

Université de Montréal

Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de *public policy* comme moyens de contrôle  
de l'arbitrage commercial international au Canada

par

Vera Arcangeli

Faculté de droit

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

Novembre 1999

©Vera Arcangeli 1999



AZBD  
U54t  
2000  
v. 024

(mirrored text)

(mirrored text)

(mirrored text)

(mirrored text)

(mirrored text)

(mirrored text)



(mirrored text)

Université de Montréal

Faculté des Études Supérieures

Cette thèse intitulée

Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle  
de l'arbitrage commercial international au Canada

Présentée par

Vera Arcangeli

A été évaluée par un jury composée des personnes suivantes :

: Président de jury *Guy Cefkure*  
: Directeur de thèse *Gerald Goldstein*  
: Membre de jury *Jeffrey Talpis*  
: Membre de jury  
: Membre de jury  
*exa. ext. Alain Prujiver*  
*repris. : Jean Luc Bache*

Thèse acceptée le 26/09/2000

## SOMMAIRE

L'examen de l'intervention des notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de *public policy* comme moyens de contrôle sur l'arbitrage dévoile un aspect particulièrement révélateur de l'ampleur de la révolution qui a eu lieu au Canada en matière d'arbitrage commercial international, après la réforme de 1986.

Afin de dégager la position canadienne, l'interprétation des notions d'arbitrabilité d'ordre public et de *public policy*, le rapport entre elles, les fonctions qui leur sont attribuées sont d'abord analysées à la lumière de la Convention de New York de 1958 et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. puis mis en perspective par une approche comparative.

Cette démarche permet d'apprécier les développements qui ont marqué l'ensemble de la matière au niveau international, et plus spécifiquement, ceux qui ont caractérisé, dans les dernières quatorze années, la mise en œuvre de la réforme au Canada. Elle permet, en particulier, d'indiquer les problèmes qui se posent lors de l'application de cette réforme et de suggérer des solutions.

Parmi ces problèmes, plusieurs sont liés à l'ambiguïté qui semble entourer encore la notion d'arbitrabilité, notion qui ne devrait plus apparaître comme distincte de l'ordre public dans les textes législatifs canadiens sur l'arbitrage commercial international. En effet, au Canada, de même qu'en droit comparé, l'identification de l'arbitrabilité avec l'ordre public juridictionnel est indéniable.

L'élargissement énorme de la compétence de l'arbitre qui en découle, même dans le cas où l'application des règles imperatives s'impose pour la résolution des litiges, ne peut que déplacer l'accent du contrôle préliminaire sur la convention d'arbitrage au contrôle final sur la sentence. Ce phénomène est essentiellement positif.

Pourtant il ne faut pas oublier que les intérêts mis en jeu par l'arbitrage sont nombreux et parfois fortement contradictoires. Le pouvoir et le devoir de l'État d'administrer la justice et l'intérêt de la société à ce qu'il s'en acquitte correctement (surtout lorsqu'il s'agit de la protection des parties contractuellement plus faibles et du respect de l'ordre public législatif) peuvent s'opposer, à la fois, à la nécessité d'une pleine reconnaissance de l'autonomie contractuelle des justiciables et aux exigences plus générales du commerce international.

L'examen de la position adoptée par les tribunaux canadiens et québécois permet d'apprécier le fragile équilibre réalisé entre ces intérêts et d'établir dans quelle mesure se sont finalement stabilisées les forces nées de la réforme des législations canadiennes en matière d'arbitrage commercial international.

## Table des matières

Sommaire.....	i.
Table des matières.....	ii.
Plan.....	iii à xi
Abréviations.....	xii à xvii
Dédicace.....	xviii
Remerciements.....	xix
Glossaire.....	xx à xxi
<i>Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada.....</i>	<i>1 à 505</i>
Sources documentaires.....	i à liv

**LES NOTIONS D'ARBITRABILITÉ, D'ORDRE PUBLIC ET DE *PUBLIC POLICY* COMME MOYENS DE CONTRÔLE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL AU CANADA.**

Introduction générale.....	1
Première Partie - Les sources canadiennes du droit de l'arbitrage commercial international et leur domaine d'application.....	12
Titre 1 - Les sources internationales du droit canadien de l'arbitrage commercial international.....	14
Chapitre 1 - Le domaine d'application de la Convention de New York de 1958 et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	15
Section 1 - La Convention de New York de 1958 - Généralités.....	15
Section 2 - La loi-type de la C.N.U.D.C.I - Généralités.....	17
Section 3 - Le domaine d'application de la Convention de New York et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	20
Par. 1 - L'arbitrage commercial.....	21
A - L'article I (3) de la Convention de New York - la réserve de commercialité.....	21
B - La qualification de <i>commercial</i> d'après la loi-type.....	23
Par. 2 - Les sentences étrangères et l'arbitrage international dans les sources canadiennes internationales de l'arbitrage commercial.....	24
A - Les <i>sentences arbitrales étrangères</i> selon l'article I (1) de la Convention de New York.....	26
B - La qualification d' <i>arbitrage international</i> dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I.....	28
Conclusion du premier chapitre.....	34
Chapitre 2 - La procédure de contrôle sur la convention et sur la sentence arbitrale dans les textes canadiens de source internationale.....	35
Section 1 - Le contrôle sur la convention et la sentence arbitrale dans la Convention de New York.....	35
Par. 1 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage - l'article II de la Convention de New York.....	35
Par. 2 - Le contrôle sur la sentence arbitrale - l'article V de la Convention de New York.....	39
Section 2 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	42
Par. 1 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage.....	42
Par. 2 - Le contrôle sur la sentence arbitrale.....	45
Conclusion du deuxième chapitre.....	54
Titre 2 - Les sources internes du droit canadien de l'arbitrage commercial international.....	56
Chapitre 1 - Les législations canadiennes antérieures à l'adhésion à la Convention de New York de 1958.....	58
Section 1 - Les juridictions canadiennes de common law.....	58

Section 2 - Le Québec.....	60
Conclusion du premier chapitre.....	63
Chapitre 2 - Les sources actuelles du droit de l'arbitrage commercial international au Canada et leur domaine d'application.....	64
Section 1 - L'adoption de la Convention de New York et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans les juridictions canadiennes - Le domaine d'application des nouvelles législations.....	64
Par. 1 - Le Québec.....	64
Par. 2 - Les juridictions canadiennes de <i>common law</i> . ....	67
Section 2 - La procédure de contrôle sur la convention et la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes.....	71
Par. 1 - Le contrôle sur la convention et la sentence arbitrale au Québec... 72	
A - Le contrôle sur la convention d'arbitrage.....	72
B - Le contrôle sur la sentence arbitrale.....	77
Par. 2 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes de <i>common law</i> . ....	79
A - Le contrôle sur la convention d'arbitrage.....	79
B - Le contrôle sur la sentence arbitrale.....	82
Conclusion du deuxième chapitre.....	84
Chapitre 3 - L'harmonisation du droit canadien de l'arbitrage commercial international et la coordination des décisions étatiques en matière d'arbitrage dans le contexte fédéral canadien. ....	85
Section 1 - La coordination des systèmes et l'efficacité internationale de l'annulation de la sentence au moment de l'exequatur dans une juridiction canadienne.....	88
Par. 1 - Le conflit : nécessité de coordination et nécessité d'exécution. ....	89
Par. 2 - Les solutions possibles.....	93
A - L'application automatique de la loi canadienne plus favorable lors de l'exécution au Canada de la sentence annulée dans son pays d'origine - (article VII de la Convention de New York). ....	94
B - Le refus automatique de reconnaissance et d'exécution de la sentence annulée. L'article 950 du Code de procédure civile du Québec.....	95
C - L'efficacité internationale de la décision d'annulation n'est ni imposée ni exclue <i>a priori</i> . ....	96
1 - La décision d'annulation du tribunal étranger est reconnue uniquement dans certains cas, prévus par le législateur et visant à exclure l'interférence des notions d'arbitrabilité et d'ordre public du pays siège de l'arbitrage - La Convention Européenne de 1961.....	96
2 - La loi reconnaît au tribunal de l'exécution un pouvoir discrétionnaire pour déterminer dans chaque cas l'efficacité internationale de la décision d'annulation - L'article 36 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. et les juridictions canadiennes de <i>common law</i> .....	98
D - Les critères à suivre par le tribunal canadien lors de l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine. Le test posé pas la jurisprudence <i>Morguard</i> . ....	99

Section 2 - La reconnaissance au Canada des décisions (autre que l'annulation), rendues en matière d'arbitrage par un tribunal canadien appartenant à une juridiction différente.....	103
Par. 1 - Reconnaissance des décisions sur la validité de la convention d'arbitrage rendues dans une autre juridiction canadienne.....	104
Par. 2 - Reconnaissance des décisions d' <i>exequatur</i> (ou de refus d' <i>exequatur</i> ) de la sentence arbitrale rendue dans une autre juridiction canadienne.....	107
Conclusion du troisième chapitre.....	110
Conclusion de la première partie.....	113
Deuxième Partie - Le contrôle sur l'arbitrage commercial international par l'intervention de l'ordre public en droit canadien à la lumière du droit comparé. ..	116
Chapitre introductif - L'ordre public, la <i>public policy</i> et l'arbitrage - Généralités.....	117
Section 1 - L'ordre public et la <i>public policy</i> - tentative de définition.....	117
Section 2 - Les fonctions de l'ordre public dans le domaine de l'arbitrage commercial international.....	122
Section 3 - L'application de l'ordre public par les tribunaux et l'évolution de l'arbitrage commercial international.....	126
Par. 1 - L'exception d'ordre public dans l'arbitrage commercial international.....	129
A - L'application de la théorie de l'effet atténué en matière d'arbitrage.....	129
B - L'application de la doctrine germanique de la <i>Binnenbeziehung</i> en matière d'arbitrage.....	132
Par. 2 - L'application directe de l'ordre public du <i>for</i> aux rapports de droit international privé - Les règles d'application nécessaire dans l'arbitrage commercial international.....	135
Par. 3 - Les règles matérielles à but international.....	138
Conclusion du Chapitre introductif.....	141
Titre 1 - L'ordre public dans les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et en droit comparé.....	143
Chapitre 1 - L'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage..	144
Section 1 - Les conditions de validité de la convention d'arbitrage.....	144
Section 2 - L'exécution de la convention d'arbitrage.....	148
Conclusion du premier chapitre.....	151
Chapitre 2 - L'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale - L'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.....	152
Section 1 - La constatation de la violation de l'ordre public au sens international et l'application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958 - examen concret ou examen dans l'abstrait de la violation ? .....	153
Par. 1 - "Examen concret" ou "examen dans l'abstrait" de la violation - l'arrêt français <i>Grands Moulins</i> .....	154
Par. 2 - La constatation de la violation et les règles d'application nécessaire.....	157

Section 2 - Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence en application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.	160
Par. 1 - La non-conformité de la sentence à l'ordre public et l'application l'article V (2)(b) de la Convention de New York tel qu'interprété par la jurisprudence.	161
A - Non-conformité de la sentence à l'ordre public au fond.	161
1 - Comportement illicite des parties.	162
2 - Illicéité intrinsèque de la sentence.	171
B - Violations d'ordre procédural.	176
1 - Les règles d'ordre public au sens international, applicables à la procédure arbitrale.	177
a - La fraude dans la procédure.	177
b - Les règles de base relatives à la charge de la preuve.	181
c - Le principe du contradictoire.	182
d - Le principe de l'égalité des parties.	188
e - Les règles de procédure posées par les parties.	191
2 - Principes confirmés par la jurisprudence comme étant d'ordre public interne.	191
a - Le délai dans lequel l'arbitre doit accomplir sa mission.	192
b - Les règles relatives à la motivation de la sentence arbitrale.	193
Par. 2 - La contrariété de l'exécution de la sentence à l'ordre public.	197
Conclusion du second chapitre.	202
Titre 2 - L'ordre public dans le droit canadien de l'arbitrage commercial international.	204
Chapitre 1 - L'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage dans les juridictions canadiennes.	205
Section 1 - Les conditions de validité de la convention d'arbitrage.	205
Section 2 - L'exécution de la convention d'arbitrage.	209
Conclusion du premier chapitre.	214
Chapitre 2 - L'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes.	215
Section 1 - La constatation de la violation de l'ordre public : "examen concret ou examen dans l'abstrait" de la violation?	215
Par. 1 - Le Québec.	215
Par. 2 - Les juridictions de <i>common law</i> .	218
Section 2 - Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence en application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.	222
Par. 1 - La non-conformité de la reconnaissance la sentence à l'ordre public en application de l'article V (2)(b), tel qu'interprété par la jurisprudence canadienne.	222
A - Violation de l'ordre public au fond - Généralités.	222
1 - Comportement illicite des parties.	222
2 - Illicéité intrinsèque de la sentence.	228
B - Violations d'ordre procédural.	232

