l'accomplissement de leur mission telles que la règle *audi alteram partem*⁴⁴⁵, le principe d'égalité, le principe de contradictoire et l'impartialité.

En ce qui concerne la règle *audi alteram partem*, son non-respect peut entraîner l'annulation de la décision, sans que celui qui la conteste soit tenu de démontrer qu'il a subi un préjudice ou que la décision aurait été différente si on s'y était conformé. L'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne vise à protéger deux des composantes de la justice naturelle qui sont liées de façon indissociable à l'accomplissement de la fonction judiciaire. La première règle rappelée à cet article est celle de l'impartialité, dont il a été question auparavant dans ce texte; et la seconde est celle de l'audition des parties. L'article 23 de la Charte garantit généralement à tout justiciable le droit d'être entendu, et selon les articles 626 et 653 du Code de procédure civile, qui réfèrent spécifiquement à l'arbitrage, tout manquement à cet égard peut compromettre l'homologation éventuelle de la décision des arbitres ou donner ouverture à son annulation⁴⁴⁶. Ainsi, le fait d'empêcher erronément un plaideur de faire entendre un témoin, ou de produire toute preuve, concernant un fait lié au litige, pourrait constituer un manquement à la règle de l'audition des parties⁴⁴⁷, tout comme cette autre attitude qui consisterait à ignorer totalement une preuve portant sur un fait litigieux clairement démontré lors de l'audition⁴⁴⁸. De ce fait, la règle de l'audition impose des normes de conduite que

⁴⁴⁵ La règle *audi alteram partem* signifie la règle de l'audition des parties. Les arbitres sont tenus d'auditionner toutes les parties en litige.

⁴⁴⁶ J-D. GAGNON, préc., note 56, Para 115, P. 47.

⁴⁴⁷ *Le Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. l'Université du Québec à Trois-Rivières*, [1993] 1 R.C.S. 471. Les parties peuvent et aux mêmes conditions faire entendre d'autres personnes qui auraient été témoins des faits pertinents à la cause dont les arbitres sont saisis.

⁴⁴⁸ *Commission scolaire Crie (The Cree School Board) c. Fortier*, [1997] R.J.Q. 1625 (C.S.nieg).

toutes les personnes investies de fonctions judiciaires ne peuvent ignorer, ce qui entraînerait l'annulation de leurs décisions⁴⁴⁹.

En ce qui concerne la règle de l'impartialité dont traitent les articles 626 et suivants du C.p.c. rappelons que son application aux arbitres ne se limite pas aux seuls facteurs mentionnés aux articles 202 et 203 dudit Code, auxquels renvoie l'article 646. En effet, l'impartialité de l'arbitre tout au long du processus du règlement du litige qui lui est soumis tient une place de choix dans les préoccupations des protagonistes. Ainsi, un simple soupçon de violation de cette responsabilité fonde une demande en annulation de la sentence rendue par l'arbitre indélicat⁴⁵⁰. Le législateur, conscient de cette réalité dans le déroulement de l'arbitrage, exige son respect à l'article 646 du C.p.c. Dans un jugement qu'elle rendait dans l'affaire *Sport Maska Inc. c. Zittreer*⁴⁵¹, la Cour suprême rappelait que l'arbitre est assujéti à la règle de l'impartialité. Elle mentionnait également que l'arbitre qui entretient des liens particuliers avec l'une des parties ou encore qui est rémunéré par l'une d'elles seulement⁴⁵² ne doit pas statuer sur le différend, bien qu'il ne soit pas expressément édicté aux articles 202 et 203 C.p.c. On peut comprendre à travers cette orientation que le législateur entend donner du crédit à la sentence, car une sentence entachée par la partialité de l'arbitre perd sa crédibilité en favorisant les recours en annulation.

Le défaut d'impartialité et d'indépendance dans le règlement du différend constitue un sérieux motif d'annulation de la sentence arbitrale⁴⁵³. Le rôle du juge ici ne serait pas d'examiner la manière dont l'arbitre a jugé l'affaire, mais plutôt de veiller à ce que les règles procédurales et

⁴⁴⁹ *Kendrick c. Merling*, C.S. Montréal, 1992, AZ-92021364

⁴⁵⁰ F. C. KOUASSI, préc., note 342.

⁴⁵¹ *Sport Maska Inc. c. Zittreer*, préc., note 59, p. 588 et suiv.

⁴⁵² *Id.*

⁴⁵³ *C.p.c.*, préc., note 7, art.626 al.1. Cet article dispose que : « L'arbitre peut être récusé s'il existe un motif sérieux de douter de son impartialité ou s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties ». L'arbitrage constitue un acte juridictionnel, qui exclut la compétence des tribunaux étatiques. Il se doit d'être confié à des personnes indépendantes des parties et impartiales : cela tient de l'essence du processus pour qu'il puisse constituer une alternative crédible pour les parties et é citer les demandes récusation.

les droits des parties soient respectés par les parties. Qu'en est-il de la violation d'une règle de l'ordre public dans l'exécution de la sentence?

Sous-section III : La violation d'une règle d'ordre public international comme motif d'annulation de la sentence

La notion d'ordre public est vaste, multiple et différente selon qu'on est en présence d'un rapport de droit interne ou de droit international privé⁴⁵⁴. En droit interne, par ordre public, il faut entendre un ensemble de principes régissant la vie commune sur les plans politique, administratif, social et économique. Ces principes obligent toute personne qui habite sur le territoire d'un État. En droit international privé, la jurisprudence⁴⁵⁵ et la doctrine définissent l'ordre public comme « *un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi* »⁴⁵⁶. En matière d'arbitrage, cette notion doit être interprétée de manière restrictive et limitative aux seules matières analogues à celles énoncées à l'article 2639 du C.c.Q. Ainsi, la notion d'ordre public s'adaptera à l'arbitrage en l'espèce⁴⁵⁷. L'intérêt d'évoquer la violence à l'ordre public réside dans le fait d'apprécier son importance dans le déroulement d'un arbitrage international, mais également de l'apprécier comme motif donnant recours à l'annulation de la sentence arbitrale. Alors, par sentence contraire à l'ordre public, il faudrait comprendre une mesure qui, par son dispositif ou son résultat, heurte

⁴⁵⁴ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art 645 al.2. Commentaires de M. Dalphond sous cet art à la P. 2914. Il souligne que la notion d'ordre public est protéiforme et il faut se garder d'adopter une définition large qui défavoriserait le recours à l'arbitrage.

⁴⁵⁵ Cass. civ., 1ère, 30 mai 1967, Clunet, 1967.728, note de P. Bourel. La Cour déclare à l'occasion que l'ordre public consiste en la « substitution de la loi française à la loi normalement compétente ».

⁴⁵⁶ Jean DERRUPÉ et Jean-Pierre LABORDE, *Droit international privé*, 17e édition, Paris, Dalloz, 2011, P.183.

⁴⁵⁷ *Condominiums mont Saint Sauveur inc. c. Lese*, préc., note 34, le juge Rothman affirmait que: « The notion of "public order" is not an immutable concept. Nor does it involve the same requirements in every context. (Baudouin, Les Obligations, 3ième édition, Page 80). Some rules of public order are, by their nature, only susceptible of application or enforcement by the ordinary courts. It is difficult to imagine, for example, questions of criminal responsibility or the granting of a divorce, or a question of paternity, being decided by arbitration. The public order component goes directly to the jurisdiction of the body that is to decide the dispute. »

certaines valeurs jugées fondamentales au sein de l'ordre juridique québécois; en d'autres mots, qui viole l'ordre public politique et moral⁴⁵⁸. Le juge ne doit pas se servir de cette limite au pouvoir du tribunal arbitral pour s'immiscer sur le fond ou dans le processus suivi par les arbitres. En effet, la jurisprudence clarifie le contrôle du respect de l'ordre public en adoptant cette conception très restrictive du contrôle des sentences arbitrales par le biais de l'exception d'ordre public (en exigeant par exemple que cette violation soit flagrante, effective et concrète), et réduit en effet le rôle du juge à un simple contrôle formel de la sentence arbitrale⁴⁵⁹.

Ce faisant, l'appréciation de la violation d'une règle d'ordre public se fait *in concreto* et au cas par cas. Ce qui signifie que les violations purement formelles, sans réelles conséquences, ne pourront donner lieu à un recours en annulation de la sentence contestée⁴⁶⁰. Les tribunaux se refusent d'annuler une sentence sur la base de violation purement formelle sans réelles conséquences, ce qui paraît cohérent si l'on admet que le contrôle du juge ne porte pas sur le raisonnement légal suivi par l'arbitre, mais sur les conséquences de l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique du for⁴⁶¹. Ainsi, l'ordre public doit être actuel. La question qui se pose sur le moment est de savoir quand le juge doit se placer pour apprécier l'ordre public : à l'époque où la situation a été constituée ou au jour de la décision à prendre⁴⁶²? Cette question a

⁴⁵⁸ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 23, La doctrine et la jurisprudence de divers pays étrangers soutiennent qu'une sentence arbitrale contraire à l'ordre public en est une dont le dispositif dans son ensemble, contrevient à des principes d'ordre public, et non dont l'un des motifs contrevient à une règle particulière.