1 - Les règles d'ordre public au sens international applicables à la procédure arbitrale. ....	232
a - L'impartialité de l'arbitre et l'égalité des parties. ....	233
b - Le principe du contradictoire. ....	235
2 - Principes confirmés par la jurisprudence comme étant d'ordre public interne. ....	237
Par. 2 - La contrariété de l'exécution de la sentence à l'ordre public. ....	240
Conclusion du second chapitre. ....	243
Conclusion de la deuxième partie. ....	245
Troisième Partie - Le contrôle sur l'arbitrage commercial international par l'intervention de l'arbitrabilité en droit canadien à la lumière du droit comparé. ....	246
Introduction - Délimitation de la notion d'arbitrabilité. ....	247
Titre 1 - L'arbitrabilité dans les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et en droit comparé. ....	249
Sous-titre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public et la loi applicable à l'arbitrabilité dans les textes législatifs internationaux et en droit comparé. ....	251
Chapitre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans la Convention de New York de 1958 et dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	252
Section 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans la Convention de New York de 1958. ....	252
Par. 1 - L'arbitrabilité dans le contrôle sur la convention d'arbitrage. Article II de la Convention de New York. ....	252
Par. 2 - L'arbitrabilité dans le contrôle sur la sentence - Article V (2) de la Convention de New York. ....	253
Section 2 - Le rapport entre l'arbitrabilité et l'ordre public dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	256
Par. 1 - L'arbitrabilité dans la phase de contrôle sur la convention d'arbitrage - Article 8 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	256
Par. 2 - l'arbitrabilité dans la phase de contrôle sur la sentence arbitrale - Articles 34 et 36 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. ....	257
Conclusion du premier chapitre. ....	260
Chapitre 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité d'après les sources internationales du droit de l'arbitrage et en droit comparé. ....	261
Section 1 - La loi applicable à l'examen des limites posées à l'arbitrabilité en fonction de la personne. ....	261
Par. 1 - La Convention de New York. ....	261
Par. 2 - La loi-type. ....	262
Par. 3 - La jurisprudence arbitrale. ....	263
Par. 4 - La réforme législative américaine. ....	267
Par. 5 - La position de la jurisprudence française. ....	268
Section 2 - La loi applicable à l'examen des limites posées à l'arbitrabilité en fonction de la matière. ....	270
Par. 1 - La loi applicable à l'arbitrabilité devant le tribunal étatique. ....	271
A - La loi applicable à l'arbitrabilité selon la Convention de New York. ....	271
1 - L'arbitrabilité comme une question de procédure. ....	272

2 - L'arbitrabilité comme condition contractuelle de validité de la convention d'arbitrage.....	274
B - La loi applicable à l'arbitrabilité suivant la loi-type.....	278
C - La loi applicable à l'arbitrabilité en droit comparé : le recours aux règles matérielles à but international.....	281
1 - Le recours aux règles matérielles à but international.....	281
2 - Combinaison de règles de conflit et de règles matérielles dans la détermination de la validité de la convention d'arbitrage.....	289
Par. 2 La loi applicable à l'arbitrabilité devant le tribunal arbitral.....	292
Conclusion du second chapitre.....	297
Sous-titre 2 - La portée de l'arbitrabilité en droit comparé.....	299
Chapitre 1 - Arbitrabilité et règles impératives : les matières intéressant l'ordre public et les questions intéressant l'ordre public.....	302
Section 1 - L'incompétence de l'arbitre dans l'application des règles impératives.....	302
Section 2 - La reconnaissance de la compétence de l'arbitre à appliquer les règles impératives.....	304
Par. 1 - La position française - Distinction entre les matières intéressant l'ordre public et les questions intéressant l'ordre public.....	304
Par. 2 - La position américaine.....	308
Par. 3 - La reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives et la <i>second look doctrine</i> aux États-Unis et en France.....	314
Conclusion du premier chapitre.....	317
Chapitre 2 - Les critères pertinents dans la détermination des questions qui intéressent l'ordre public - les interdictions expresses et les réserves impératives de compétence.....	318
Section 1 - Les interdictions expresses à l'arbitrage.....	318
Section 2 - Les réserves impératives de compétence.....	321
Section 3 - Règle attribuant une compétence impérative pour l'interprétation d'une norme.....	323
Section 4 - Règle attribuant une compétence impérative pour la décision quant au fond.....	327
Par. 1 - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses trouvant leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir.....	333
A - Arbitrabilité en matière de propriété industrielle.....	333
B - Arbitrage et procédures collectives de faillite.....	338
1 - Les effets de la procédure collective de faillite sur l'arbitrabilité - Généralités.....	338
2 - La position française.....	342
3 - La position américaine.....	344
4 - La position de la jurisprudence arbitrale.....	347
Par. 2 - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses trouvant leur origine dans un acte privé.....	349
Conclusion du deuxième chapitre.....	353

Chapitre 3 - Autres critères traditionnellement utilisés dans la détermination des questions intéressant l'ordre public. ....	356
Section 1 - La libre disposition du droit au fond. ....	356
Par. 1 - Le lien entre compétence de l'arbitre et libre disposition du droit au fond - Généralités. ....	356
Par. 2 - La position française. ....	364
Par. 3 - La position américaine. ....	369
Par. 4 - Un critère alternatif : la nature patrimoniale du droit litigieux. ....	375
Section 2 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal. ....	379
Par. 1 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal, et le principe de l'autonomie juridique (ou de la séparabilité) de la convention d'arbitrage. ....	379
A- Le lien entre le principe de la séparabilité et l'évolution jurisprudentielle dans l'application des règles impératives par l'arbitre. ....	380
B - Cas de non intervention du principe de la séparabilité face à une violation de l'ordre public dans le contrat principal. ....	384
1 - La nullité <i>ab initio</i> du contrat principal pour absence de consentement. ....	385
2 - Illicéité du contrat au fond non soulevée par les parties. ....	386
Par. 2 - Importance pratique de distinguer entre l'inarbitrabilité et le refus d'action comme sanction de l'illicéité du contrat au fond. ....	391
Conclusion du troisième chapitre. ....	394
Titre 2 - L'arbitrabilité dans les textes législatifs canadiens et sa portée jurisprudentielle. ....	396
Chapitre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public et la loi applicable à l'arbitrabilité dans les textes législatifs canadiens. ....	397
Section 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans les textes législatifs canadiens. ....	397
Par. 1 - Le Québec. ....	397
Par. 2 - Les juridictions de <i>common law</i> . ....	400
Section 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité dans les juridictions canadiennes. ....	402
Par. 1 - Les personnes morales étrangères et la loi applicable à l'arbitrabilité <i>ratione personae</i> . ....	403
Par. 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité <i>ratione materiae</i> . ....	404
Section 3 - Questions qui se posent quant à la loi applicable à l'arbitrabilité dans les juridictions canadiennes. ....	406
Par. 1 - Possibilité de décisions contradictoires en matière d'arbitrabilité à l'intérieur de la même juridiction canadienne dans les deux phases de contrôle sur l'arbitrage. ....	407
A - Étendue du problème. ....	407
B - Solutions possibles. ....	408
1 - Possibilité d'appliquer la loi du tribunal dans les deux phases du contrôle. ....	408
2 - Modification des articles 34 (2)(b) (i) et 36 (1)(b)(i) de la loi-type et des articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile du Québec. ....	413

Par. 2 - Détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage, dans la phase du contrôle préliminaire, à défaut d'un choix des parties. ....	416
A - Les juridictions de <i>common law</i> . ....	416
B - L'article 3121 du Code civil du Québec. ....	417
C - Possibilité de conflit entre l'article 3121 du Code civil du Québec et les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile. ....	419
1 - Étendue de problème. ....	420
2 - Solutions possibles. ....	421
a - Modifications aux articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile. ....	421
b - Modification de l'article 3121 du Code civil en raison des articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile. ....	423
c - L'abrogation de l'article 3121 Code civil du Québec. ....	424
Conclusion du premier chapitre. ....	425
Chapitre 2 - La portée de l'arbitrabilité en droit canadien de l'arbitrage commercial international. ....	427
Section 1 - La reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives. ....	427
Par. 1 - Au Québec. ....	427
Par. 2 - Dans les juridictions de <i>common law</i> . ....	432
Section 2 - Les critères pertinents dans la détermination des questions qui intéressent l'ordre public. ....	434
Par. 1 - Les interdictions explicites à l'arbitrage et les réserves impératives de compétence. ....	434
A - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses qui trouvent leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir. ....	437
1 - Réserves de compétence en matière de propriété industrielle. ....	438
2 - Arbitrage et procédures collectives de faillite. ....	440
B - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses qui trouvent leur origine dans un acte privé. ....	443
C - Questions concernant l'interprétation de l'article 3149 du Code civil du Québec. ....	448
1 - Article 3149 du Code civil du Québec : la clause prévoyant l'arbitrage <i>au Québec</i> peut-elle être opposée au travailleur ou au consommateur? ....	449
2 - Jusqu'à quel moment la renonciation à la compétence des autorités québécoises n'est pas opposable au travailleur et au consommateur ? ....	451
Par. 2 - La libre disposition du droit litigieux. ....	453
Par. 3. - La compétence arbitrale en matière de droits dont la disposition est limitée par des règles impératives et la protection du consommateur et du travailleur. ....	456
Par. 4 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal. ....	462
A - Problème d'interprétation de l'article 2639 du Code civil du Québec : une question litigieuse intéresse-t-elle automatiquement l'ordre public lorsque l'ordre public a été violé dans le contrat principal ? ....	463

1 - Le premier alinéa de l'article 2369 du Code civil du Québec et l'intérêt de l'État à appliquer lui-même les sanctions civiles en cas de violation de l'ordre public. ....	468
2 - Modifications possibles pour clarifier la volonté du législateur québécois quant à l'effet de la violation de l'ordre public dans le contrat principal sur l'arbitrabilité.....	471
a - La volonté du législateur est d'exclure la compétence de l'arbitre pour sanctionner la nullité du contrat principal.....	472
b - La volonté du législateur est de reconnaître la compétence de l'arbitre à sanctionner la nullité du contrat principal suivant un examen question par question. ....	472
B - L'illicéité du contrat au fond non soulevée par les parties. ....	475
C - La nullité <i>ab initio</i> du contrat principal et ses effets sur la compétence de l'arbitre. ....	477
Conclusion du second chapitre. ....	481
Conclusion de la troisième partie.....	485
Conclusion générale. ....	490

### Liste des abréviations.

A.C.	Appeal Cases (Royaume-Uni).
[ ] A.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence de l'Alberta.
All E.R.	All England Reports (Royaume-Uni).
Alta.L. Rev.	Alberta Law Review (1955- ).
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law.
Am. U. L. Rev.	American University Law Review.
A.P.R.	Atlantic Provinces Reports.
[ ] A.Q.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence québécoise.
Arb. Int.	Arbitration International.
Arb. J.	Arbitration Journal.
Arb. J. Int. L.	Arbitration Journal of International Law.
[ ] B.C.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence de la Colombie Britannique.
B.C.L.R.	British Columbia Law Reports.
Bkcy	Bankruptcy.
B.L.R.	Business Law Report.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles.
Bus. Lawyer	The Business Lawyer.
C.A.	Cour d'appel.
[...] C.A.	Recueil de jurisprudence du Québec. Cour d'appel (1970-1985).

Cal. App.	California Appellate Reports.
Cal. Rptr.	California Reporter (West).
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review.
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal.
Cass.	Cour de cassation.
C.C.I.	Chambre de Commerce Internationale.
C.de.D.	Cahiers de droits (Un. Laval).
[...] C.F.	Cour fédérale (Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada) (1971-).
Ch.	Chambre (droit civil).
Civ.	Cour de Cassation. Chambre civile.
Clunet	Journal de droit international (J.D.I.).
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International.
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law.
Com	Commerciale (Chambre).
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat (Québec).
[...] C.S.	Rapports judiciaires du Québec, Cour Supérieure. Recueil de la jurisprudence du Québec. Cour supérieure (1942-1985).
D.	Dalloz.
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
D.L.R.	Dominion Law Reports 1912-1923.
[ ] 1 D.L.R.	Dominion Law reports 1923-1955.
D.L.R. (2d)	Dominion Law reports 1956-1968.
D.L.R. (3d)	Dominion Law Reports (1969-1983).

D.L.R. (4th)	Dominion Law Reports (1984- ).
D.S.	Dalloz-Sirey (1965- ).
E.R.	English Report.
F.	Federal Reporter (États-Unis).
F.C.	Federal Court (États-Unis).
[ ] F.C.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence de la Cour Fédérale.
F. Supp.	Federal Supplement (États-Unis).
F.T.R.	Federal Trial Reporter.
Gaz. Pal	Gazette du Palais.
Harvard Int'l L.J.	Harvard International Law Journal.
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly.
Int. Arb.	International Arbitration.
Int.'l Lawyer	The International Lawyer.
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review.
J. Cl.	Juriclasseur.
J.C.P.J	Juriclasseur périodique (Semaine Juridique).
J. des Trib.	Journal des Tribunaux.
J.E.	Jurisprudence Expresse (Québec).
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration.
J.O.	Journal Officiel (français).
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés Européennes.
L.Ed.	Lawyers' Edition Supreme Court Reports (É-U).
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports.
L.R.C.	Lois refondues du Canada.

Man. R.	Manitoba Reports.
McGill L.J.	McGill Law Journal.
[ ] N.B.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence du New Brunswick.
N.E.	North Eastern Reporter (É-U).
Nfld & P.E.I.R.	Newfoundland and Prince Edward Island Reports.
N.R.	National Reporter (Canada).
N.Y.	New York Reports (É-U).
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review.
N.Y.S.	New York Supplement (É-U).
[ ] O.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence de l'Ontario.
[...] O.R.	Ontario Reports (1931- ).
O.R. (2d)	Ontario Reports (1974-1990).
O.R. (3d)	Ontario Reports (1991- ).
Ottawa L. Rev.	Ottawa Law Review.
[ ] P.E.I.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence de Prince Edward Island.
PLI/Com.	Practising Law Institute - Commercial Law and Practice Course Handbook Series.
Q.B.	Queen's Bench.
[ ] Q.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence québécoise.
Q.L.R./ R.J.Q.	Quebec law Reports/ Rapports judiciaires du Québec (1875-1891).
R.C.S.	Revised Statutes of Canada.

[ ] R.C.S.	Canada Law Reports, Supreme Court of Canada (1923-1963); Canada Law Reports/ Rappports judiciaires du Canada, Supreme Court of Canada/ Cour Suprême du Canada (1964- ).
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage.
Rev.cr.dr.int.pr.	Revue critique de droit international privé.
R.D.J.	Revue de droit judiciaire (Québec).
R. du B.	Revue du Barreau.
R. du B. Can.	Revue du Barreau canadien.
R. du N.	Revue du Notariat (Québec).
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Québec).
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec (1986- ).
R.J.T.	Revue juridique Thémis.
[...] R.L.	Revue légale (Québec) (1943- ).
R.S.M.	Revised Statutes of Manitoba.
R.S.N.B.	Revised Statutes of New-Brunswick.
R.S.N.W.T.	Revised Statutes of the North West Territories.
R.S.P.E.I.	Revised Statutes of Prince Edward Island.
R.S.Y.T.	Revised Statutes of Yukon.
Rev. <sup>†</sup> r. dr. comm.	Revue trimestrielle de droit commercial.
S.	Sirey.
[...] S.C.C.A.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence de la Cour Suprême.
S.C.R.	Reports of the Supreme Court of Canada.
[ ] S.J.	Ressources juridiques électroniques. Bande de données Quicklaw. Jurisprudence du Saskatchewan.
S.R.C. 1970	Statutes révisés du Canada, 1970.

[...] S.C.R.	Canada law reports, Supreme Court of Canada, (1923-1963); Canada Law Reports/ Rapports judiciaires du Canada, Supreme Court of Canada/ Cour Suprême du Canada (1964- ).
S.Ct.	Suprême Cour (É-U).
S. John L. Rev.	St. John Law Review.
So. 2d	Southern Report.
Tulane L. Rev.	Tulane Law Review.
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal.
U.S.	United States Supreme Court Reports.
Vict.	Victorian reports (R-U).
WL	Resources juridiques électroniques. Bande de données, Westlaw. Jurisprudence américaine.
W.L.R.	Weekly Law Reports.
W.W.R.	Western Weekly Reports.

*À mon mari, Roberto et à mes fils,  
Roberto, Alessandro et Federico.*

## *Remerciements*

Professeur Goldstein,

Je sais combien de travail vous a donné la direction de ma thèse. Merci de m'avoir permis de la terminer.

## GLOSSAIRE.

**ARBITRABILITÉ** : Moyen du contrôle sur l'arbitrage portant sur la *licéité de l'objet de la convention arbitrale*. Sur la base de cette notion, on parvient à déterminer (aussi bien en phase préliminaire à l'arbitrage qu'en phase de reconnaissance ou d'exécution de la sentence arbitrale ) si une question est ou non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

**ARBITRABILITÉ SUBJECTIVE** : Notion doctrinale par laquelle on fait référence aux limites posées à l'arbitrage relativement à la qualité de la personne (*ratione personae*) Dans la pratique, cette notion est utilisée avec une signification plus étroite ; celle qui exprime uniquement la prohibition faite à la personne morale de droit public de compromettre.

**ARBITRABILITÉ OBJECTIVE** : Notion doctrinale par laquelle on fait référence aux limites posées à l'arbitrage relativement à la matière (*ratione materiae*).

**ARBITRAGE** : Institution de nature hybride, autant contractuelle que juridictionnelle. Moyen de résolution de litiges ayant sa source dans l'*accord des parties* de se remettre à la *décision finale* d'un tiers, à l'exclusion de la justice étatique.

**ARBITRAGE ÉTRANGER** : Arbitrage dont la qualification par rapport au for est rendue sur la base d'éléments d'extranéité qui marquent le déroulement de sa procédure et l'émission de la sentence.

**ARBITRAGE INTERNATIONAL** : Arbitrage dont la qualification par rapport au for est rendue sur la base d'éléments d'extranéité présentés par le rapport litigieux.

**ARBITRAGE PRÉALABLE** : Type d'arbitrage connu par la *common law* qui n'exclut pas le recours ultérieur aux juridictions étatiques. Condition préalable au commencement de la procédure judiciaire (*Scott v. Avery*).

**CLAUSE COMPROMISSOIRE** : Convention d'arbitrage visant à résoudre des différends *futurs*.

**CLAUSE COMPROMISSOIRE MIXTE** : Clause compromissoire conclue entre commerçants et non commerçants.

**COMPROMIS** : Convention d'arbitrage visant à résoudre des différends déjà nés.

**CONVENTION D'ARBITRAGE** : Contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux étatiques.

**PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE** : Principe par lequel on reconnaît la convention arbitrale comme un contrat distinct du contrat principal. Selon ce principe, la convention d'arbitrage ne doit pas nécessairement être régie par la loi du contrat principal dans lequel elle est éventuellement insérée.

Ainsi, l'acte compromissaire ne sera pas affecté par une éventuelle invalidité du contrat principal.

**SPECIAL CASE (ou *stated case*)** : Procédure utilisée en Angleterre et dans les juridictions canadiennes de *common law* avant la réforme de 1986 (et aussi actuellement en matière d'arbitrage interne)

Selon cette procédure l'arbitre pouvait demander l'assistance du tribunal dans l'interprétation des questions de droit ("*to state the case*") Chaque partie avait également le droit de demander à l'arbitre de saisir le tribunal à cette fin. En cas de refus de l'arbitre, la partie pouvait même s'adresser directement à la Cour.

## **LES NOTIONS D'ARBITRABILITÉ, D'ORDRE PUBLIC ET DE *PUBLIC POLICY* COMME MOYENS DE CONTRÔLE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL AU CANADA.**

### **Introduction générale.**

Dans le contexte d'un droit commercial international en évolution continue, le règlement des différends est certainement un problème d'importance particulière pour lequel l'arbitrage conventionnel représente, souvent, la meilleure solution.

Les avantages offerts par l'arbitrage sont nombreux, bien connus mais parfois idéalisés. Rapidité, caractère confidentiel, adaptabilité aux circonstances, confiance envers les arbitres, sont indubitablement des caractéristiques fondamentales recherchées dans le règlement des conflits du commerce international de façon à le rendre le plus indolore possible. Cependant, pour éviter que ce système optimal ne se fonde que sur la bonne foi des parties intéressées, il faut impérativement que la convention arbitrale soit obligatoire et la sentence arbitrale exécutoire.

Alors que tous les autres traits de l'arbitrage dépendent de la volonté des parties et des moyens créés par les organisations des opérateurs du commerce international, éléments donc de nature strictement privée, les caractères obligatoire et exécutoire ne peuvent être dus qu'à l'intervention étatique. Cette idée est facile à concevoir si l'on aborde l'institution de l'arbitrage d'un point de vue historique. Sa naissance a probablement été contemporaine de celle des premières relations humaines<sup>1</sup>.

Dans les sociétés les plus primitives, cette façon de trancher les litiges fut probablement la seule alternative au recours à la force. Dans des groupes à peine plus évolués, le règlement des différends était confié à une ou à plusieurs personnes choisies par le groupe afin de former un organe, quand bien même élémentaire, d'administration de la justice. La résolution par les parties en litige de se soumettre,

---

<sup>1</sup> Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, tome 1er*, Paris, Ed. Domat, 1947, p. 127 et s. ; Michael John MUSTILL, "Arbitration : History and Background", (1989) *J. Int'l Arb.* 43-56 ; Alan REDFERN et Martin HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, seconde édition, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 2.

quelle qu'en soit la raison<sup>2</sup>, à la décision d'un tiers autre que le juge officiel du groupe, relève alors de l'arbitrage qui devient ainsi la forme alternative de règlement des différends, la méthode privée par opposition à la méthode publique<sup>3</sup>.

*La première source de l'arbitrage est donc une source privée*<sup>4</sup> : elle consiste en la résolution par les parties de régler leur différend en appelant la décision finale d'un tiers, choisi par elles-mêmes et selon une procédure établie à l'avance ou, de toute façon, connue.

Étant donné cette nature privée, il est évident que l'exécution de la sentence arbitrale était elle aussi totalement laissée à la volonté des parties<sup>5</sup>.

Bien que l'arbitrage soit cité par des auteurs plus anciens<sup>6</sup>, ce fut le droit romain qui donna au compromis son individualité juridique<sup>7</sup>. Si, en droit romain classique, l'accord d'arbitrage n'était pas considéré comme étant productif, ni d'obligation, ni d'action<sup>8</sup>, sous Justinien, le *compromissum*<sup>9</sup> trouva finalement sa place parmi les conventions reconnues comme étant contraignantes<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Pour une étude des raisons historiques de l'arbitrage au Québec voir : John E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, Thèse de doctorat, Paris, 1964, p. 39 et s.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 109.

<sup>4</sup> Rudolf Von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tome I, 3ème édition, Paris, 1886, p. 168.

<sup>5</sup> Dans le cas de litiges réglés par arbitrage au sein de groupes déterminés (corporations ou groupes religieux, par exemple) la partie gagnante pouvait s'attendre à des méthodes de persuasion, sinon de coercition, exercées par le groupe sur la partie récalcitrante à l'exécution. On était cependant toujours dans le cadre de l'activité privée. Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Librairie Dalloz, 1965, p. 71 et s. et p. 466 et s., à propos des sanctions corporatives encourues en cas d'inexécution de la sentence arbitrale et leur licéité.

<sup>6</sup> Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, "Arbitrage Principes généraux L'arbitrage du droit romain au décret du 14 mai 1980 La réforme : décret du 14 mai 1980", *J.Cl. Pr. civ.*, Fasc. 1010. L'auteure y cite, entre autres, Homère (Iliade) et Aristote (Rhétorique).

<sup>7</sup> Mario TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, Università di Roma, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente Mediterraneo, ed. Giuffrè, 1958, p. 99.

<sup>8</sup> Voir Antonio BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, Éd. UTET, 1964, p. 566 et s. Le *compromissum* était un *nuda pactio* et, comme le souligne le même auteur, à la p. 5, "*Nuda pactio obligationem non parit*" (Cfr. D. 2.14.7.4.) et "*ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur*" (Cfr. P.S. 2.14.1).

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 569, Cfr. D.4.8.1. : "*Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finienda lites pertinet*". L'auteur note aussi qu'à l'âge classique le droit d'action était lié à la

Toutefois, autant le droit romain, que toute la législation étatique ultérieure en la matière<sup>11</sup> démontrent que la reconnaissance par l'État de cette forme de juridiction privée, de cette technique extrajudiciaire<sup>12</sup>, ne peut pas être illimitée. Les limites posées découlent de deux raisons principales :

Premièrement, le refus de l'État de se dépouiller de sa juridiction sur des matières qui, pour des raisons spécifiques (différant d'ailleurs selon l'époque et les tendances politiques de base), étaient considérées fondamentales en raison du but général de l'État de maintenir l'ordre et la paix<sup>13</sup>.

---

*stipulatio poenae* ; c'est-à-dire à la double promesse faite par les parties de se soumettre à la procédure arbitrale et d'accepter la décision du tiers, sous peine du paiement d'une somme préalablement fixée. On pourra souligner que, comme l'ancien droit français, le droit québécois permettait la stipulation d'une clause pénale. Voir J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 119.

<sup>10</sup>

A. BURDESE, *op. cit.*, note 8, p. 569. M. TALAMANCA, *Ricerche*, *op. cit.*, note 7, p. 143. L'auteur note que la reconnaissance de la force contraignante de certaines conventions, comme le pacte constitutif de dot, la donation et aussi, précisément, le *compromissum*, s'explique, entre autre, par l'acquisition par l'intention des parties d'une place de plus en plus prépondérante dans la conclusion de l'acte juridique. Cependant, lorsque l'on parle de la force obligatoire du *compromissum* post-classique, en opposition au droit romain classique, on ne l'entend pas dans le sens d'aujourd'hui. La disparition de la *stipulatio poenae* signifie simplement que la *poena* devient partie du *compromissum* et qu'elle n'est plus liée au formalisme de la *stipulatio*. Les parties n'étaient pourtant pas renvoyées devant l'arbitre et la sanction de la non-exécution des obligations du *compromissum* était encore le paiement de la *poena*. Par conséquent, la *solutio poenae* est une cause de résolution du compromis qui permet de s'adresser au juge ordinaire, aussi bien avant qu'après l'émission de la décision de l'arbitre.

La raison pour laquelle le compromis ne causait pas d'obligation typique, ni par rapport à la procédure d'arbitrage ni par rapport à la sentence arbitrale a été expliquée par la théorie selon laquelle les parties à un compromis entendaient seulement constituer le tribunal arbitral et lui déférer la résolution de leur affaire, et non pas renoncer à la juridiction ordinaire. On admettait donc l'effet positif de la clause arbitrale (celui de donner compétence à l'arbitre) mais pas son effet négatif (celui de dépouiller la juridiction ordinaire de sa compétence). Voir M. TALAMANCA, *Ricerche*, *op. cit.*, note 7, p. 108.

<sup>11</sup>

J. RUBELLIN-DEVICHI, "Arbitrage. Principes généraux", *J.Cl. Pr. civ.*, Fasc. 1010, *op. cit.*, note 6, p. 3.

<sup>12</sup>

J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 125.

<sup>13</sup>

*Ibid*, p. 124. Déjà en droit romain, certains différends ne pouvaient pas faire l'objet du compromis. Voir M. TALAMANCA, *Ricerche*, *op. cit.*, note 7, p. 98. Cet auteur cite les *delicta famosa*, les *crimina* et les causes libérales (Paolo Cfr. l. 13 ad éd., D.4,8,32,6, et 7). Par contre, les parties pouvaient, par un seul *compromissum*, remettre à l'arbitre plusieurs différends (*compromissum de pluribus rebus*), voire même tous les différends existant entre elles (*compromissum de omnibus rebus*). À la différence du *judicium*, qui était basé sur un schéma fixé et non susceptible de modification, le *compromissum*, (même s'il exigeait le respect de certaines formes), pouvait être modelé par les parties de la façon la plus appropriée aux circonstances. M. TALAMANCA, *Ricerche*, *op. cit.*, note 7, p. 99.

Deuxièmement, l'existence d'une certaine méfiance envers cette institution ; méfiance manifestée, soit par l'exercice plus ou moins vaste de moyens de contrôle sur la procédure et sur la sentence arbitrale, soit par l'application de moyens divers en vue de décourager le recours même à l'arbitrage<sup>14</sup>.

La reconnaissance et l'exécution, autant des conventions d'arbitrage que des sentences arbitrales ont toujours été considérées comme constituant les points cruciaux de l'arbitrage. C'est pourquoi ce sont précisément les points sur lesquels se sont concentrés, de tout temps, les plus grands efforts législatifs.