⁴⁵⁹ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc., note 23; la Cour confirme en effet que la notion d'ordre public doit recevoir une interprétation restrictive et se limite aux seules matières analogues à celles énoncées à l'art. 2639 *C.c.Q.*, soit l'état, la capacité des personnes et les matières familiales (voir par. 109 de l'arrêt).

⁴⁶⁰ F. BACHAND, préc., note 9.

⁴⁶¹ *C.c.Q.*, préc., note 57, art. 2639 al. 2 qui dispose que : « Le second alinéa prévoit toutefois qu'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 ».

⁴⁶² Vera ARCANGELI, *les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au canada*, thèse de doctorat, Montréal, université de Montréal, faculté de droit, 2000. Stéphanie Cartier, *L'arbitrage international au Québec : ordre public interne ou ordre public international ?* RQDI, vol.11 1998, P. 229-261

nourri de vifs débats doctrinaux⁴⁶³. Par ailleurs, la jurisprudence a décidé que l'actualité de l'ordre public signifie que celui-ci doit être apprécié à la date du jugement. Il en est de même quand il s'agira d'apprécier une sentence arbitrale. Ainsi, comme nous l'avons déjà évoqué, le contrôle que le juge étatique exerce sur la sentence arbitrale dans le recours en annulation est en réalité un regard rétrospectif sur l'histoire de l'arbitrage. En conséquence, le juge doit examiner la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public en contrôlant la bonne application du droit et l'appréciation des faits⁴⁶⁴. Cette appréciation soulève une interrogation à savoir, comment le juge procède à l'appréciation des motifs d'annulation pour arriver à décider, ou du moins, quelles sont les modalités d'exercice du recours en annulation?

Serait-ce possible d'envisager que le recours en annulation soit au préalable refusé par les parties expressément dans leur convention? Dans cette perspective, quelle serait donc la place du juge? Aurait-il encore ses pouvoirs? Pour répondre à cette problématique, nous pourrions dans un premier temps, répondre qu'au Québec, le recours d'annulation de la sentence arbitrale est d'ordre impératif. Autrement dit, ce recours relève des droits dont les parties disposent et qui ne peuvent être abrogés. Il est certes possible que les parties n'y aient pas recours, mais cela ne revient pas à dire qu'il peut être expressément défini dans la convention. Par conséquent, pour arriver à la question de la place du juge et de ses pouvoirs, nous pouvons confirmer qu'au Québec en matière d'annulation de la sentence arbitrale, le juge aura toujours le dernier mot; contrairement à d'autres systèmes juridiques comme la France, qui, par sa réforme de 2011 et son décret en 2013 a élargi le pouvoir de la volonté des parties. Nous essayerons dans les prochains paragraphes d'exposer cette nouvelle perspective.

⁴⁶³ *Id.*

⁴⁶⁴ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44; voir les commentaires de la ministre de la justice sous l'art. 648 C.p.c. Elle confirme le principe de la compétence-compétence de l'arbitre. En effet, elle souligne "qu'Étant donné que la demande d'annulation obéit aux mêmes règles que celles prévues en matière d'homologation, le tribunal ne pourra examiner le fond du différend et ne pourra annuler la sentence que pour l'un ou l'autre des motifs pour lesquels il peut refuser l'homologation (art. 646 C.p.c). Le Code de procédure civile s'intéresse davantage à la conformité du dispositif de la décision ou de la solution qu'elle retient qu'à celle de l'exactitude des motifs particuliers qui la justifient. Une erreur d'interprétation d'une disposition législative à caractère impératif ne permettrait pas l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public, à moins que le résultat de l'arbitrage se révèle inconciliable avec les principes fondamentaux pertinents de l'ordre public.

Section II : Les modalités d'exercice du recours en annulation

Le recours en annulation pose souvent des problèmes de procédure et de compétence. C'est pourquoi dans cette partie, nous tenterons d'exposer la procédure suivie par les juridictions étatiques dans le recours en annulation, tout en insistant sur la compétence juridictionnelle (sous-section I). Le décret du 11 janvier 2013 portant réforme du droit de l'arbitrage en France a fait une innovation des plus emblématiques qui met l'accent sur la liberté de la volonté des parties dans la gestion de leur procédure. Il s'agit en fait de la faculté des parties de renoncer expressément, par convention, à leur droit de présenter un recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue en France⁴⁶⁵ (sous-section II). À ce sujet, on pourrait se demander alors quelle est la position du droit québécois de l'arbitrage sur cette possibilité. De plus, on pourrait s'interroger sur le pouvoir du juge de sanctionner dans cette partie de la procédure d'arbitrage.

Sous-section I : Le tribunal compétent dans la procédure de recours en annulation

Dans leur conception juridique, les fonctions juridictionnelles renvoient à celles d'une juridiction c'est-à-dire un organe chargé d'une mission judiciaire. Au regard de ces approches, on peut comprendre que les fonctions juridictionnelles sont susceptibles de concerner tous les organes qui sont appelés à intervenir dans le processus arbitral en vue de trancher un différend en droit, une contestation. Qu'il s'agisse de l'arbitre ou du juge, ils sont tous deux chargés de fonctions juridiques. Cependant, il est question des pouvoirs exclusifs attribués au juge dans le recours en annulation, donc le dessaisissement de l'arbitre dans cette phase (A). Le recours en annulation répond à une procédure bien précise (B). Il s'agit du partage des compétences entre le juge et l'arbitre, chacun tenant son rôle sans empiètement.

⁴⁶⁵ CPC, préc., note 52, art.1522 : « Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation [...] ». La renonciation au droit de demander le recours en annulation consacrée à l'article 1510 CPC. Christophe Seraglini, « L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 » (2011) 2 Cahiers de l'Arbitrage 375 au para. 30 et suiv ;

A. L'exclusion de l'arbitre du recours en annulation

Sur le plan matériel, les conditions procédurales qui gouvernent l'intervention et la décision du juge par la doctrine, puis par la jurisprudence comme « juge d'appui », sont de nature à garantir aux parties l'obtention rapide d'une décision ayant force de chose jugée. En principe, les voies de recours contre l'arbitrage ne constituent pas l'un des principes clés de la procédure d'arbitrage. Toutefois, celles-ci restent ouvertes dans de nombreuses législations.

Sur le fondement de l'immunité découlant du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, la jurisprudence québécoise⁴⁶⁶ a exclu que l'arbitre puisse participer de quelque manière que ce soit au recours en annulation intenté contre la sentence qu'il a rendue. L'arbitre peut-il, à sa demande ou à la demande des parties intéressées, fournir son concours à l'instance d'annulation de la sentence qu'il a rendue? Il semble que la réponse soit négative, car tout comme la demande en reconnaissance ou en homologation de la sentence, la demande d'annulation doit être présentée devant le tribunal judiciaire du lieu d'exécution de la sentence⁴⁶⁷.

En effet, le Code de procédure civile dans son article 644, impose à l'arbitre l'obligation de préserver le secret du délibéré ce qui va au-delà d'une simple interdiction de discuter les motifs pour lesquels ils sont arrivés à leurs conclusions. Il s'agit dans cette obligation d'interdire aux arbitres de s'impliquer personnellement dans la procédure d'annulation. Par exemple dans l'affaire Rhéaume précitée, la violation du délibéré en plus de constituer un motif de récusation, constitue une implication de l'arbitre dans le processus d'annulation de la

⁴⁶⁶ *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, J.E. 2000-1238 (CA). Dans cette affaire, la Cour confirme qu'un tribunal arbitral conventionnel n'est pas assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Le seul recours possible contre la sentence arbitrale est la demande d'annulation, qui ne peut être porter que devant un tribunal judiciaire.