Afin de surmonter les problèmes résultant des lacunes des sources publiques existantes, l'activité des chambres de commerce internationales<sup>15</sup> a été déterminante, non seulement par la création de centres d'arbitrage international, mais également par la mise au point de sources privées de droit international de l'arbitrage. Cette activité a également poussé les gouvernements à coopérer pour créer les bases nécessaires à une législation internationale de l'arbitrage dans le but de parvenir au plus petit dénominateur commun des limites posées à l'arbitrage et au contrôle sur la sentence arbitrale. En effet, l'atteinte d'un certain degré d'harmonisation des réglementations nationales en la matière faciliterait la résolution des litiges naissant du commerce international ; ce qui profiterait évidemment au développement du commerce lui-même.

Les moyens utilisés ou utilisables sont nombreux<sup>16</sup>. Au plus haut niveau d'activité étatique, se trouvent les traités bilatéraux<sup>17</sup> et les traités multilatéraux.

---

<sup>14</sup>

Par exemple, par la mise en place de procédures de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, particulièrement longues et lourdes, ou par une absence d'assistance par les tribunaux étatiques. Soulignons, d'ailleurs qu'en droit romain, la sentence arbitrale ne pouvait être portée en appel et devait être exécutée "*sive aequa sive iniqua*" : Ulpiano, I.13 ad ed., D.4,8,27,1. Le seul remède possible était l'*exceptio doli* pour le dol de l'arbitre ou d'une partie. Voir M. TALAMANCA, *Ricerche, op. cit.*, note 7, p. 25.

<sup>15</sup>

Notons à ce propos que l'activité de la Chambre de Commerce Internationale a été particulièrement importante dans ce contexte.

<sup>16</sup>

Parmi les alternatives suggérées par plusieurs auteurs, une en particulier rendrait les possibilités d'intervention étatique réellement minimales : celle qui se base sur l'idée d'un arbitrage supranational. Ce type d'arbitrage serait totalement dégagé des systèmes juridiques particuliers et serait réglé par un droit transnational propre à la "communauté des commerçants". Voir, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international, op. cit.*, note 5, p. 24 et s. ; Jean ROBERT, *L'arbitrage droit interne droit international privé*, Paris, Dalloz, 1983, p. 231 ; Berthold GOLDMAN, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives",

Parmi ces derniers, il faut souligner l'importance fondamentale de la Convention de New York de 1958<sup>18</sup>. Un autre moyen, dont on a longtemps discuté<sup>19</sup>, consiste en l'adoption par les États d'une loi uniforme. Bien qu'ayant été considéré "trop ambitieux et trop timide à la fois"<sup>20</sup>, un projet de ce type aboutit à la loi uniforme de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.).

---

(1979) *Chunet* 475-505 ; du même auteur, "L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria*", dans M. Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, éd. Wilson et Lafleur, 103-132 ; Antoine KASSIS, "L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria*", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, cette note, 133-144 ; Paul LAGARDE, "Approche critique de la *lex mercatoria*. Le droit des relations économiques internationales", dans *Le droit des relations économiques internationales Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, éd. Litec, 1982, 124-150 ; Henry BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, éd. Dalloz, 1956.

<sup>17</sup> En ce qui concerne les traités bilatéraux, il faut souligner qu'en général, les normes concernant l'arbitrage se retrouvent, soit dans les traités qui régissent la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, soit dans ceux qui règlent les relations commerciales ou maritimes entre deux pays ; et non dans des traités *ad hoc*. Voir Albert Jan Van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer/ Netherland, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 105 ; René DAVID, *Arbitration in International Trade*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 167.

L'article VII de la Convention de New York de 1958 règle les rapports entre elle et les autres Conventions internationales concernant l'arbitrage international. En ce qui concerne le Canada, les normes relatives à la procédure arbitrale incluses dans le Traité de libre échange avec les États-Unis sont particulièrement intéressantes. Voir à ce propos, Leslie HOLLAND (Avocat général des Affaires Extérieures et du Commerce Extérieur du Canada), "Le règlement des différends selon l'accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis : l'expérience de la première année", note pour une allocution à la *Dixième Conférence Interaméricaine sur l'arbitrage*, Ottawa, Novembre 1990. Après avoir noté que 99% des échanges bilatéraux entre le Canada et les États-Unis (200 milliards de dollars) ne créent pas de difficultés, l'auteur souligne que le règlement des différends constitue un "élément vital de l'Accord de libre-échange" et que les dispositions qui le concernent ont été beaucoup utilisées. Il ajoute, à la page 1 : "s'ils ne sont pas réglés, les différends économiques peuvent affecter l'ensemble de la relation politique et désavantager ainsi toutes les parties. Les différends qui pourrissent peuvent entraîner des actions unilatérales et des mesures de rétorsion qui peuvent devenir des cycles vicieux d'actions et de réactions toujours plus vives. Les bons régimes de règlement des différends contribuent à briser ou à empêcher ces cycles".

À cette fin, l'Accord de libre-échange prévoit plusieurs mécanismes (dans ses chapitres 18 et 19), dont "certains sont uniques dans le domaine du droit international, alors que d'autres adaptent des systèmes existants aux besoins particuliers de la relation économique bilatérale". *Ibid*, p. 2.

<sup>18</sup> La Convention de New York de 1958 avait été précédée par le Protocole de Genève de 1923 et par la Convention de Genève de 1927.

<sup>19</sup> Sur l'initiative de l'Institut International pour l'Unification du droit privé de Rome, M. David a rédigé, en 1938, un Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé, suivi par la constitution d'un comité d'experts dont le travail a abouti au premier projet de "Loi uniforme sur l'arbitrage dans les rapports internationaux en droit privé". Voir Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 19.

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 30.

Ainsi, par exemple, l'article V de la Convention de New York de 1958 dresse une liste limitative des motifs suivant lesquels les tribunaux des pays signataires pourront refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Cet article vise à atteindre l'uniformité des résultats en énonçant les règles de procédure dont il exige le respect et en établissant la loi applicable à l'examen des motifs de refus<sup>21</sup>.

Par conséquent, *peu importe le pays où la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont demandées*, seuls les motifs énoncés par l'article V en justifient le refus.

Pourtant la nature même de l'arbitrage rend l'uniformisation difficile. On le sait, l'arbitrage est une "institution *sui generis de nature hybride*"<sup>22</sup>, qui parvient à produire des effets juridictionnels, alors pourtant qu'elle est de source contractuelle strictement privée.

La modernisation de la législation, opérée au niveau international, peut établir des critères communs pour refuser la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale. Mais elle ne parviendra toutefois pas à dépouiller un État de sa juridiction et de son appréciation quant à l'exécution d'une décision allant à l'encontre de ses principes fondamentaux. C'est pourquoi l'article V (2) de la Convention de New York de 1958 prévoit que :

<sup>21</sup>

Article V (1) de la Convention de New York de 1958 :

"La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées, la preuve :

a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou

b) Que la partie contre laquelle la sentence a été invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou

c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ;

d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue.

<sup>22</sup>

J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 102.

*"La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :*

- a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou*
- b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays".*

En ce qui concerne la reconnaissance de la convention arbitrale dans la phase préliminaire à l'arbitrage, l'article II de la même Convention prévoit la possibilité pour le tribunal d'un État contractant de refuser la reconnaissance lorsqu'elle porte sur une question "*non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage*".

Parce qu'ils peuvent être soulevés d'office et parce qu'ils se basent sur la loi du *for*, l'arbitrabilité (c'est-à-dire "la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel de l'arbitre"<sup>23</sup>) et l'ordre public constituent donc, actuellement, aussi bien du point de vue des rapports entre l'arbitrage et les cours étatiques, qu'en ce qui concerne l'harmonisation des législations nationales, les points clefs dans l'étude de l'arbitrage commercial international ; ceux qui permettent, à eux seuls, de saisir l'attitude d'un pays envers l'institution.

Par l'examen des notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de *public policy*, nous nous proposons d'atteindre les objectifs suivants :

- Essayer, dans les limites du possible, compte tenu de leur souplesse, de définir ces deux notions, puis de les délimiter afin de mieux comprendre la nature des liens qui les unissent.

- Établir leur impact sur le développement de l'arbitrage commercial international. Il sera alors important d'examiner comment une interprétation libérale de ces concepts permettra de soustraire l'arbitrage à l'intervention étatique.

- Expliquer l'élargissement important de la notion d'arbitrabilité qui s'est réalisé au niveau des sources législatives internationales et du droit comparé et comprendre les raisons de cette délégation, de plus en plus notable, des pouvoirs

---

<sup>23</sup>

Patrice LEVEL, "L'arbitrabilité", (1992) *Rev. Arb.* 213-240, p. 213.

traditionnellement réservés à l'État, en matière d'administration de la justice, à des tribunaux privés.

- Parallèlement, nous essayerons de déterminer l'utilité pratique de retenir l'arbitrabilité comme notion distincte dans les textes législatifs en analysant le contrôle actuellement exercé par l'État sur la convention d'arbitrage et sur la sentence arbitrale. Nous verrons alors si, malgré l'élargissement de cette notion, le droit des citoyens d'avoir recours à la justice publique et la défense des intérêts de la communauté restent assurés.

Nous essayerons d'expliquer le même phénomène d'un point de vue plus spécifiquement canadien.

Dans ce contexte, nous nous proposons d'examiner l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public à la lumière de la réforme du droit canadien de l'arbitrage.

Cet examen nous permettra alors d'atteindre trois autres objectifs :

- Soulever les problèmes éventuels qui se posent au moment de l'application de l'arbitrabilité et de l'ordre public par les cours canadiennes (tels que, par exemple, la possibilité de voir des lois différentes régir la question de l'arbitrabilité dans les phases successives de contrôle de l'arbitrage ; ou la possible intervention de l'ordre public étranger au moment de l'exécution de la sentence en raison des liens très étroits liant la procédure d'annulation à la procédure de reconnaissance et d'exécution) et suggérer des solutions pour améliorer la législation existante.

- Apprécier si finalement, il y a lieu d'abandonner, en droit canadien, la notion d'arbitrabilité pour ne faire plus référence qu'à celle d'ordre public.

- Déterminer dans quelle mesure, par cette réforme, on est parvenu à établir, au Canada, un équilibre acceptable entre les différents intérêts mis en jeu par l'arbitrage ; notamment, entre le droit des citoyens à l'autodétermination et les exigences du commerce international d'un côté, et, de l'autre côté, la protection du bien public et le droit fondamental des citoyens d'avoir recours à une justice accessible.

En étudiant les concepts d'arbitrabilité et d'ordre public international au Canada, nous constatons rapidement que l'arbitrage conventionnel a été caractérisé, jusqu'à une période relativement récente, par un manque presque total d'intérêt.

Deux raisons ont été apportées pour expliquer ce désintérêt, à première vue surprenant, dans un pays qui a toujours été actif sur la scène du commerce

international ; en particulier avec les États-Unis, où l'arbitrage est bien connu et très utilisé. On a mentionné, d'une part, la nature particulière des transactions internationales canadiennes, dirigées surtout vers l'exportation de matières premières, et d'autre part, l'état des législations canadiennes sur l'arbitrage.

Le Canada n'a adhéré à la Convention de New York de 1958 qu'en 1986.

On attribue ordinairement ce délai de vingt-huit ans au manque d'intérêt exprimé par les opérateurs canadiens du commerce international ainsi qu'aux difficultés résultant de la répartition constitutionnelle des compétences ; celle-ci rendant problématique l'adhésion par le gouvernement fédéral à une convention internationale sur une matière de compétence principalement provinciale.

Dernièrement, le Canada a incontestablement démontré une intention claire de coopération législative internationale : *toutes* les juridictions canadiennes, aussi bien celles du Canada anglais que le Québec, ont modernisé leur législation par l'adoption de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. C'est à ces deux instruments internationaux (la Convention de New York et la loi-type) qu'il faut donc se référer pour comprendre le rôle des concepts d'arbitrabilité, d'ordre public et de *public policy*.

La méthode comparative qu'on utilisera est nécessaire pour mieux dégager la position du Canada. Les comparaisons se feront essentiellement avec la France et les États-Unis. Ce choix n'est pas seulement dû à l'état particulièrement avancé de l'institution de l'arbitrage dans ces deux pays. Il résulte aussi de la nécessité d'avoir des points de référence à la fois en droit civil, pour mieux analyser la situation du Québec, et en *common law*, pour mieux comprendre la position des autres provinces et territoires canadiens.

Notre thèse comprendra trois parties.

Une première partie sera consacrée à un survol des sources législatives du droit de l'arbitrage en vigueur dans les juridictions canadiennes. Dans cette partie, nous indiquerons aussi les règles régissant le contrôle sur la convention et la sentence arbitrale, règles qui seront examinées d'une façon plus approfondie dans les deuxième et troisième parties de la thèse.

Cette vue d'ensemble nous permettra de souligner les similarités et les différences qui existent entre les différentes législations canadiennes et de déterminer l'impact de la structure fédérale canadienne sur l'uniformité du régime de l'arbitrage commercial international canadien.

Nous nous arrêterons, en particulier, sur la question de savoir dans quelle mesure il est possible de coordonner les décisions rendues en matière d'arbitrage par les tribunaux canadiens des différentes juridictions.

Les notions d'ordre public et d'arbitrabilité feront l'objet de la deuxième et de la troisième partie.

Cette étude repose sur une prémisse essentielle selon laquelle on ne peut définir l'arbitrabilité plus qu'on ne peut définir l'ordre public. Ni l'un, ni l'autre, ne peuvent, *a priori*, être déterminés. Seul un examen des limites posées à la compétence de l'arbitre et des raisons qui justifient le refus d'exécution (autant de la convention d'arbitrage que de la sentence arbitrale) nous permettra de déterminer quels sont les critères utilisés par la pratique législative et jurisprudentielle, autant étatique qu'arbitrale, et de saisir ainsi l'essence de ces notions.