⁴⁶⁷ *C.p.c.*, préc., note 7, art.39. Cet article stipule que : « La Cour du Québec a compétence exclusive pour connaître des demandes relatives à un arbitrage dans la mesure où elle aurait compétence pour statuer sur l'objet du différend confié à l'arbitre, ainsi que des demandes de reconnaissance et d'exécution d'une décision rendue hors du Québec dans les matières relevant de sa compétence ».

sentence arbitrale⁴⁶⁸, puisque le secret du délibéré est une règle fondamentale de la procédure⁴⁶⁹. De même, le droit français de l'arbitrage s'oppose non seulement à permettre la participation des arbitres – de façon volontaire ou forcée – en tant que parties ou juridiction à l'instance en annulation contre la sentence, mais également en tant que témoins afin d'éclairer le juge saisi du contrôle de la sentence qu'ils ont rendue. Ainsi, l'implication de l'arbitre à l'instance en annulation en tant que partie a été explicitement exclue par la cour d'appel de Paris lorsqu'elle a considéré que : « selon les règles d'ordre public auxquelles est soumis le recours en annulation d'une sentence arbitrale, l'instance ne peut viser que la sentence, et non l'arbitre, qui ne constitue pas une partie dans ce débat, et dont la seule responsabilité est de prononcer une sentence arbitrale adéquate et utile au différend qui lui avait été soumis⁴⁷⁰. »

Par ailleurs, la juridiction compétente pour connaître un recours en annulation peut être la Cour supérieure conformément à l'article 63 du règlement de la Cour supérieure en matière civile, sauf dans les cas où la Cour du Québec a compétence en vertu de l'article 39 C.p.c.⁴⁷¹. C'est d'ailleurs cette solution que consacre le Code en combinant par application les arts. 33 et 34 du C.p.c., la Cour supérieure est investie d'un pouvoir général de contrôle judiciaire⁴⁷². Ainsi, le juge étatique saisi d'un recours en annulation ne doit pas se prononcer sur le fond du litige soumis au tribunal arbitral. Sa tâche la plus importante est de vérifier si l'un des motifs avancés par les parties contre la sentence est réuni, et si c'est le cas, il annulera la sentence. Si

⁴⁶⁸ *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, préc., note 143. En l'espèce, l'un des arbitres a annoncé publiquement aux parties et à des tiers que les arbitres étaient arrivés à une décision unanime, alors que l'affaire était encore en délibéré. Il a alors enfreint l'article 945 a. C.p.c. (1965), commettant ainsi une violation de la procédure arbitrale visée par l'article 946.4 al. 1(5) a. C.p.c. (1965). Toutefois, comme cette irrégularité n'altère pas l'intégrité du processus décisionnel, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'homologuer la sentence arbitrale ou de refuser ou de l'annuler.

⁴⁶⁹ *Id.*, la Cour affirmait que : « Le caractère confidentiel du délibéré est un élément crucial qui participe d'une règle fondamentale, celle de l'indépendance judiciaire. Il va sans dire que les arbitres y sont soumis »

⁴⁷⁰ Affaire *Frydman c. L'Oréal* le 9 avril 1992.

⁴⁷¹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44. Voir les commentaires de Mr. Dalphond sous l'art. 648 à la page 2925.

⁴⁷² *Id.*, Voir à ce sujet les commentaires de la ministre de la justice sous l'art. 34 du C.p.c. à la Page 301.

aucun motif n'est réuni, la sentence est maintenue⁴⁷³. Comment se déroule la procédure de recours en annulation?

B. La procédure de recours en annulation de la sentence arbitrale

L'essentiel de cette procédure se fait en deux parties, d'une part la période de saisine de la juridiction compétente (1), et d'autre part, le contrôle de régularité de la sentence arbitrale (2).

1) Le contrôle du délai de la saisine du juge

L'alinéa 2 de l'article 648 du C.p.c. précité prévoit un délai de trois (3) mois est de rigueur, codifiant ainsi la position adoptée par la Cour d'appel dans l'affaire *Compagnie d'assurance Standard Life c. Fagan*⁴⁷⁴. En effet, en combinant le 2^e alinéa de l'article précité et le 3^e paragraphe de l'article 34 de la Loi type⁴⁷⁵ qui exclut toute demande d'annulation après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de réception de la sentence dont on demande la nullité, on fait ressortir l'importance de ce délai de saisine. La jurisprudence avait d'ailleurs retenu ce délai malgré l'omission de ces mots dans l'ancien Code de procédure⁴⁷⁶. La position originale du droit de l'arbitrage québécois sur la question du délai pour la

⁴⁷³ *Coderre c. Coderre*, préc., note 439, au para. 13, le juge Bich affirme : « Il ne s'agit donc pas ici de se demander si les motifs ou les dispositifs des sentences litigieuses sont appropriés, opportuns, corrects, justes, équitables ou raisonnables, l'art. 646 C.p.c. interdisant au tribunal de l'homologation ou de l'annulation d'examiner le fond du différend. Il s'agit uniquement de s'assurer que ces sentences ou le processus qui y a mené ne comportent pas l'un ou l'autre des vices indiqués à l'art. 646 C.p.c. »

⁴⁷⁴ *Compagnie d'assurance Standard Life c. Fagan*, REJB 2004-61610 (C.A.). Le délai de trois mois prévus à l'article 648.2 au C.p.c. pour la présentation d'une requête en annulation de sentence arbitrale est de rigueur.

⁴⁷⁵ Loi type de LA CNUDCI, préc., note 12, art.34, dispose que : « La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale »; *Learned Entreprises International Canada Inc. c. Lyons*, REJB 1999-13883 (CS). La Cour, dans cette affaire, affirme que le délai de trois mois pour la présentation d'une requête en annulation de la sentence arbitrale se calcule à compter de la réception de la sentence par les parties. Il s'agit d'un délai de rigueur ayant pour objectif de permettre aux parties d'être rapidement fixées sur l'incontestabilité de la sentence.

⁴⁷⁶ *Compagnie d'assurance Standard Life c. Fagan*, J.E 2004-1084 (C.A.) (désistement à la Cour Suprême, n° 30423, 19 avril 2005). Dans cette affaire, la Cour confirme que le délai de trois mois prévus à l'article 648 al. 2 C.p.c. pour la présentation d'une requête en annulation de sentence arbitrale est de rigueur pour sécuriser les sentences arbitrales dans le temps.

présentation de la requête en annulation est que ce délai s'applique aussi bien en défense à une demande en homologation qu'à une demande en annulation⁴⁷⁷.

Contrairement au droit québécois de l'arbitrage, qui donne une précision nette et claire sur le point de départ du délai de présentation de la requête en annulation et sur sa fin, certains systèmes juridiques restent vagues à ce sujet⁴⁷⁸. Par exemple, à la question de savoir à quel moment commence à courir le délai pour la présentation de la requête en annulation en droit français de l'arbitrage; l'art. 1494 du Code de procédure civile français précise que « *L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence 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 notification de la sentence*⁴⁷⁹ ». La réponse reste toujours vague. Est-ce dans les 30 jours suivant le prononcé de la sentence arbitrale? La question reste sans réponse puisqu'en effet « *le mois de la notification de la sentence arbitrale* » ne définit en aucun cas le délai dans lequel doit se dérouler la procédure.

Mécontente, la partie perdante aura formé son recours immédiatement après le prononcé de la sentence, de telle sorte que l'essentiel du contrôle du juge étatique sera axé non sur le délai de la saisine, mais sur la régularité de la sentence.

⁴⁷⁷ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44.

⁴⁷⁸ AUA de l'OHADA, préc., note 361, art.27. Cet article dispose que : « le recours en annulation 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 munie de l'exequatur. » Cet article laisse paraître l'imprécision sur le point de départ de la présentation d'une requête en annulation au tribunal compétent. En principe, aucun problème de compréhension ne se pose sur le délai d'un mois pour la présentation de la requête dès le prononcé de la sentence munie de l'exequatur. Dans ce cas, dès que la sentence est rendue, la partie ayant perdu peut s'adresser immédiatement au juge, qui l'annulera sans attendre. Cependant, le problème se pose dès lors que la sentence a été rendue en l'absence de l'une des parties. Le délai d'un mois commencera à courir lorsque la partie qui a eu gain de cause aura signifié la sentence munie d'exequatur à l'autre partie. L'imprécision soulève la question de savoir à quel moment commencera à courir le délai d'un mois ou encore si le délai d'un mois s'applique à la partie présente au tribunal.

⁴⁷⁹ Art. 1494 CPC, préc., note 52, art.1494. Cet article dispose que : « L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence 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 notification de la sentence »

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=5CE9FA581206795A67F62AB7C36C24CA.tplgfr24s_2?idArticle=LEGIARTI000023450694&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20191212,](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=5CE9FA581206795A67F62AB7C36C24CA.tplgfr24s_2?idArticle=LEGIARTI000023450694&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20191212)

2) Le contrôle de la régularité de la sentence

En vertu du droit de l'arbitrage québécois, parmi les motifs d'annulation, on compte l'incapacité d'une partie à la convention d'arbitrage; l'invalidité de la convention d'arbitrage en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée⁴⁸⁰. La norme de contrôle lors d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale est très restrictive. Il ne s'agit pas, comme en matière de révision judiciaire, de déterminer si la décision de l'arbitre est correcte ou raisonnable. Le requérant doit établir l'un des motifs d'annulation prévus à l'art. 648 C.p.c.⁴⁸¹. Notons qu'au Québec, de même qu'en France⁴⁸², le principe de contradictoire et de l'égalité est une impérative procédurale dans la conduite de procédure. Ces principes sont d'ordre public, ils garantissent le bon déroulement de la procédure. En effet, ces garanties permettent

⁴⁸⁰ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987)*, préc., note 23, art. 646. Dans l'affaire *Desputeaux*, la Cour suprême du Canada, en 2003, a adopté une approche très favorable à l'arbitrabilité des différends. La Cour suprême a confirmé la validité des clauses d'arbitrage portant sur des dispositions statutaires ou des règles d'ordre public, sauf lorsque le différend porte sur une matière au sujet de laquelle le législateur a expressément exclu le recours à l'arbitrage, ou s'il porte sur des questions d'ordre public analogues à celles expressément exclues. La Cour suprême a spécifié que la notion d'ordre public devait être interprétée restrictivement lorsqu'il s'agissait de décider du caractère non arbitral de certaines questions, la règle générale étant que l'arbitre avait compétence pour statuer sur des règles d'ordre public lorsque celles-ci faisaient l'objet de la convention d'arbitrage.

⁴⁸¹ *Compagnie d'assurances Standard Life du Canada c. Lavigne*, préc., note 48, para 34 - 37

⁴⁸² *Overseas Mining Investments Limited (« OMI ») à la société cubaine Commercial Caribbean Niquel (« CCN »)*. La Cour de cassation française a confirmé l'annulation d'une sentence arbitrale condamnant la CCN à verser des dommages-intérêts à la OMI, au motif que les arbitres n'avaient pas respecté le principe du contradictoire. La Cour de cassation a considéré que les arbitres avaient tranché la question de l'indemnisation en fonction de principes qui n'avaient été ni invoqués par la partie réclamante, ni débattus par les parties. Alors que, la OMI réclamait une indemnisation fondée sur la théorie du gain manqué, laquelle avait fait l'objet d'un débat entre les parties, les arbitres ont ordonné une indemnisation fondée sur la perte de chance de se voir concrétiser le projet, théorie qui avait seulement été évoquée par la CCN dans sa réplique et à l'égard de laquelle la OMI n'avait pas eu l'occasion de présenter des observations. La Cour de cassation a considéré que ce manquement au principe de la contradiction justifiait l'annulation de la sentence. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a indiqué : *que l'arrêt [de la Cour d'appel] constate exactement que, dans leur raisonnement, les arbitres ont substitué à l'indemnisation réclamée par OMI, fondée sur la perte de gain qui leur paraissait inadéquate, une indemnisation fondée sur la perte de chance de voir se concrétiser le projet, qu'OMI n'avait pas invoquée, et que cette substitution ne constituait pas une simple modalité d'évaluation du préjudice, mais modifiait le fondement de l'indemnisation d'OMI; que la Cour d'appel en a déduit à bon droit qu'en omettant d'inviter les parties à s'expliquer sur ce point, les arbitres avaient méconnu le principe de la contradiction.*

de protéger les droits d'une partie à un différend de répondre aux arguments de fait ou de droit allégué par l'autre partie⁴⁸³.

De plus, les tribunaux du Québec ont eux aussi adopté une position plus interventionniste lorsqu'il s'agissait d'assurer le respect de l'équité procédurale. Dans l'affaire *Louis Dreyfus S.A.S. c. Holding Tusculum B.V.*⁴⁸⁴, une partie plaidait qu'une sentence arbitrale devait être annulée parce qu'elle allait à l'encontre de l'ordre public et de la justice naturelle, les arbitres ayant appliqué la doctrine de *frustration of purpose*, alors que celle-ci n'avait pas été soulevée lors du débat contradictoire devant le tribunal⁴⁸⁵. La Cour supérieure du Québec a accueilli la requête en annulation, indiquant :

The decision by the Tribunal to terminate the parties entire relationship, to apply the doctrine of frustration and, thereby, to justify the imposition of the Valuation and Buyout Remedy without first granting to the parties the opportunity to be heard was taken in total disregard of the the “audi alteram partem” rule is one of public order. An award which breaches public order may not be homologated or, as the case may be, may be annulled⁴⁸⁶.

Le recours en annulation pourrait être recevable si l'objet de la convention d'arbitrage ne peut être soumis à l'arbitrage. A cet effet, deux hypothèses peuvent être soulevées tout d'abord, la sentence pourrait être nulle parce que la convention elle-même est nulle. En effet, la loi applicable interdit la clause compromissoire dans certaines situations, et que la sentence a pour objet une de ces situations, elle est nulle⁴⁸⁷ Et ensuite, la validité de la convention d'arbitrage

⁴⁸³ Yves FORTIER, *La Nouvelle loi française sur l'arbitrage : vue d'Outre-Atlantique*, Paris, conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, 28 septembre 2011, p. 17.

⁴⁸⁴ *Louis Dreyfus S.A.S. c. Holding Tusculum B.V.*, 2008 QCCS 5903.

⁴⁸⁵ Y. FORTIER, préc., note 491.

⁴⁸⁶ *Louis Dreyfus*, *ibid.* au para. 104-105.

⁴⁸⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, art. 11.1, préc., note 70, il en va ainsi d'une convention d'arbitrage contenue en contrat avec un consommateur québécois au sens de ladite loi; en ligne : <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/P-40.1>>.

peut être contestée si la convention d'arbitrage ne respecte pas les conditions de forme requises en vertu des règles régissant la validité des contrats en général⁴⁸⁸.

Par ailleurs, l'absence de motivation de la sentence pourrait entraîner l'annulation de la sentence. Dans l'article 642, alinéa 1, le législateur oblige les arbitres à motiver la sentence arbitrale⁴⁸⁹. L'obligation de motiver la sentence n'est pas une variante du principe de la contradiction qui garantit divers droits procéduraux aux parties dans le cours du processus arbitral, mais suivant la jurisprudence, elle constitue une règle de justice naturelle au bénéfice des justiciables⁴⁹⁰. Les arbitres sont tenus de prouver par leur motivation que la décision n'a rien d'arbitraire; ils sont tenus par obligation de respecter les principes procéduraux et les règles de justice naturelle⁴⁹¹.

En résumé, le pouvoir d'appréciation du juge étatique dans le recours d'annulation est cantonné sur le motif avancé par la partie qui conteste l'exequatur de la sentence⁴⁹². Ce qui implique que si le motif avancé par le demandeur ne fait pas partis des motifs expressément cités dans l'art. 653 C.p.c., il sera débouté des fins de sa demande. Toutefois, lorsque l'un des motifs précités ci-dessus est évoqué dans le recours en annulation, il appartient au juge étatique de trancher selon son pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire reste exclusif, mais est influencée par les arguments des parties dans le litige, car elles y jouent un rôle important. Cela démontre encore l'importance de la volonté des parties durant et après le déroulement de la procédure arbitrale.

⁴⁸⁸ *C.c.Q.*, préc., note 58, art. 2640

⁴⁸⁹ *C.p.c.*, préc., note 7, art.642.1. Cet article dispose que : « La sentence arbitrale lie les parties. Elle doit être écrite, motivée et signée par le ou les arbitres; elle indique la date et le lieu où elle a été rendue. La sentence est réputée avoir été rendue à cette date et en ce lieu. »

⁴⁹⁰ *Id.*, art. 653 al. 2, dispose que : « Une partie contre qui la sentence ou la mesure est invoquée ne peut s'opposer à sa reconnaissance et à son exécution que si elle établit l'un ou l'autre des cas suivants: 2° 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 ou la mesure décidée »

⁴⁹¹ *Id.*, commentaires de M. Dalphond sous l'art. 642.1, P.2897

⁴⁹² *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, préc., note 23.

Sous-section II : La possible renonciation préalable du recours en annulation de la sentence arbitrale

La possibilité pour les parties de renoncer à leur droit de recourir à un tribunal judiciaire pour annuler la sentence arbitrale est une hypothèse qui nous semble pertinente. En effet, cette hypothèse nous éclaire sur le caractère exclusif du pouvoir de contrôle du tribunal judiciaire en matière d'annulation de la sentence arbitrale. Tel est dans le décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage en France, le législateur français évoque la possibilité pour les parties de renoncer au préalable à faire appel au juge, quelle que soit la décision de l'arbitre (A). Par préalable, il faut entendre depuis la rédaction de la convention d'arbitrage, la renonciation est insérée comme une clause. Cependant, que dit le droit de l'arbitrage québécois à ce sujet? Comment pourrait-on interpréter le silence du législateur sur la question (B)? Nous essaierons de démontrer l'innovation au niveau du droit de l'arbitrage français en ce qui concerne le pouvoir des parties. Mieux encore, nous démontrerons la place des pouvoirs attribués au juge dans la phase post-arbitrale.