Parce qu'on ne peut pas examiner l'arbitrabilité sans comprendre préalablement les effets de l'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage, l'ordre public sera examiné en premier.

Nous examinerons d'abord l'ordre public d'un point de vue général, pour saisir quelles fonctions il exerce dans ce contexte et comment il intervient pour les remplir.

Nous distinguerons ensuite l'intervention de l'ordre public *sur la convention d'arbitrage* de son intervention *sur la sentence arbitrale*.

Évidemment, la non-conformité de la convention d'arbitrage à l'ordre public aura pour effet de nier ses effets : le tribunal étatique retiendra sa compétence, les parties ne seront pas obligées de s'en remettre à l'arbitrage et la compétence de l'arbitre ne sera pas reconnue. Mais l'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage ne se traduit pas *automatiquement* en un cas d'inarbitrabilité.

L'inarbitrabilité n'est que le résultat *d'une des applications possibles* de l'ordre public sur l'arbitrage. Ce type particulier d'intervention, concernant uniquement la *licéité de l'objet de la convention arbitrale*, sera examiné dans la troisième partie.

Dans cette partie, nous verrons que si l'arbitrabilité exerce une *fonction* plus limitée que la notion d'ordre public, elle *peut être* une *notion* plus étendue que cette dernière.

Ainsi, elle change selon la loi à laquelle elle est soumise et elle ne recouvre pas nécessairement la même signification pour le tribunal étatique et pour l'arbitre.

Après avoir conclu l'examen des limites effectivement posées à l'arbitrage, nous serons alors en mesure de tirer nos conclusions sur *ce qui constitue l'arbitrabilité*, autant dans la pratique du droit comparé que dans la pratique canadienne. Nous déterminerons si le sens de l'arbitrabilité est le même dans la phase du contrôle préliminaire à l'arbitrage et dans la phase du contrôle sur la sentence arbitrale. Nous apprécierons finalement dans quelle mesure l'arbitrabilité coïncide avec *l'intervention de l'ordre public* sur la convention d'arbitrage. Le cas échéant (d'une réponse affirmative), nous essayerons alors de déterminer les motifs qui justifient qu'on la retienne comme notion distincte dans les textes législatifs.

Pour mieux comprendre la réalité canadienne nous l'examinerons séparément.

La recherche s'achèvera en répondant à la question de savoir si, au Canada, la notion d'arbitrabilité présente encore une utilité pratique ou si les tribunaux canadiens posent l'ordre public, dans son sens international, comme un moyen nécessaire et suffisant de défense des intérêts du *for* au moment du contrôle sur la convention et sur la sentence arbitrale. Si, finalement, en limitant le contrôle au plus petit dénominateur souhaité par les opérateurs du commerce international, on parvient à promouvoir efficacement les intérêts du commerce international, il ne faudra pas oublier pourtant que l'administration de la justice n'est pas seulement un pouvoir de l'État mais qu'elle constitue aussi l'un de ses plus impérieux devoirs.

## **Première Partie - Les sources canadiennes du droit de l'arbitrage commercial international et leur domaine d'application.**

L'examen des sources législatives canadiennes permet à la fois de saisir l'importance de la réforme qui a eu lieu au Canada en 1986 et d'indiquer les règles qui posent les notions d'arbitrabilité et d'ordre public comme moyens de contrôle sur l'arbitrage. Elles sont celles auxquelles nous ferons continuellement référence dans cette étude.

Nous nous arrêterons d'abord sur les instruments internationaux qui font partie de la législation canadienne depuis la réforme de 1986 notamment, la Convention de New York de 1958 et la loi-type de la C.N.U.D.C.I. Cette loi "traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international"<sup>24</sup>. Pour cette raison, lorsque nous l'examinerons, nous ferons parfois référence au droit comparé. Cela nous permettra de mieux comprendre le processus suivi par les rédacteurs de cette loi au moment de sa formulation. (Titre 1).

Nous verrons ensuite comment ces instruments internationaux ont été intégrés dans les juridictions canadiennes et examinerons les sources internes du droit canadien de l'arbitrage commercial international. Nous montrerons ainsi dans quelle mesure la réforme qui a eu lieu dans ce domaine a changé le climat législatif canadien. (Titre 2).

En traitant des sources du droit de l'arbitrage, nous serons menés à examiner également leur domaine d'application. Cet examen est nécessaire pour identifier les conventions d'arbitrage et les sentences arbitrales dont la conformité à l'ordre public du *for* est discutée. Il permet aussi de distinguer les cas de non-arbitrabilité des cas dans lesquels le tribunal étatique retient sa compétence pour des raisons différentes, qui touchent précisément au domaine d'application des législations elles-mêmes (par exemple : parce que la convention dont il s'agit ne rentre pas dans la définition d'*étranger* ou parce qu'elle ne concerne pas un rapport de *droit commercial*).

Notre première partie sera divisée en deux titres intitulés :

---

24

*Note explicative du Secrétariat de la C.N.U.D.C.I. relative à la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international.*

Titre 1 - Les sources internationales du droit canadien de l'arbitrage commercial international.

Titre 2 - Les sources internes du droit canadien de l'arbitrage commercial international.

## **Titre 1 - Les sources internationales du droit canadien de l'arbitrage commercial international.**

Dans ce premier titre, nous placerons la Convention de New York de 1958 et la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans leur contexte historique, identifierons leur domaine d'application et indiquerons les règles relatives au contrôle sur la convention et sur la sentence arbitrales qui permettent l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public.

Ce premier titre se divise donc en deux chapitres intitulés :

Chapitre 1 - Le domaine d'application de la Convention de New York de 1958 et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Chapitre 2 - Le contrôle sur la convention et sur la sentence arbitrales dans les textes législatifs canadiens de source internationale.

## Chapitre 1 - Le domaine d'application de la Convention de New York de 1958 et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Les circonstances de la mise en œuvre de la Convention de New York et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. seront examinées en premier (Sections 1 et 2). Nous nous arrêterons ensuite pour examiner le domaine d'application de ces textes législatifs internationaux (Section 3).

### *Section 1 - La Convention de New York de 1958 - Généralités.*

Le préjudice porté au commerce international par l'absence d'une réglementation internationale de l'arbitrage est apparu manifeste dès le début du vingtième siècle. Les efforts de la Société des Nations pour y remédier avaient abouti à la conclusion de deux conventions internationales : le *Protocole de Genève de 1923 concernant les clauses d'arbitrage*<sup>25</sup> et la *Convention de Genève de 1927 relative à l'exécution des sentences arbitrales étrangères*<sup>26</sup>.

Malheureusement, le succès de ces deux Conventions fut très limité, probablement en raison du nombre restreint d'États participants<sup>27</sup>, ou encore en raison des conditions requises pour obtenir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>28</sup>.

C'est pourquoi, suivant les efforts de la Chambre de Commerce Internationale<sup>29</sup>, le Conseil économique et social des Nations Unies convoqua, en 1958, une

<sup>25</sup>

Le but du Protocole était celui de reconnaître au niveau international, la validité de la clause compromissoire et du compromis en les considérant comme des accords capables de déterminer un choix contraignant, pour les parties, en faveur de la juridiction privée. En substance, on créait une obligation pour les Cours des États signataires, de se déclarer incompétentes et de renvoyer les parties devant les arbitres.

<sup>26</sup>

Son but était essentiellement de combler les lacunes laissées par le Protocole en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

<sup>27</sup>

Non seulement n'y avait-il que 24 États contractants mais, de plus, ni les États-Unis, ni l'U.R.S.S. n'en faisaient partie. Voir R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 144 et s. Au Canada, seule la province de Terre-Neuve y avait adhéré. Voir J.G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworth, 1980, p. 653.

<sup>28</sup>

R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 144 et s. ; Jaques BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1987, Montréal, p. 34. Voir aussi, Jean-Denis BREDIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", (1960) *Clunet* 1002-1029, p. 1004. L'auteur considère ces conditions "à la fois rigoureuses et confuses".

<sup>29</sup>

En 1953, la Chambre de Commerce Internationale a présenté à l'Organisation des Nations Unies, un avant-projet de Convention sur l'exécution des sentences arbitrales internationales. Cet

conférence internationale qui, ouverte à New York le 20 mai, s'acheva le 10 juin suivant, par l'adoption d'une convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>30</sup>.

Le but de la Convention de New York de 1958 était essentiellement le même que celui des deux Conventions précédentes : assurer la reconnaissance de la convention d'arbitrage et de la sentence arbitrale dans le plus grand nombre possible de pays et parvenir donc au plus petit dénominateur commun dans son application par le plus grand nombre possible de législations nationales.

À la différence des deux Conventions précédentes, la Convention de New York a atteint son but grâce au nombre élevé de ratifications<sup>31</sup>.

La Convention de New York se différencie aussi d'autres conventions internationales plus récentes (visant elles aussi à favoriser l'arbitrage commercial international), telles que la Convention européenne de 1961 et la Convention de Washington de 1965, auxquelles nous ferons parfois référence<sup>32</sup>. Nous aurons, en

avant-projet fut la base de la Convention de New York de 1958. L'avant-projet rédigé par la Chambre de Commerce Internationale et le Conseil Économique et Social des Nations Unies constitue donc le point de départ du travail effectué par un comité d'experts, nommé en 1954 par le Conseil Économique et Social des Nations Unies. On aboutit à un projet soumis, en 1955, à l'examen des Gouvernements et de la Chambre de Commerce Internationale.

<sup>30</sup>

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17 ; Giorgio GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, tome I, New York, Oceana Publications, 1988 ; J.D. BREDIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958", *op. cit.*, note 28, p. 1008 ; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 35.

<sup>31</sup>

Les États qui ont adhéré à la Convention étaient, au 10 juin 1999, au nombre de 148. Voir la liste fournie par T.M.C. Asser Institute : <http://www.asser.nl/ica/nyca-eng.htm>. J.D. BREDIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958", *op. cit.*, note 28, p. 1028.

<sup>32</sup>

Parmi ces Conventions, citons par exemple :

**La Convention Européenne de 1961**, conclue à Genève à l'initiative de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies, dans le but de faciliter les rapports commerciaux entre les pays européens de l'Ouest et ceux de l'Est. Cette Convention a surtout pour objet de préciser les modalités de la procédure arbitrale ; ce qui constituait le plus grand obstacle à l'acceptation de l'arbitrage par les pays, aussi bien d'un bloc, que de l'autre. Voir R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 155 et s. ; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 40 et s. ; Frédéric-Edouard KLEIN, "La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international", (1962) *Rev.Cr.Dr.Int.Pr.* 621-640 ; Jean ROBERT, "La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961", D.1961.II.174-184, p. 174. L'auteur souligne : "(S)i cette Convention a trouvé son origine dans le cadre d'un problème spécifique, aux contours autant politiques qu'économiques, elle a su, pour la majeure partie des solutions qu'elle adopte, laisser sa racine inapparente et prendre tous les caractères d'un véritable instrument de travail international".

**La Convention de Washington de 1965**, qui se situe dans le cadre des investissements dans les pays en voie de développement par les ressortissants d'autres États. Le but de cette Convention, résultat de l'activité de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, était la création d'un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Bien que relié au B.I.R.D., ce Centre est autonome, et acquiert sa compétence de la manifestation explicite de

particulier, l'occasion de remarquer que ces dernières offrent des règles procédurales détaillées, garantissant une certaine structure dans le contrôle sur la convention d'arbitrage et dans celui de la sentence arbitrale comme, par exemple, des normes régissant les rapports entre le tribunal arbitral et le tribunal étatique. Citons, à titre indicatif, les articles 5 et 6 de la Convention européenne, relatifs aux modalités à suivre pour soulever l'exception d'incompétence de l'arbitre ou encore les règles établissant la loi applicable à la convention arbitrale, dans la phase préliminaire de l'arbitrage. Ce type de règles, nous le verrons, n'existe pas dans la Convention de New York.

### *Section 2 - La loi-type de la C.N.U.D.C.I - Généralités.*

---

volonté par les parties. On doit souligner que sa compétence est limitée aux différends "d'ordre juridique" surgissant d'un investissement dans un État par une personne physique ou morale ressortissante d'un autre État. Le caractère immédiatement exécutif de la sentence du C.I.R.D.I. constitue une caractéristique fondamentale de cette institution : sa sentence n'est pas sujet à révision par les Cours des États signataires de la Convention. Voir : Centre de Recherche sur le droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris 1969 ; R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, op. cit., note 17, p. 158 et s. ; J. BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., note 28, p. 78 ; Georges R. DELAUME, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États", (1966) *Clunet* 26-49 ; du même auteur, "Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)", (1982) *Clunet* 775-843 ; Philippe OUKRAT, "La pratique du CIRDI", (1987) 13 *D.P.C.I.* 273-310 ; Björn PIRRWITZ, "Comment. Annulment of Arbitral Awards Under Article 52 of the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States", (1988) *Texas International Law Journal* 73-116. Bien que le Canada ne soit pas partie à la Convention de Washington, cette dernière risque de devenir fort importante dans les juridictions qui nous intéressent puisque ses principes fondamentaux ont été repris par l'accord N.A.F.T.A.

Et enfin, la **Convention sur l'arbitrage Commercial Inter-américain de 1975**, à travers laquelle on a essayé de surmonter la méfiance des pays sud-américains envers les pays industrialisés et, plus spécifiquement, envers les États-Unis. Son but était de suppléer à l'absence d'un régime d'arbitrage. On s'est donc basé sur la Convention de New York de 1958. Il faut souligner qu'étant donné que l'arbitrage était considéré, dans les pays latino-américains, comme constituant l'instrument optimal d'oppression, cette convention a été perçue comme étant "la renonciation à la doctrine Calvo". Nombreux sont ceux qui l'ont associée à "la fin du territorialisme outrancier en Amérique Latine". Voir Gilberto BOUTIN, "Convention sur l'arbitrage commercial Inter-américain de 1975 (Convention de Panama) et l'Amérique Latine", allocution présentée à la *Xème Conférence interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, Ottawa, October 31 and November 1, 1990 ; Houstin Putman LOWRY, "The United States Joins the Inter-American Arbitration Convention", rapport présenté à la *Xème Conférence interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, précitée, cette note ; José Luis SIQUEIROS, "Comparison of Main Conventions Affecting Inter-American Arbitration", allocution présentée à la *Xème Conférence interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, précitée ; Bernardo M. CREMADES, "States and Public Enterprises as International Commercial Partners", dans *International Arbitration. 60 Years of I.C.C. Arbitration. A Look at the Future*, Paris, I.C.C. Publishing, 1984, 176-196, p. 178.