A. L'innovation française : la renonciation conventionnelle du recours en annulation de la sentence arbitrale

L'une des innovations les plus emblématiques de la réforme est la faculté pour les parties de renoncer expressément, par convention, à leur droit de présenter un recours en annulation d'une sentence rendue en France⁴⁹³ En effet, la recevabilité du recours en annulation peut faire l'objet d'une stipulation contraire par laquelle les parties renoncent à l'exercice de ce droit. Dans ce cas, l'arbitre le fera savoir au juge compétent pour qu'il procède à l'exequatur sans autres formalités en suivant les règles prévues pour l'exécution des sentences arbitrales dans son régime juridique⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Y. FORTIER, préc., note 491, p. 17.

⁴⁹⁴ Fernández Carlos ROZAS, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », 290, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041116116_01>>.

Faut-il rappeler qu'avant cette réforme, une telle renonciation n'était point autorisée en vertu de la loi française⁴⁹⁵? La réforme française a eu pour objectif de renforcer l'autorité des sentences rendues en France. Cet objectif soulève la question de savoir si cette renonciation peut s'appliquer aux sentences rendues hors France et, plus précisément, aux sentences arbitrales internationales. Cette innovation, déjà introduite dans d'autres législations en matière d'arbitrage, est extrêmement libérale dans la mesure où seul un accord explicite des parties est exigé⁴⁹⁶. Par exemple, l'article 192, alinéa 1, de la loi suisse sur le droit international privé semble clairement favorable à cette position⁴⁹⁷, qui a donné lieu dans la Confédération à un développement jurisprudentiel opportun⁴⁹⁸ en vertu duquel la renonciation au recours doit s'interpréter de façon stricte et rigoureuse et exigeant une déclaration quasi solennelle. Dans le même ordre d'idée, il y a la solution belge, par une loi du 24 juin 2013. En effet, le législateur fédéral belge a profondément réformé le droit belge de l'arbitrage, en s'inspirant largement de la loi type de la CNUDCI⁴⁹⁹. Cependant, l'art. 1718 du Code judiciaire qui prévoit que : « *les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale* » ne fait pas partie de la loi-type⁵⁰⁰. Malgré la

⁴⁹⁵ CPC, préc., note 52, art.1522. Cet article dispose que : « par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation [...] ». Sur la renonciation du recours en annulation consacrée à l'article 1510 C.p.c. français, voir Gaillard et de Lapasse, « commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage » (2011) 2 Cahiers de l'arbitrage 263 aux par.116-120.

⁴⁹⁶ PIERRE. LALIVE, préc., note 100.

⁴⁹⁷ J. C. F. ROZAS, préc., note 498.

⁴⁹⁸ Dans la pratique, cependant, ce n'est qu'une possibilité que l'on offre aux parties quand il s'agit d'affaires éminemment internationales et pourvu que la volonté de renonciation au recours soit claire et déterminée; voir arrêt du Tribunal fédéral du 9 avril 1991, Rev. Arb., 1991, p. 709, avec note Y. Tschanz.

⁴⁹⁹ Jean-Matthieu JONET, « La réforme du droit Belge de l'arbitrage: Une nouvelle transposition de la loi Type de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international », 2013, vol.3 n°2.

⁵⁰⁰ Code judiciaire civil belge, art.1718.

réforme, le législateur belge a jugé « opportun » de conserver cette disposition du droit antérieur.

Ainsi, la nouvelle disposition du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage accorde une plus grande place à l'autonomie des parties et confère un caractère définitif à la sentence arbitrale dès son prononcé⁵⁰¹. Le professeur Gaillard souligne que : « Dans une telle hypothèse [c'est-à-dire, lorsque les parties ont exclu la faculté d'exercer un recours en annulation à l'encontre d'une sentence rendue en France], le contrôle des juridictions françaises n'interviendra que si une partie souhaite voir la sentence exécutée en France. On ne saurait dire plus clairement que, même lorsqu'il se déroule en France, l'arbitrage n'entre en contact avec l'ordre juridique français que lorsqu'une partie cherche à bénéficier de la force publique française pour assurer l'exécution de la sentence arbitrale. Avant ce moment, l'arbitrage était sous la seule dépendance de la volonté des parties, le législateur français ne faisant qu'offrir son soutien à un mécanisme de règlement de différends qu'il estime légitime, sans que ce soutien puisse être confondu avec une quelconque volonté d'immixtion dans un processus qui demeure, avant l'exécution forcée, purement privé⁵⁰². »

Dans cette même optique, Madame Jennifer Kirby explique que la partie ayant renoncé à son droit de demander l'annulation d'une sentence arbitrale pourra tout de même s'opposer à une demande de reconnaissance et d'exécution de cette sentence en France⁵⁰³. En effet, les droits français, Suisse et Belges ouverts à cette possibilité, ont mis en œuvre de nouvelles procédures pour dissuader les plus récalcitrants de s'adonner à des manœuvres dilatoires. Cette renonciation à faire appel au juge étatique démontre que ces systèmes sont favorables à l'investiture du pouvoir de l'arbitre; elle démontre la primauté du pouvoir de l'arbitre. Cela n'est-il pas synonyme de renversement du pouvoir exclusif du juge étatique au profit de l'arbitre?

⁵⁰¹ Y. FORTIER, préc., note 491.

⁵⁰² GAILLARD ET DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage » (2011) 2 Cahiers de l'arbitrage 263 au para. 116-120.

⁵⁰³ Y. FORTIER, préc., note 491.

Par ailleurs, cette renonciation permet de constater que la promotion de l'arbitrage envahit progressivement le contrôle de la sentence et, surtout, en matière d'arbitrage interne. Ceci décline l'intervention du juge au second rang si les parties n'y renoncent pas. Cependant, certaines juridictions restent jusqu'à présent très timides sur la question. C'est notamment le cas du Québec⁵⁰⁴, contrairement à l'Ontario, où les tribunaux ont reconnu cette possibilité aux parties sans toutefois que cette reconnaissance soit prévue expressément dans la loi⁵⁰⁵.

B. La position du droit de l'arbitrage québécois sur la possible renonciation du recours en annulation : l'art. 622 al.3 C.p.c.

Au Québec, les parties ne peuvent renoncer à certains droits. Ces derniers sont dits indisponibles, car ils ne sont pas laissés à la libre disposition des parties. C'est le cas du recours contre la sentence arbitrale, autrement dit le recours en annulation⁵⁰⁶. Par exemple, le fait que la partie perdante ne présente pas de recours en annulation dans le délai de trois (3) mois suivant la signification de la sentence arbitrale pourrait être perçu comme une renonciation à son droit de recours. Toutefois, c'est une renonciation implicite qui n'exempte pas la partie perdante de l'exécution de la sentence.

De manière générale, les dix provinces ainsi que les trois territoires ont adopté leur propre loi sur l'arbitrage commercial international en incorporant généralement la Loi type en annexe ou en la reproduisant dans le corps de la loi provinciale⁵⁰⁷ « à des degrés parfois variables »⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Au Québec, tant les dispositions du C.p.c. relative à l'annulation des sentences arbitrales (art. 648 et suiv.) que celles relatives à l'homologation des sentences arbitrales (art. 646 et suiv.) sont péremptoires : les parties ne peuvent y renoncer par convention.

⁵⁰⁵ Dans l'affaire *Noble China Inc. c. Lei*, (1998) 42 OR (3d) 69, la Cour supérieure de l'Ontario a jugé que ni l'*International Commercial Arbitration Act* de l'Ontario, ni la Loi type, n'empêchait les parties de renoncer contractuellement à leur droit de demander l'annulation d'une sentence arbitrale.

⁵⁰⁶ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 622 al.3.

⁵⁰⁷ Voir par exemple : Alberta - International Commercial Arbitration Act, RSA 2000, c I-5; Colombie-Britannique - International Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, C 233; Île-du-Prince-Édouard - International Commercial Arbitration Act, RSPEI 1988, c I-5; Manitoba - The International Commercial

Toutefois, au Québec, le législateur a préféré inclure les principaux éléments de la Loi type au Code civil du Québec ainsi qu'au Code de procédure civile en prenant la précaution de mentionner que ces dispositions doivent s'interpréter en tenant compte s'il y a lieu de la Loi type lorsqu'il s'agit « d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra provincial ou international⁵⁰⁹ ». Si l'on se réfère à la Loi type, aucune disposition ne laisse entrevoir la possibilité pour les parties de renoncer au recours en annulation, et ce, même par une clause dans leur convention d'arbitrage.

En outre, l'article 622, alinéa 3, du Code de procédure civile vise à éviter les débats stériles sur la validité des dispositions conventionnelles qui viendraient à déroger à certains principes directeurs de la procédure ou à ceux de la notification, ou encore limiter le droit des parties de s'adresser aux tribunaux judiciaires lorsque le code le permet, comme c'est le cas, par exemple, aux articles 623⁵¹⁰ et suivants. En effet, l'article 622 al.3 précité énonce les limites à la liberté contractuelle des parties à l'égard d'un processus arbitral régi par le droit québécois. D'abord, il affirme que les questions relatives à la compétence des tribunaux judiciaires en matière d'arbitrage relèvent en exclusivité du législateur et, par voie de conséquence, que les parties ne peuvent y déroger⁵¹¹. Autrement dit, les conditions d'intervention du juge étatique sont prévues par le législateur et les parties ne peuvent demander au juge étatique de poser des actions contraires à celles prescrites dans le Code de procédure civile. Elles ne peuvent donc convenir d'exclure contractuellement un recours expressément prévu. Cette disposition rend

Arbitration Act, CCSM c C151; Nouveau-Brunswick - International Commercial Arbitration Act, SNB 2011, c 176; Nouvelle-Écosse - International Commercial Arbitration Act, RSNS 1989, c 234; Ontario - International Commercial Arbitration Act, RSO 1990, c I.9; Saskatchewan - The International Commercial Arbitration Act, SS 1988-89, c I-10.2; Terre-Neuve-et-Labrador - International Commercial Arbitration Act, RSNL 1990, c I-15; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut - International Commercial Arbitration Act, RSNWT 1988, c I-6; Yukon - International Commercial Arbitration Act, RSY 2002, c 123.

⁵⁰⁸ Bien que les lois provinciales se soient inspirées de la Loi type, elles s'en écartent parfois : voir F. Bachand, préc., note 9, aux n^{os} 9, 27 et 236 et suiv.

⁵⁰⁹ L. CHAMBERLAND et al., préc., note 44, art. 649 al.1.

⁵¹⁰ L'article 622.3 C.p.c. dispose que : « Les parties ne peuvent par leur convention déroger aux dispositions du présent titre qui déterminent la compétence du tribunal, ni à celles concernant l'application des principes de contradiction et de proportionnalité, le droit de recevoir notification d'un acte ou l'homologation ou l'annulation de la sentence arbitrale. »

⁵¹¹ *Id.*, commentaire de P. Dalphond sous l'article 622, p. 2469.

donc sans effet la stipulation qui exclut la possibilité de s'adresser au tribunal judiciaire lorsque le Code le prévoit. Telle est l'interprétation suggérée dans les commentaires de la ministre de la Justice⁵¹². Cette restriction assure une uniformité des pratiques québécoises en ces matières avec la Loi type, qui n'empêche certainement pas les parties de renoncer à leur droit, de même qu'elle n'empêche pas le législateur de légiférer en ce sens pour son droit interne⁵¹³.

Par conséquent, la possibilité pour les parties de convenir à une clause qui exclurait au préalable le recours en annulation est interdite au Québec, car le recours en annulation est le seul recours possible contre la sentence arbitrale, qui permet de protéger les droits de la partie défenderesse⁵¹⁴.

⁵¹² *Id.*, Commentaires de la ministre de la justice sous l'art. 622 al.3 au para 3 Pp- 2821.

⁵¹³ *Noble China Inc. c. Lei*, préc., note 513.

⁵¹⁴ *Id.*, art.648

Conclusion générale

Au départ de notre étude, la problématique principale de recherche avait été ainsi libellée : « *le rôle et la place du juge étatique dans un arbitrage commercial international* » Cette étude a conduit selon la précompréhension que nous avons eu à l'évolution de l'arbitrage, des rapports entre le juge et l'arbitre et des problèmes liés aux compétences attribuées au juge et à l'arbitre dans le déroulement d'un arbitrage international. Ces problèmes liés aux rapports qu'entretiennent le juge et l'arbitre vont-ils être réglés suite aux réformes en droit de l'arbitrage récemment mises en vigueur? Il s'agit de la réforme en 2015 du Code de procédure du Québec portant sur l'arbitrage, du décret du 13 Janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage⁵¹⁵.

On a souligné au début de notre étude que le recours à l'arbitrage revêt une popularité grandissante. L'arbitrage partage avec le pouvoir judiciaire la mission de trancher les différends entre les justiciables. Le pouvoir judiciaire a pour mission de rendre la justice; juger est un moyen de faire régner la paix entre les hommes, c'est donc une fonction primordiale de l'État. Mais celui-ci n'en a pas le monopole absolu. Les parties peuvent, par convention, recourir à l'arbitrage c'est-à-dire remettre la solution de leur différend à des personnes privées. D'où l'importance de lever les doutes et les incompréhensions sur les rapports entre l'arbitre et le juge, sur la place de l'intervention des tribunaux étatiques dans la procédure.

De plus, les réformes précitées ci-dessus ont permis d'asoir une structure organisationnelle en matière de pouvoirs et de compétence entre le juge et l'arbitre. Pour répondre à notre problématique sur la question de la place et des rapports existants entre le juge et l'arbitre, nous croyons que le juge tient un rôle secondaire et souvent facultatif dans la procédure d'arbitrage. Malgré, cette place de choix, il n'en demeure pas moins important et nécessaire

⁵¹⁵ Réforme du Code de procédure du Québec portant sur l'arbitrage en 2015, du décret du 13 Janvier 2011, préc., note 7.

dans les cas où la procédure ne se déroule pas normalement. Autrement, dit en cas de difficultés rencontrées par les parties d'une part, et d'autre part, en cas d'obstacles pouvant mettre en péril la mission de l'arbitre. Ces réformes ayant entrepris de faire la promotion de l'arbitrage, et d'intensifier l'indépendance des arbitres vis-à-vis des tribunaux judiciaires (le juge), ont consacré le principe de la non-compétence des tribunaux judiciaires devant une convention d'arbitrage valablement constituée. Ce principe se heurtant à plusieurs exceptions⁵¹⁶, ouvre la voie à une possible intervention du juge dans la procédure arbitrale⁵¹⁷. Cette possible intervention du juge dans une procédure qui est sensée l'y exclut, se fonde sur la liberté contractuelle des parties.

Du point de vue des valeurs philosophiques au Québec, la question de la liberté peut être perçue comme l'enjeu majeur. En tout temps, l'expression de cette liberté au niveau où la situe le droit sera recherchée et mise en lumière. Cette liberté va d'ailleurs conduire pour l'essentiel, le rôle du juge dans le droit de l'arbitrage. À cette liberté chère au processus arbitral va aussi s'adjoindre un ensemble de valeurs qui du reste, lui sont corollaires. Il est question essentiellement des valeurs d'indépendance et d'impartialité des acteurs qui arbitrent le litige, des valeurs d'égalité et de confiance, le tout dans un esprit qui tend à consacrer la valeur de l'efficacité. Le choix d'une partie sur la personne d'un arbitre ne saurait même corrompre une telle exigence.

En ce qui concerne le partage de compétence entre l'arbitre et le juge dans le domaine des mesures provisoires et conservatoires, il faut retenir initialement que la compétence a été donnée à l'arbitre. En effet, la réforme du Code de procédure québécois a renforcé les pouvoirs et la compétence de l'arbitre en matière de mesures provisionnelles et de sauvegardes et le tribunal étatique ne peut l'en dépouiller. Un arbitre peut prononcer des ordonnances de sauvegarde tant que celles-ci sont en lien avec le mandat qui lui a été attribué. Par conséquent,

⁵¹⁶ L'urgence comme première exception à cette règle.