La loi-type représente l'aboutissement des efforts déployés par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.)<sup>33</sup> pour parvenir à l'harmonisation et à l'amélioration du droit international de l'arbitrage d'une façon souple (en alternative à l'idée de modifier la Convention de New York)<sup>34</sup>. Ces efforts avaient d'abord abouti à la création d'un règlement d'arbitrage en 1976, puis à celle d'un règlement de conciliation en 1980 et finalement, en 1985, à la loi-type.

Comme le souligne la Note explicative du Secrétariat de la C.N.U.D.C.I.<sup>35</sup>, les législations nationales présentaient des lacunes importantes. Non seulement, elles étaient très différentes les unes des autres, mais elles étaient aussi, parfois, "incomplètes" ou "fragmentaires".

Certaines législations étaient manifestement obsolètes. Même les législations les plus modernes et complètes soulevaient trop souvent de sérieuses difficultés, découlant du fait d'avoir été "conçues essentiellement, sinon exclusivement, dans l'optique d'un arbitrage national"<sup>36</sup>. D'où le risque pour les parties à l'arbitrage de ne pas atteindre les résultats escomptés, surtout, continue la Note, "dans le cas où la loi applicable contient une disposition obligatoire"<sup>37</sup>.

La loi-type vise alors à "réduire ou à limiter" ces difficultés, en couvrant "toutes les étapes de la procédure arbitrale, depuis la convention d'arbitrage jusqu'à la reconnaissance de la sentence arbitrale"<sup>38</sup>. Parce qu'elle "traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international"<sup>39</sup> la loi-type représente, en effet, la concrétisation de nombreuses années d'expérience dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Elle

---

<sup>33</sup> Gerold HERMANN, "The contribution of UNCITRAL to the Development of International Trade Law", dans *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 2, HORN-SCHMITTHOFF eds., 1982, 35-50.

<sup>34</sup> Philippe FOUCHARD, "La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international", (1987) *Clunet* 861-885, p. 865. A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 413.

<sup>35</sup> *Note explicative, précité*, note 1.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> *Idem.*

reprend les principes fondamentaux posés par la Convention de New York<sup>40</sup> et constitue l'instrument idéal pour les pays qui doivent moderniser leur législation<sup>41</sup>.

Pour cette raison, après son adoption "la Commission a invité l'Assemblée générale à recommander aux États de prendre en considération la loi-type" au moment de promulguer ou de réviser leur législation "pour répondre aux besoins actuels de l'arbitrage commercial international"<sup>42</sup>. C'est précisément ce qui a été fait dans les juridictions canadiennes<sup>43</sup>.

Cette loi, composée de 36 articles, tente de rapprocher les systèmes du droit civil et de *common law*<sup>44</sup> tout en s'efforçant d'atteindre l'équilibre le plus juste possible entre les pouvoirs des cours étatiques et l'autonomie des parties<sup>45</sup>. Son but est clair, elle veut réglementer l'arbitrage international. Évidemment, cela n'empêchera pas le

---

40

Ph. FOUCHARD, "La loi-type", *op. cit.*, note 34. Même en considérant la loi-type "plus conformisée que futuriste" (p. 875), l'auteur, en souligne l'importance (p. 878) ; Voir aussi V.S. DESHPANDE, "International Commercial Arbitration : Uniformity of Jurisdiction", (1988) *J.Int'l Arb.* 115-129, p. 124 et s.

41

Michael KERR, "Arbitration and the Courts : the UNCITRAL Model Law", (1985) *International and Comparative Law Quarterly* 1-24 ; L. SLADE, "Commentaires", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, op. cit.*, note 16, 385-392, sur l'Angleterre ; Susan COHEN, "Note International Commercial Arbitration : A Comparative Analysis of the U.S. System and the UNCITRAL Model Law", (1986) *Brooklin Journal of International Law*, 703-726 ; S.M. BOYD, "Commentaire", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, op. cit.*, note 16, 393-418, sur les États-Unis.

42

*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, travaux de sa dix-huitième session, Vienne, 3-21 juin 1985, par. 296 et 297, Gazette du Canada, Vol. 120, n° 40, 4 octobre 1986, Suppl.*

43

Herold HERRMANN, "The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration : Introduction and General Provisions", dans Petar SARCEVIC, *Essays on International Commercial Arbitration*, London, Graham & Trotman, 1989, 1-26 p. 4. La loi-type a été adoptée (autrement que dans les juridictions canadiennes) dans au moins 30 juridictions. La liste, mise au jour en juillet 1999, est fournie par T.M.C. Tasser Institut : <http://www.asser.nl/ica/modela.htm>. Dernièrement, elle a aussi inspiré de façon importante, la réforme qui a eu lieu en Angleterre par l'introduction de *The Arbitration Act (Commencement No. 1) Order, 1966*. V.V. VEEDER, "England" dans (1996) *Yearbook* 369-372 ; du même auteur, voir aussi "La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1966 : la naissance d'un magnifique éléphant", (1997) *Rev. Arb.* 3-28 ; Lord MUSTILL, "La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1966 : philosophie, inspiration, aspiration", (1997) *Rev. Arb.* 29-43 ; Claude REYMOND, "L'Arbitration Act, 1966 : convergence et originalité", (1997) *Rev. Arb.* 45-68.

44

D.T., "UNCITRAL : Model Law on International Commercial Arbitration", (1983) *Journal of World Trade Law* 535-537 ; Ph. FOUCHARD, "La loi-type", *op. cit.*, note 34, p. 874.

45

M. KERR, "Arbitration and the Courts : the UNCITRAL Model Law", *précité*, note 41, p. 4 ; Gerold HERMANN, "The UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration. Its Salient Features and Prospects", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international, op. cit.*, note 16, 351-378.

législateur de l'utiliser également pour régir l'arbitrage interne, laissant aux cours la tâche de faire la distinction entre l'un et l'autre<sup>46</sup>.

Précisons qu'on ne peut parler de la loi-type comme d'une source de droit, sinon que de façon indirecte. En effet, la loi-type représente, dans le cadre des sources publiques du droit de l'arbitrage, l'équivalent de ce que le Règlement des Centres d'Arbitrage représente dans le cadre des sources privées : elle ne devient véritable source de droit qu'à la suite de son introduction dans la législation d'un pays ; et ce, seulement à l'intérieur des limites dans lesquelles elle est acceptée par le législateur et interprétée par le juge étatique.

*Section 3 - Le domaine d'application de la Convention de New York et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.*

Les conventions d'arbitrage visées par l'article II de la Convention de New York et par l'article 7 de la loi-type sont les conventions *écrites* par lesquelles les parties ont décidé de remettre à la décision finale d'un tiers (partie privée), la résolution d'un *différend* (ou de plusieurs) entre elles. Le litige peut être déjà né, mais il peut aussi être futur et éventuel. Il doit néanmoins s'élever au sujet d'un rapport de droit, qu'il soit d'origine contractuelle ou non<sup>47</sup>, pourvu qu'il soit *déterminé*<sup>48</sup>.

La plupart du temps, ce rapport de droit déterminé est de type contractuel ; le cas le plus fréquent étant celui où la convention d'arbitrage revêt la forme d'une *clause compromissoire*. C'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'une clause d'arbitrage visant à résoudre des différends *futurs*, et non pas d'un compromis visant la résolution de litiges déjà nés. Par ailleurs, il n'est pas impossible de la trouver également en matière d'obligations non contractuelles<sup>49</sup>.

<sup>46</sup>

Ainsi, la Note du Secrétariat explique que "[l]'uniformité ne s'impose que pour les affaires internationales, mais un État peut également vouloir mettre à jour et améliorer sa législation en matière d'arbitrage pour les affaires qui ne sont pas de caractère international, et il pourrait y parvenir en promulguant de lois modernes inspirées de la Loi-type pour l'une et l'autre catégorie de cas".

<sup>47</sup>

Les domaines d'application du Protocole de Genève de 1923 et de la Convention de Genève de 1927 étaient, par contre, limités aux différends surgissants d'un contrat.

<sup>48</sup>

Le juge étatique ne renverra donc pas les parties à l'arbitrage si les termes de leur convention d'arbitrage sont d'un ordre si général qu'il est impossible de déterminer le rapport précis entre cette convention d'arbitrage et la question dont il est saisi.

<sup>49</sup>

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 148 et s.

Les autres éléments capables d'influer sur l'applicabilité ou non de la Convention de New York sont l'utilisation des réserves de réciprocité et de commercialité prévues par l'article I (3) et la définition de ce qui constitue une "*sentence arbitrale étrangère*".

La réserve de réciprocité<sup>50</sup> ne nous intéresse pas, d'abord, parce que, comme nous le verrons, elle n'a été reprise par aucune des juridictions canadiennes, ensuite, parce qu'elle ne présente aucun rapport avec la détermination de ce qui est arbitral. Par contre, un lien étroit existe entre la réserve de *commercialité* (reprise par la plupart des juridictions canadiennes) et la notion d'arbitrabilité.

En ce qui concerne la loi-modèle, puisque son but est de régir l'arbitrage commercial international, son domaine d'application résulte du sens donné aux adjectifs *commercial* et *international*.

Pour établir le domaine d'application de la Convention de New York et de la loi-type, nous examinerons, dans les paragraphes suivants, la définition de l'arbitrage *commercial* (Par. 1) et les définitions de la sentence *étrangère* et de l'arbitrage *international* (Par. 2).

#### Par. 1 - L'arbitrage commercial.

Distinguons la Convention de New York de la loi-type.

A - L'article I (3) de la Convention de New York - la réserve de commercialité.

L'article I (3) de la Convention de New York prévoit qu'un État "pourra déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non, qui sont *qualifiés de commerciaux* par sa loi nationale".

---

<sup>50</sup>

L'article I (3) de la Convention de New York prévoit la possibilité pour un État "*sur la base de la réciprocité*" de déclarer qu'il n'appliquera la Convention qu'à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Voir R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 149 ; J. BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 28, p. 35 et s. L'auteur considère la réserve comme étant une forme de défense de la part des États contractants qui peuvent légitimement considérer "dangereux de s'ouvrir aux sentences rendues dans n'importe quel État". Au mois de mai 1999, 49 pays avaient choisi d'utiliser cette réserve.

Cette réserve présente un lien très étroit avec la notion d'arbitrabilité parce qu'elle trouve sa raison d'être précisément dans l'interdiction existante dans certains pays de droit civil (notamment, la France), de soumettre à l'arbitrage les différends de nature non commerciale. Elle a donc pour but de permettre à ces pays d'avoir néanmoins accès à la Convention<sup>51</sup>.

Dans les pays ayant opté pour cette réserve, la qualification d'un différend comme étant *commercial* identifie alors à la fois le caractère arbitral de la question et le domaine d'application de la Convention de New York.

Notons que la formulation de la réserve a été critiquée, surtout parce que la limitation qui en résulte est beaucoup plus vaste que nécessaire<sup>52</sup>. Les résultats ne sont cependant pas décourageants. La seule interprétation vraiment restrictive a été donnée en 1979 par une sentence indienne<sup>53</sup>. Au contraire, la France l'a interprétée d'une façon très large<sup>54</sup>. Plus encore, en prenant acte de l'évolution jurisprudentielle qui a permis de reconnaître la validité de la clause compromissoire mixte (c'est-à-dire conclue entre commerçants et non commerçants) en matière internationale<sup>55</sup>, la France a récemment retiré la réserve sous laquelle elle avait ratifié la Convention de New York en 1958<sup>56</sup>.

Examinons maintenant ce qu'il faut entendre par arbitrage commercial d'après les rédacteurs de la loi-type.

---

<sup>51</sup> Albert Jan van den BERG, "Commentary Cases", (1986) *Yearbook*, p. 409.

<sup>52</sup> R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 149. Au mois de juin 1997, 45 États avaient choisi d'utiliser cette réserve.

<sup>53</sup> *Food Corp. of India v. Mardestine Compania Naviera*, High Court of Kerala, January 1, 1979, (1979) IV *Yearbook* 270, p. 271 et s. La Cour avait interprété le terme *commercial* selon la loi interne indienne.

<sup>54</sup> *Société KFTCIC c. société Icori Estero et autre*, Paris, 1ère ch. civ., 13 juin 1996, *Rev. Arb.* 1997.251, note Gaillard, *Clunet* 1997.151, note Loquin ; *RTD com.* 1997.II.236, note Dubarry et Loquin. Voir Philippe FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", (1982) *Clunet* 374-420, p. 380.

<sup>55</sup> Philippe FOUCHARD, "La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", (1990) *Rev. Arb.* 571-583.

<sup>56</sup> Le Gouvernement français a retiré sa réserve de commercialité par lettre envoyée au Secrétaire général des Nations Unies datant du 17 novembre 1989. Voir Ph. FOUCHARD, "La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", *op. cit.*, note 55. Voir aussi à ce propos, l'arrêt *Banque de Financement Ind. v. Rondy*, Paris, 12 mai 1975, *Rev. Arb.* 1977.177, note Mezger. Par cet arrêt, le Tribunal de Grande Instance de Paris avait rétracté l'ordonnance déclarant exécutoire une sentence arbitrale sur un différend relatif à un contrat de travail de nature internationale sur la base du fait que le caractère du rapport n'était pas commercial.

## B - La qualification de *commercial* d'après la loi-type.

Les difficultés rencontrées par les rédacteurs de la loi-type pour parvenir à qualifier ce qui constitue un arbitrage *commercial* ont été multiples. Les opinions des rédacteurs divergeaient autant quant au contenu qu'à la forme de cette définition.