⁵¹⁷ L'intervention du juge en matière d'arbitrage couvre à la fois la procédure arbitrale (constitution du tribunal, remplacement d'arbitres, prorogation du délai d'arbitrage...) et le contrôle et l'exécution des sentences arbitrales (les différentes voies de recours et éventuellement les demandes en interprétation et en rectification).

l'arbitre a excédé sa compétence en prononçant une mesure de sauvegarde visant des tiers, non parties au différend. C'est avec ce bémol que le tribunal (le juge en son cabinet) pourra intervenir si l'urgence le requiert ou sur demande des parties et de l'arbitre. Comprendons ainsi, l'évolution des rapports conflictuels de ces deux institutions en rapports fusionnels et complémentaires. Ce partage de pouvoirs entre le juge et l'arbitre est sur la bonne voie dans le sens où le juge intervient comme le bras armé de l'arbitrage dans les situations qui le requièrent. Il reste disponible pour porter assistance à la procédure arbitrale. Son rôle est tout aussi important que celui de l'arbitre mais il n'en demeure pas moins que l'arbitre reste le principal acteur de l'arbitrage. En dépit de ses formes variées, l'intervention du juge en matière d'arbitrage a une portée limitée. D'une part, c'est l'arbitre qui statue sur le fond du litige en présence d'une convention d'arbitrage. Celle-ci dessaisit le juge. D'autre part, le droit de l'arbitrage se développe dans un sens favorable à l'arbitre qui est habilité de plus en plus à disposer des pouvoirs nécessaires à l'instruction, à prendre les mesures conservatoires afin de garantir son indépendance vis à vis à la fois des juges étatiques et des dispositions légales et cela peut engendrer des réflexions sur un sujet très important notamment l'impact de la loi sur la procédure arbitrale.

D'un autre côté, le processus d'annulation de la sentence arbitrale a aussi permis de comprendre que lors de l'instance en annulation, le juge agit en exclusivité. A ce niveau de la procédure, bien que le juge ne partage pas sa compétence avec l'arbitre, il n'en demeure pas moins qu'il agit de façon subsidiaire. En effet, dans la majorité des cas, les parties entament rarement une procédure d'annulation car les arbitres sont choisis surtout pour leurs qualifications dans le domaine en litige. En d'autres mots, même si le juge intervient son contrôle est maintenant restreint en vertu de l'article 648 C.p.c.⁵¹⁸. Concernant les fonctions des autorités d'annulation de la sentence arbitrale, elles sont de dimensions administrative et juridictionnelle. On a pu se rendre compte que si les fonctions administratives sont en réalité de nature conservatoire, la fonction juridictionnelle est celle qui fondamentalement peut autoriser l'annulation d'une sentence arbitrale. Ces fonctions sont importantes dans la mesure

⁵¹⁸ C.p.c., préc., note 7, art. 648

où elles permettent de procéder au bon déroulement du processus arbitral et de surmonter un certain nombre d'obstacles. Cet aspect de la question a pu être relié aux pouvoirs des autorités consultées en la matière. L'une des questions importantes sur laquelle pourrait nous projeter notre étude, en plus de celle évoquée plus haut, serait de savoir si l'arbitre peut être perçu comme un juge? Cette préoccupation soulève en réalité l'étendue de la fonction de juridictionnelle de l'arbitre au Québec? La tendance qui se dégage de cette problématique est l'appréhension de la crédibilité de la sentence arbitrale. Autrement dit, le caractère impartial et neutre de la sentence arbitrale. Par ailleurs, même si l'arbitre peut être appréhendé comme un juge pour d'autres questions, mais sa mission d'arbitre demeure, donc il reste un arbitre. Cette problématique pourrait être une source de controverses culturelles, économiques, politiques et même sociales. En effet, l'origine conventionnelle de la mission confiée à l'arbitre est l'argument principal retenu par ceux qui refusent à l'arbitre la qualité de juge, en ne prenant en considération que le seul consentement des parties comme fondement de la désignation et de la mission de l'arbitre. Est-il possible de nier à l'arbitre la qualité de juge?

BIBLIOGRAPHIE

Législations et traités

- *Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage OHADA, adopté le 11 mars 1999 et paru au journal OHADA n°08 du 15 Mai 1999*
- *Article 26(1) des Swiss Rules dans le règlement de l'Institution allemande)*
- *Article 20(1) du règlement du CEPANI.*
- *Article 27(1) dans le règlement du Centre d'arbitrage international de Vienne.*
- *Commission des nations unies pour le droit du commerce international (la Loi type de la CNUDCI) du 21 juin 1985 sur l'arbitrage commercial international.*
- *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, le 21 avril 1961.*
- *Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.*
- *DARGENT, L. et P. CALLÉ, Code de procédure civile 2017, annoté, 108^e éd., France, Dalloz, 2017.*
- *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage NOR: JUSC1025421D*
<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo/texte>
- *DERRUPPÉ, J. et J.-P. LABORDE, Droit international privé, 17^e édition, Paris, Dalloz, 2011.*
- *MOORE, B., É. M. CHARPENTIER, S. LANCTÔT, A. ROY, J. BIRON, M. CACHECHO et S. BARRERE, Code civil du Québec : annotations, commentaires..., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016.*
- *International Commercial Arbitration Act, RSA 2000, Alberta, c I-5; Colombie-Britannique – International Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, C 233; Île-du-Prince-Édouard - International Commercial Arbitration Act, RSPEI*

1988, c I-5; Manitoba - *The International Commercial Arbitration Act*, CCSM c C151; Nouveau-Brunswick - *International Commercial Arbitration Act*, SNB 2011, c 176; Nouvelle-Écosse - *International Commercial Arbitration Act*, RSNS 1989, c 234; Ontario - *International Commercial Arbitration Act*, RSO 1990, c I.9; Saskatchewan - *The International Commercial Arbitration Act*, SS 1988-89, c I-10.2; Terre-Neuve-et-Labrador - *International Commercial Arbitration Act*, RSNL 1990, c I-15; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut - *International Commercial Arbitration Act*, RSNWT 1988, c I-6; Yukon - *International Commercial Arbitration Act*, RSY 2002, c 123.

- *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, LRC 1985, c C-44, consulté le 2019-05-03.
- *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, 2006, c. p-40.1, art. 11.1.

Jurisprudences

- *Asher Investment c. Mitelman*, EYB 2004-52197
- *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.*, [1997] 1 R.C.S. 5
- *Caisse populaire Desjardins de Saint-Eustache / Deux-Montagnes c. Groupe Newtech International inc.* [2003] C.A
- *Carpenter c. Soudure Plastique Québec inc.*, CanLII 2019 QCCS 321 <http://canlii.ca/t/hxcgg>
- *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888, EYB 2008-133246
- *Commission scolaire Crie (The Cree School Board) c. Fortier*, [1997] R.J.Q. 1625 (C.S.)
- *Committee for Justice & Liberty c. Canada (National Energy Board)*, [1976] R.C.S. 369
- *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, 2003 CanLII 35834 (C.A.)

- *Compagnie d'assurance Standard Life c. Fagan*, REJB 2004-61610 (C.A)
- *Compagnie d'assurances Standard Life du Canada c. Lavigne*, CanLII 2008 QCCA 516, <http://canlii.ca/t/1w4hr>
- *Condominiums Mont St-Sauveur c. Les Constructions Serges Sauvé Ltée*, 1991, CA
- *Crevette du Nord Atlantique inc. c. Conseil de la première Nation malécite de Viger*, 2012 QCCA 7;
- *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34
- *Décarel Inc. c. Concordia Project management Ltd.*, [1996], 484, C.A.;
- *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998], C.A.
- *Desbois c. Industries A.C. Davie inc.*, [1990], 90-994 C.A
- *Desjardins c. Desjardins*, 2006 QCCS 6292;
- *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*, 2011 QCCS 3767;
- *Eastern Furniture Ltd c. Syndicat national du meuble de Victoriaville et d'Arthabaska inc.*, [1950] B.R. 799
- *Exploration minière A-Pri-Or Inc. c. Ressources Étang d'or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (Cour supérieure) et *Régie de l'assurance-maladie c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (C.A.)
- *Frydman c. L'Oréal le 9 avril 1992*
- *India-Canada Organization inc. c. India-Canada Organization ICO*, 2014 CS 3249
- *Joli-cœur c. Joli-cœur Lacasse Avocats*, s.e.n.c.r.l., 2011 QCCA 219
- *Kendrick c. Merling*, C.S. 1992, AZ-92021364
- *Lac d'amiante du Québec ltée c. Lac d'amiante du Canada ltée*, CanLII, 1999 13499, C.A

- *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, REJB 2000-18713
- *Le Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. l'Université du Québec à Trois-Rivières*, [1993] 1 R.C.S. 471
- *Lebeau c. American federation of labor and congress of Industrial Organisations, AFLCIO*, 2007 QCCQ
- *Mofo Moko c. EBay Canada Ltd.*, 2013 QCCA
- *Morneau c. Balian, c. A.E./P.C.* 2007-5162 (C.A.);
- *Natrel inc. c. F. Berardini inc.* 1995 SOQUIJ AZ-95011377;
- *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2010 AZ-50698465, 2242, C.A.;
- *Ouellet c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanessa*, 2005 C.S.;
- *Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, [1998] R.J.Q. 5 C.A.;
- *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, 2010 QCCA 2269
- *Robitaille c. Centre Rail-Control Inc.*, J.E. [2001] 1153, C.S
- *Saint-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote inc.*, [1983] R.D.J. 583 (Cour d'appel)
- *Leisure Products Ltd. c. Funwear Fashions Inc.*, C.S. Montréal, J.E. 88-1394
- *S.A.S. CDR créances c. Tapie*, Cour d'appel de Paris, première Chambre, [2015]
- *Société minière Louvem inc. c. Aur Resources inc.*, AZ-90021114 J.E. 90
- *Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988], R.C.S. 564
- *oT. (v.) ès qualités c. Lemay*, 2004 QCCS 5637;
- *Télébec ltée c. Société Hydro-Québec*, AZ-97021433 106
- *Telus Mobilité c. Comtois*, 2012 QCCA 170;

- *THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissement inc.*, 2011 QCCA 2344
- *Yunes c. Garland Canada Inc.*, C.S. 2004
- *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983], R.C.S. 529.
- *9088-9593 Québec inc. c. 9077-0710 Québec inc.*, 2018 CanLII QCCQ 5957, <<http://canli.ca/t/htn05>>.
- *9133-0902 Québec inc. c. Agropur Coopérative* 2016 QCCS 2457;

Doctrines

1. Monographies et thèses

- AZZALI, S. et FRANCARBI (dir.), *L'arbitre international et l'urgence ; [colloque international organisé ... à Milan par Francarbi ...]*, coll. Arbitrage, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- Vera Arcangeli, *les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au canada*, thèse de doctorat, Montréal, université de Montréal, faculté de droit, 2000.
- BACHAND, F., *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 446, Paris, LGDJ, 2005.
- BAHMAEI, M.-A., *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : droits français, anglais et suisse*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 370, Paris, L.G.D.J, 2002.
- BARIN, B. ET M.-C. RIGAUD, *L'arbitrage consensuel au Québec : recueil de jurisprudence*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 3^e éd., 2012.

- CHAMBERLAND, L. et Al., *Le grand collectif : Code de procédure civile : commentaires et annotations, volume 2*, Éditions Yvon Blais, 2016.
- CLAIRE CARRIER et HUBERT REID, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 34e éd., coll. Alter Ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.
- THOMAS CLAY., *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001 ; *L'appui du juge à l'arbitrage*, coll. Cahiers de l'arbitrage, n° 2, 2011.
- THOMAS CLAY, *L'appui du juge à l'arbitrage*, 2^e éd., Paris, Cahiers de l'arbitrage, 2011, P.331.
- CREPIN, S., *Les sentences arbitrales devant le juge français*, tome 249, coll. LGDJ, 1995.
- FLORES PATIÑO, A., *La compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial*, Université de Montréal, Montréal : Université de Montréal, 2006.
- FORTIER, Y., *La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vue d'Outre-Atlantique*, Paris, 2011, p. 17.
- JARROSSON, CHARLES., *Réflexions sur l'impérium*, Paris, 1991, p. 245.
- JEAN DERRUPPÉ et JEAN-PIERRE LABORDE, *Droit international privé*, 17^e édition, Paris, Dalloz, 2011, P.183
- JEAN-LOUIS BAUDOIN et YVON RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 22^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2019.
- JEAN ROBERT, *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, 6e éd. ent. réf., Paris, Dalloz, 1993.
- JEAN-MATTHIEU JONET, « La réforme du droit Belge de l'arbitrage : Une nouvelle transposition de la loi Type de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international », 3-2 2013
- KOUASSI, F. C., *L'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace OHADA : une approche comparée*, mémoire, Québec, Université de Sherbrooke.

- Karim Vincent, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, Para. 2062-2065, P. 859; en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/114/1320381646>>.
- NAJIB, M. E. M., *L'intervention du juge dans la procédure arbitrale*, thèse de doctorat, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2016.
- PIERRE. LALIVE, J-F. POUDRET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne, Éd. Payot, Lausanne, 1989.
- PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, BERTHOLD GOLDMAN, AS *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- Philippe DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire : arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 2000.
- POUDRET, J.-F. et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, Schutlhess Médias Juridiques Sa, 2002.
- RACINE, J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, coll. bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1999.
- ROZAS J. C. F., *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, 214 apr. J.-C.n
- MÉLANIE SAMSON ET CATHERINE BÉLANGER « La méthode systématique », *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon*, Faculté de droit-université Laval, 2017.3.

2. Articles de revue et études dans ouvrages collectifs

- BÉCHARD, D., « Homologation et annulation de la sentence arbitrale », dans

Développements récents en arbitrage civil et commercial, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, Québec, 1997, p. 130.

- BESSON, S., *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, coll. Études suisses de droit international ; Schweizer Studien zum internationalen Recht, v. 105, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
- FRÉDÉRIC BACHAND, « Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant », (2004) *La Revue du Barreau*, tome 64 *Barreau du Québec*, en ligne : <https://edoctrine.cajj.qc.ca/revue-du-barreau>; (consulté le 1 octobre 2019).
- STÉPHANIE CARTIER, « L'arbitrage international au Québec : ordre public interne ou ordre public international ? », (1998) 11-1 *Revue québécoise de droit international* 229-261, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/rqdi> (consulté le 3 octobre 2019).
- CHANAIS, C. ET C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », 2014.61.
- CHEVALIER, P., « Le nouveau juge d'appui », dans *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions.
- CLAUDE EMMANUELLI, *Étude comparative sur le droit international privé au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2019,
- COHEN, D., « Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ? », dans *Cahiers de l'arbitrage*, n° 1, 2012, p. 159.
- DUPREY, P., « Présentation du nouveau décret sur l'arbitrage, l'arbitrage : Principes et pratiques », 2011.
- GAGNON, J.-D., « La convention d'arbitrage : les arbitres ou la cour ? », 2020.69.3.
- GARA, Noureddine., « Les difficultés de constitution du tribunal arbitral », dans *Actes du colloque organisé à Tunis les 25 et 26 avril 2013 à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage*, Tunis, Éditions A.

Pedone, 2013, p. 63.

- Magali Fournier, « Les injonctions Mareva », *Barreau du Québec - Service de la formation continue* 2006, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2006/2119125281>>
- JARROSSON, C., « Le juge et l'instance arbitrale : le juge, l'arbitre et la preuve en droit français », dans *L'arbitre et le juge étatique*, section 14, Belgique, Bruylant, 2014, p. 482.
- JARROSSON, Charles. et PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. Arb.* 2011.34.
- LOQUIN, E., « Le juge et l'arbitre », dans *Actes du colloque organisé à Tunis les 25 et 26 avril 2013 à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage*, Tunis, Éditions A. Pedone, 2014, p. 19.
- MIGNARD, J.-P. et B. HUET, « Le caractère non suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur, exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure contradictoire », 2013.250.10.
- OPPETIT, Bruno., « Philosophie de l'arbitrage », *J.D.I* 1993.811., « Justice Étatique et justice arbitrale », dans *in études offertes à P. BELLET*, Litec, p. 416.
- PRUJINER, Alain., « La compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec », (1999) 12-2 *Revue québécoise de droit international* 80-98.
- PRUJINER, A. et N. ANTAKI, « L'exécution des sentences arbitrales internationales au Québec », dans *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur, 1986, p. 300.
- RACHIDI, Nabil., « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », dans *Actes du colloque organisé à Tunis les 25 et 26 avril 2013 à l'occasion du vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage*, Tunis, Éditions A. Pedone, 2013.

- REINER, A. (dir.), « L'urgence après la constitution du tribunal arbitral », dans *L'arbitre international et l'urgence ; [colloque international organisé ... à Milan par Francarbi ...]*, coll. Arbitrage, n° 5, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- SALETTI, A., J. van COMPERNOLLE et J.-F. van DROOGHENBROECK, *L'arbitre et le juge étatique : Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Primento, 2014.
- Isabelle, VENDETTE, « L'évolution de l'arbitrage québécois et les modifications suggérées par le projet de loi 28 : avancée ou illusion ? », (2013) 3-2 Rev. arb. Med.

Dictionnaires et Ouvrages généraux

- <https://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php>, consulté le 12-03-2018
- HILARION ALAIN BITSAMANA, 3e édition, Paris, L'Harmattan, 2015, v° « Dictionnaire OHADA », D-05-33 Ohadata.
- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur.
- PRUJINER, A. *Validité et efficacité des conventions d'arbitrage*, Cours de perfectionnement du notariat, 1995.