En ce qui concerne le contenu, le choix d'attribuer au terme *commercial* une signification "large" avait obtenu le consensus<sup>57</sup>. C'est probablement pour cette raison que l'on n'est finalement pas parvenu à en donner une définition rigoureuse.

En ce qui concerne la forme, le choix de placer cette définition dans une note de bas de page a été critiqué, surtout en raison du fait qu'elle n'aurait eu aucune valeur dans les systèmes juridiques qui n'utilisaient pas cette technique. On a pourtant fini par la maintenir. Comme le souligne le *Rapport* de la C.N.U.D.C.I.<sup>58</sup>

*"On s'est rendu compte qu'aucune définition acceptable par tous n'avait été trouvée jusqu'à présent et que toute définition comporterait certains risques. On a considéré que la note de bas de page, malgré son effet juridique incertain, pourrait s'avérer utile à des fins d'interprétation, du moins pour les rédacteurs de toute législation nationale destinée à donner effet à la loi-type".*

Voici donc, la définition sur laquelle on s'est finalement accordé :

*"Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services ; accord de distribution ; représentation commerciale ; affacturage ; crédit ; bail ; construction d'usines ; services consultatifs ; ingénierie ; licences ; investissements ; financement ; transactions bancaires ; assurances ; accords d'exploitation ou concessions ; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale ; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime ferroviaire ou routière."*

---

57

*Rapport de la Commission des Nations Unies, précité, note 42, par. 19.*

58

*Ibid, p. 11*

Notons à quel point cette définition insiste sur la *nature* de la relation entre les parties plutôt que sur leur *qualité* de "commerçants"<sup>59</sup> : le choix de l'une ou l'autre de ces formulations n'est pas sans conséquence. Pour le comprendre, il suffit de se rappeler, par exemple, que l'interdiction classique de la clause compromissoire mixte en France visait à protéger les non commerçants parce qu'ils étaient considérés plus faibles<sup>60</sup>.

C'est donc une préoccupation de protection de la partie se trouvant dans une situation désavantageuse qui est soulignée lorsque l'on pose l'accent sur la qualité des parties plutôt que sur la nature du rapport.

Par. 2 - Les sentences étrangères et l'arbitrage international dans les sources canadiennes internationales de l'arbitrage commercial.

D'après son titre, la Convention de New York de 1958 vise à la reconnaissance et à l'exécution des *sentences arbitrales étrangères*.

La loi-type fait, au contraire, référence à *l'arbitrage international*.

Le choix de l'une ou l'autre expression est indicatif des tendances qui ont inspiré les rédacteurs des ces deux instruments législatifs.

Ainsi lorsqu'on parle de sentence *étrangère*, on pose l'accent sur le lieu siège de l'arbitrage (critère territorial)<sup>61</sup>, alors que l'adjectif *international* indique la prise en considération d'autres éléments tels que la nationalité des parties ou l'objet du rapport litigieux (critère juridique ou économique)<sup>62</sup>.

Le débat entre ces tendances est classique ; on reviendra pourtant brièvement sur cette distinction pour les deux raisons suivantes :

<sup>59</sup>

On avait même pensé, pendant les travaux préparatoires, à insérer une proposition expresse, ayant, précisément, le but d'expliquer l'intention des rédacteurs. Voir, *Rapport de la Commission des Nations Unies, précité*, note 42, par. 22. Il nous semble pourtant que cette intention se place, dans une certaine mesure, en contradiction avec l'article 1.3 du texte de la loi elle-même, qui définit ce qui constitue un *arbitrage international* en faisant référence à l'"établissement" des parties et en portant donc l'accent sur la qualité d'entreprise commerciale de ces dernières.

<sup>60</sup>

En effet, c'était précisément la volonté d'éviter la pratique de ces "législations nationales de tradition romaniste qui font une distinction entre transactions commerciales et transactions civiles suivant que les parties en cause sont ou non de commerçants" qui a dicté la formulation de la qualification de *commercial* dans la loi-type. Voir le *Rapport de la Commission des Nations Unies, précité*, note 42, par. 22.

<sup>61</sup>

C'était le critère classique, utilisé par la Convention de Genève de 1927.

<sup>62</sup>

Paolo CONTINI, "International Commercial Arbitration. The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", (1959) *American J.Comp.L.* 283-309, p. 292 et s.

1 - premièrement, parce que la reconnaissance de *l'internationalité du rapport sur la base de sa nature économique* implique un relâchement dans l'application de certaines règles impératives de droit interne.

Par contre, dans le cas d'une sentence *étrangère*, les raisons qui justifient ce relâchement n'existent pas nécessairement. En effet, le choix du lieu de l'arbitrage étant laissé aux parties, rien n'empêche qu'une sentence arbitrale sur un différend de droit purement interne soit rendue à l'étranger. Ainsi, par exemple, deux parties françaises peuvent bien remettre la solution d'un litige surgissant d'un rapport de droit interne français à un arbitrage se déroulant en Angleterre. Au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence *anglaise* en France, cette sentence, parce qu'elle est étrangère, rentrera dans le domaine de la Convention de New York. Pourtant, parce qu'elle vise à régler un différend de droit interne français, on pourrait s'attendre à ce que la décision du tribunal français sur sa conformité à l'ordre public du *for* soit rendue à la lumière des règles impératives de droit interne français.

2 - deuxièmement, parce que le *lieu de l'arbitrage*, suffisant pour qualifier d'étrangère une sentence (en la faisant rentrer donc dans le domaine d'application de la Convention de New York)<sup>63</sup>, ne l'est pas nécessairement pour soumettre une *convention arbitrale* au même régime<sup>64</sup>.

Par exemple, si une convention d'arbitrage relative à un rapport de droit interne du pays A fixe à l'étranger le lieu de l'arbitrage, qu'il n'y a pas de contestation préliminaire et que l'arbitrage a lieu, la sentence qui en découle sera, au moment de son exécution dans le pays A, une sentence étrangère. Mais, si une partie saisit le tribunal du pays A *avant l'arbitrage* et que la validité de l'accord compromissaire est contestée, la question se pose de savoir si le choix du siège arbitral est, à lui seul, suffisant pour soutenir l'application de la Convention de New York.

Le choix de recourir à l'un ou à l'autre *critère* entraîne forcément des conséquences pratiques. Mais il faut comprendre que l'utilisation d'un *mot* plutôt que

---

<sup>63</sup>

Voir, à titre d'exemple, l'arrêt anglais *Hiscox v. Outwaite*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 3 (Comm. Ct. & C.A.); [1991] 3 W.L.R. 297 (H.L.). La Chambre des Lords a confirmé la décision par laquelle la Cour d'appel avait qualifié d'étrangère (et donc soumise aux règles de la Convention de New York), une sentence arbitrale concernant un rapport de droit interne anglais, rendue en Angleterre, mais *signée* en France. Voir aussi Okezie CHUKWUMERUJE, "Commentary : Is an Arbitration Award "Made" Where It Is Signed?", (1992) 20 *Can. Bus. L.J.* 305-316.

<sup>64</sup>

Voir, par exemple, l'arrêt américain *John H. Brier v. Northstar Marine, Inc., Shamrock Marine Toeing, and Cape May marine Services, Inc.*, U.S. District Court of New-Jersey, 28 April, 1992, 1993, American Maritime cases, 1194 ; (1994) *Yearbook* 766. *Infra*, p. 30.

d'un autre ne signifie pas nécessairement que l'on recourt à un *seul critère* de rattachement.

On pourra bien faire entrer les sentences internationales dans la définition des sentences étrangères, de même que rien n'empêche que la définition de l'arbitrage international soit suffisamment large pour comprendre aussi les sentences rendues à l'étranger en matière de droit interne. Il est simplement nécessaire de concevoir ce qu'on entend concrètement par *sentence étrangère* et par *arbitrage international* pour saisir exactement les conséquences qui peuvent en découler dans chaque cas.

A - Les *sentences arbitrales étrangères* selon l'article I (1) de la Convention de New York.

Les rédacteurs de la Convention de New York ont choisi de ne pas suivre le projet de la C.C.I. sur les "sentences arbitrales internationales", préférant se référer à des critères plus connus<sup>65</sup>.

Cependant, la simple définition de l'expression "sentence étrangère" utilisée à l'article premier exigeait qu'un compromis fût trouvé entre ceux qui estimaient que le lieu du siège arbitral était le seul critère de rattachement possible et ceux qui soutenaient qu'il était important, afin d'étendre le domaine d'application de la convention, de prendre en considération l'ensemble du rapport litigieux.

Ce compromis aboutit à la formulation de l'article I de la Convention de New York, suivant lequel sont étrangères, non seulement, "*les sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées*", mais aussi celles qui "*ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées*".

Dans cet article, nous trouvons ainsi juxtaposé au *critère territorial* ou *juridique* (basé sur l'examen des éléments d'extériorité de la procédure arbitrale), le critère basé

---

65

J.D. BREDIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958", *op. cit.*, note 28 ; G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III. A.2.4. La réponse du Comité Économique et Social des Nations Unies à la proposition de la C.C.I. était la suivante : le terme "international" n'est approprié que lorsqu'il s'agit de rapports entre États. Cette position a été critiquée, d'ailleurs sans résultat, par le gouvernement Suisse dont l'idée était de rendre la sentence arbitrale la plus indépendante possible de l'application du droit du siège de l'arbitrage. Voir aussi R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 146 ; Albert Jan van den BERG, "Non-domestic arbitral award under the 1958 New York Convention", (1985-86) *Arb. Int.* 191-219, p. 194.

sur la *réalité économique* du rapport litigieux lui-même<sup>66</sup>. Par conséquent, bien que la Convention de New York ne traite que des sentences étrangères, les sentences internationales rentrent elles aussi dans son domaine d'application<sup>67</sup>.

Mais, si l'application de la convention est automatique lorsqu'il s'agit de sentences arbitrales rendues à l'étranger, elle ne l'est plus lorsqu'il s'agit de sentences internationales puisque, nous venons de le voir, la détermination des critères nécessaires à cette qualification est laissée à la libre appréciation des États signataires. Or, il s'est avéré que la détermination de ces critères et leur application a grandement influé sur l'évolution de l'institution de l'arbitrage.

Comme nous le verrons dans le prochain paragraphe, la pratique étatique actuelle qui se base sur la *réalité économique* des transactions<sup>68</sup>, a été suivie par la jurisprudence française depuis le début des années 1930<sup>69</sup>. Elle a également été reprise aux États-Unis<sup>70</sup> et par la Convention européenne de 1961<sup>71</sup>.

<sup>66</sup>

Comme le souligne M. Fouchard, (Philippe FOUCHARD, "Quand un arbitrage est-il international?", (1970) *Rev. Arb.* 59-77, p. 63), le caractère *international* ou, pour suivre la terminologie de la Convention de New York, le caractère *étranger* de l'arbitrage peut apparaître autant "*en raison de différents éléments d'extranéité qui marquent le déroulement de ce mécanisme de règlement des litiges*", qu'en raison de la "*matière du litige qu'il permet de trancher*". Voir aussi J. BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 28, p. 71. L'auteur traite de la supériorité des critères relatifs au "rapport de droit litigieux".

<sup>67</sup>

J.G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, *op. cit.*, note 27, p. 622 : "Un arbitrage étranger est celui qui est rattaché à un seul pays étranger par sa procédure comme par son objet, alors que la qualification d'un arbitrage international se trouve dans la nature internationale du contrat auquel il se rattache". Voir aussi Bruno OPPETIT, note sous *Impex c. Sociétés P.A.Z. Malteria Adriatica, Malteria Tirrena*, (Cass. civ., 1ère ch. civ., 18 mai 1971, *Clunet* 1972.63), *Clunet* 1972.65-67, p. 66.

<sup>68</sup>

Pierre LALIVE, "Problèmes spécifiques de l'arbitrage international", (1980) *Rev. Arb.* 341-372, p. 344 ; Nabil ANTAKI, "L'arbitrage commercial : concept et définitions", (1984) 14 *R.D.U.S.* 487-507, p. 500 ; R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op. cit.*, note 17, p. 73 ; Clive Maximilian SCHMITTHOFF, "The Jurisdiction of the Arbitrator", dans *C. M. SCHMITTHOFF's Select Essays on International Trade Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, 629-636, p. 628 et s.

<sup>69</sup>

Jean ROBERT, "L'arbitrage en matière internationale", *D.1981.chron.* 209, p. 210 et s. ; Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 54, p. 377 et s. Voir aussi l'article 1492 du Code civil français : "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

<sup>70</sup>

Aux États-Unis, par exemple, le Chapitre 2 du *Federal Arbitration Act* (9 U.S.C. par. 202) prévoit : "An agreement or award arising out of such a relationship which is entirely between citizens of the United States shall be deemed not to fall under the Convention *unless the relationship involves property located abroad, envisages performances or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign state*". (*Nos italiques*).

Voir Mark B. FELDMAN, "An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award", (1984) *Int. Arb.* 14-21 ; A.J. van den BERG, "Non domestic Arbitration Awards", *op. cit.*, note 65, p. 205, à propos de l'arrêt *Sigval Bergesen v. Joseph Huller*, 710 F. 2d 928 (2d Cr. 1983). Sur la même

Cette pratique s'inscrit dans un courant favorable à la reconnaissance du caractère international de certains rapports et en conséquence, dans un courant favorable à une appréciation large du caractère international des arbitrages. En effet, la conséquence la plus immédiate de la prise en considération de critères liés à l'économie du contrat est l'extension du domaine de la Convention de New York. En ce sens, l'assimilation d'une sentence internationale à une sentence étrangère est donc positive.

Il reste pourtant essentiel de ne pas oublier qu'une sentence étrangère rendue en matière de droit interne ne devrait pas nécessairement être examinée à la lumière du même standard applicable à une sentence rendue pour trancher un litige surgissant d'un rapport international.

Cette conclusion s'applique aussi à la loi-type.

#### B - La qualification d'*arbitrage international* dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

D'après l'article 1.3 de la Loi-type,

*"Un arbitrage est international si*

*a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou*

*b) un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement ;*

*i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ;*

*ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ;*

*ou*

*c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays*

*[...]"*.

Notons immédiatement que la loi-type inclut dans son domaine d'application aussi bien l'*arbitrage étranger* que l'*arbitrage international*, alors pourtant qu'elle ne vise qu'à régler l'*arbitrage international*<sup>72</sup>. En effet, elle prend en considération,

---

décision, voir aussi Laurent A. NIDDAM, "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", (1993) *Rev. Arb.* 13-62, p. 27 et s.

<sup>71</sup> L'article 1 fait référence au "règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international".

<sup>72</sup> Voir, à propos de la formulation de cet article, Louis MARQUIS, "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois", (1992) 37 *McGill L.R.* 448-468 p. 464

autant les *éléments d'extranéité du rapport litigieux* (critère économique)<sup>73</sup>, que les *éléments d'extériorité de la procédure arbitrale* (critère territorial).

En ce qui concerne la qualification d'*international*, la loi-type présente alors un domaine d'application plus étendu que la Convention de New York, dans la mesure où

-elle établit clairement son application aux *conventions d'arbitrage* dont le seul élément d'extranéité est le lieu du siège de l'arbitrage (pourvu que ce lieu soit déterminé suivant la volonté des parties) ;

-elle ne limite pas sa définition de l'arbitrage international aux deux critères traditionnels. Elle y ajoute, au paragraphe c), un troisième critère, totalement subjectif<sup>74</sup>.

Sous ces points, la loi-type se distingue des lois américaine et française.

D'après la Section 201 du *Federal Arbitration Act*<sup>75</sup>, la Convention de New York doit être appliquée par les tribunaux américains aussi bien aux sentences étrangères qu'aux sentences rendues aux États-Unis entre citoyens américains, dans la mesure où ces dernières rentrent dans le contexte légal d'un autre État<sup>76</sup> (parce que le rapport "*involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable relation with one or more foreign states*")<sup>77</sup>. C'est au tribunal de juger dans chaque espèce ce qui constitue "*a reasonable relation*" avec un état étranger.

<sup>73</sup>

Notons que la jurisprudence arbitrale considère également l'intervention d'intérêts du commerce international comme un élément déterminant pour qualifier un arbitrage d'*international* : sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3130 de 1980, *Clunet* 1981.931 ; Sentence partielle C.C.I. rendue en 1991 dans l'affaire 6709, 119 *Clunet* 1992.999, obs. D.H.

<sup>74</sup>

Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p.56.

<sup>75</sup>

Sect. 201 U.S. *Arbitration Act* 9 U.S.C.

<sup>76</sup>

*Sigval Bergesen v. Joseph Muller Corporation*, précité, note 70 : "Awards "not considered as domestic" [...] denotes awards which are subject to the convention not because made abroad but because made within the framework of another country, e.g., pronounced in accordance with foreign law or involving parties domiciled or having their principal place of business outside the enforcing jurisdiction". Il rentre donc dans le domaine de la Convention de New York "an award arising from arbitration held in New York between two foreign entities".

Voir M.B. FELDMAN, "An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award", *op. cit.*, note 70 ; Georges R. DELAUME, *Transnational Contracts - Law and Practice*, Vol. I, Oceana Publications, 1988, p. 289 : "This decision increases the similarity between U.S. law and French law".

<sup>77</sup>

§ 202 U.S. *Arbitration Act* 9 U.S.C.

Une telle connexion justifiera la reconnaissance et l'exécution autant des sentences que des *conventions* arbitrales. C'est en effet la nature internationale du rapport qui permettrait aux parties de choisir un *for* autre que le *for* domestique aussi bien que de soumettre leur litige à un arbitre<sup>78</sup>.

Mais, lorsque cette connexion entre le rapport litigieux et l'État étranger fait défaut, la Section 202 du *Federal Arbitration Act* exclut expressément l'application de la Convention aux conventions d'arbitrage<sup>79</sup>. La situation à l'étranger du siège arbitral ne suffit donc pas à faire rentrer dans le domaine d'application de la Convention de New York une clause compromissoire concernant un litige de droit américain interne.

En France, l'application des règles relatives à l'arbitrage international dépend de l'article 1492 du Nouveau Code de procédure civile. Cet article établit qu'"(E)st international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international". Le principe posé par la "jurisprudence Matter" en 1927<sup>80</sup> et appliqué en matière d'arbitrage en 1968 est ainsi législativement reconnu<sup>81</sup>.

C'est alors "la réalité de l'opération économique" qui compte au moment d'établir si les parties doivent être renvoyées devant l'arbitre<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup>

*Sherk v. Alberto Culver*, 417 U.S. 506 (1974). Dans cet arrêt, la Cour, en mettant sur le même plan le choix du forum et la convention arbitrale, a établi l'arbitrabilité des questions intéressant la législation en matière de transmission de titres immobiliers.

"An agreement to arbitrage before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posts not only the situs of suit but also the procedure to be used in resolving the dispute. Le tribunal conclut ainsi :

"The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts [...] We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts".

<sup>79</sup>

*John H. Brier v. Northstar Marine, Inc., Shamrock Marine Toeing and Cape May marine Services, Inc.*, précité, note 64.

<sup>80</sup>

Du nom du Procureur Général de l'époque. Cass. civ., 17 mai 1927, D. 1928.I.25, Concl. Matter, note Capitant ; *Gaz. Pal.* 1927, 2ème sem. 153.

<sup>81</sup>

Voir B. OPPETIT, note sous l'affaire *Impex c. Société P.A.Z. Malteria Adriatica, Malteria Tirrena*, *op. cit.*, note 67, p. 66 : "Jamais, jusqu'alors, la jurisprudence n'avait aussi nettement tenu à affirmer que l'internationalité de l'arbitrage procédait, non pas d'éléments purement formels et extrinsèques au litige, tels que le lieu de l'arbitrage ou la nationalité des arbitres, mais de la substance même de ce litige". *Sté Chantiers Modernes c. Sté Le Concassage Mobile Georges Cachot*, Paris, 1ère ch. supp., 8 déc. 1988, *Rev. Arb.* 1989.111, obs. Pellerin. Dans cet arrêt, la Cour déclare que "le caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre".

<sup>82</sup>

Ainsi il suffit pour qu'il s'agisse d'arbitrage international que le litige concerne un transfert de fonds à l'étranger ; et ce, même si les fonds à transférer sont relatifs au paiement d'une

De même qu'aux États-Unis, *et à la différence de ce qui découle de la lecture de l'article 1.3 de la loi-type*, il ne suffit pas que le lieu de l'arbitrage soit fixé à l'étranger pour que *la convention d'arbitrage* soit régie par les règles relatives à l'arbitrage international.

Notons que les rédacteurs de la loi-type s'étaient interrogés sur l'opportunité de qualifier d'international un arbitrage de droit interne sur la base *d'éléments extérieurs au rapport litigieux*.

Selon certains d'entre eux, *"il n'y avait aucune justification à qualifier d'internationale une relation purement interne simplement parce qu'un lieu d'arbitrage a été choisi à l'étranger"*<sup>83</sup>.

On soulignait en particulier comment la reconnaissance de l'autonomie des parties dans ce contexte leur aurait permis *"de se soustraire aux dispositions impératives de la loi, notamment celles qui prévoyaient la juridiction exclusive des tribunaux"*<sup>84</sup>.

---

commission à une personne de nationalité étrangère pour son intervention dans une vente d'immeuble à Paris : *Damon c. Abu Nasser*, Paris, 5 avril 1990, *Rev. Arb.* 1990.874. Voir aussi, *Sté Immoplan c. Sté Mercure*, Paris, 1ère ch. supp., 19 janvier 1990, *Rev. Arb.* 1991.125 : "Est international l'arbitrage relatif à un litige opposant deux sociétés italiennes et portant sur la propriété d'immeubles situés en France et sur le paiement de sommes libellées en francs suisses." Voir aussi la décision par laquelle la Cour d'appel de Paris a considéré que l'arbitrage portant sur un différend entre "deux sociétés de droit italien ayant leur siège en Italie", à propos d'un contrat "passé à Rome, pour la vente d'un navire battant pavillon italien, moyennant un prix fixé en liras italiennes et payé sur le territoire italien" est un arbitrage international. *Sté Aranella c. Sté Italo-Ecuadoriana*, Paris, 1ère ch. supp., 26 avril 1985, *Rev. Arb.* 1985.311, note Mezger ; *Chunet* 1986.175, note Jaquet. Dans ce cas, la Cour a basé sa décision sur le fait que la Société Italo-équatorienne, bien que constituée sous la forme d'une société de droit italien était, "entièrement sous contrôle étranger" et que, par conséquent, le navire objet du contrat de vente, devait être considéré comme ayant été acheté par un acquéreur étranger. Voir aussi : *Sté C.F.I.D. c. Sté Établissement A. Arnaud*, Paris, 1ère ch. supp., 22 janvier 1988, *Rev. Arb.* 1989.251, note Derains ; *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, Paris, 1ère ch. supp., 5 avril 1990, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1991.580, note Kessedjian ; *Rev. Arb.* 1992.110, et la note de Hervé SYNDET sous le même arrêt (*Rev. Arb.* 1992.117-124, à la page 119). Sur la même décision, voir, Catherine KESSEDJIAN, note sous l'arrêt *Courrèges et autres*, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1991.587-593, p. 592.

Voir toutefois, l'arrêt *Tardieu c. Société Bourdon*, Cass civ., 1ère ch., 7 octobre 1980, J.C.P. 1980.II.19480, concl. Gulphe ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1981.313, note Mestre ; *Rev. Arb.* 1982.36, note Level. Par cet arrêt, la Cour de cassation a décidé : "un contrat, passé entre Français domiciliés en France, qui soumettait au droit français les rapports des parties entre elles, n'avait pas, même si l'un des contractants était appelé à s'expatrier, le caractère d'un contrat international". Dans ce cas particulier, une des parties devait s'expatrier en Colombie afin de remplir ses obligations de représentant des intérêts de l'autre partie contractante, une société française.

<sup>83</sup>

*Rapport de la Commission des Nations Unies, précité*, note 42, par. 28.

<sup>84</sup>

*Idem.*

D'autres discussions ont porté sur le critère (posé par l'alinéa c)) selon lequel on pourrait qualifier d'international un arbitrage sur la base de la seule volonté des parties<sup>85</sup>.

Malgré ces objections, les deux alinéas ont été maintenus. Les rédacteurs ont pourtant reconnu que, dans ce contexte, le problème de l'arbitrabilité aurait dû être pris en considération<sup>86</sup>. Ils l'ont résolu en ajoutant un cinquième paragraphe à l'article 1 :

*"La présente loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que la présente loi."*

Cette règle, nécessaire en raison du caractère *lex specialis* que la loi-type peut revêtir lors de son adoption<sup>87</sup>, permet aux tribunaux des pays qui l'ont adoptée de limiter l'*arbitrabilité* d'après leur propre loi, même lorsque les parties ont choisi une loi différente pour régir leur convention.

En ce qui concerne l'intervention de l'*ordre public* du *for* lors du contrôle sur la *sentence*, notons que la loi-type ne fait pas référence à l'ordre public *international* mais seulement à l'ordre public. Cela n'est pas surprenant puisque le but des rédacteurs de la loi-type était de la voir adoptée par le plus grand nombre possible de

---

<sup>85</sup>

*Ibid*, par. 31 : "Cette proposition a cependant suscité chez certains la crainte que l'introduction d'un critère aussi subjectif donnerait toute latitude aux parties d'alléguer le caractère international d'une affaire purement interne. D'autres, au contraire ont jugé que cet inconvénient était compensé par les avantages d'un système qui donnait aux parties la certitude que leur transaction sera reconnue comme étant internationale, décision qui ressortissait normalement aux parties en vertu du principe de leur autonomie. Face à cet argument, l'avis a été exprimé qu'il était inconcevable qu'un État qui avait jugé nécessaire de conserver une loi spéciale pour les affaires internes puisse permettre aux parties de s'y soustraire".

<sup>86</sup>

*Ibid*, par. 29 : "[...] le problème relatif à l'arbitrabilité qui avait été soulevé d'une manière générale et en particulier au cours de la discussion sur le paragraphe 1[...]". Voir sur le sujet, Howard M. HOLTZMANN and Joseph E. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Legislative History and Commentary*, T.M.C. Asser Intitut, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989. p. 39.

<sup>87</sup>

A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international op. cit.*, note 1, p. 416 ; John E.C. BRIERLEY, "Chapitre XVIII De la convention d'arbitrage Articles 2638-2643", dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil*. Textes réunis, Les Presses de l'Université de Laval, 1993, *Obligations, contrats nommés*, 1066-1092. Ainsi, l'auteur note que cette règle n'est plus nécessaire au Québec et n'apparaît donc plus parmi les règles du Code de procédure civile du Québec sur l'arbitrage. Et ce, précisément parce que le caractère de *lex specialis* de cette loi a disparu à la suite de l'incorporation de la loi-type dans le Code de procédure civile et dans le Code civil.

pays et que l'ordre public au sens international n'est pas une notion universellement acceptée<sup>88</sup>.

Il nous semble, de plus, que ce choix doit être approuvé en raison du fait que la loi-type s'applique autant aux sentences étrangères rendues en matière de droit interne qu'aux sentences internationales.

Par conséquent, bien qu'on puisse soutenir que le recours à l'expression plus générale *ordre public* pourrait justifier l'application de l'ordre public interne aux sentences internationales, cette formulation nous semble néanmoins préférable à celle du Nouveau Code de procédure civile français.

Ce Code réunit sous son titre sixième, les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution, autant des sentences arbitrales *internationales* que les sentences *étrangères*.

Si bien que, d'après l'article 1502.5 du Nouveau Code de Procédure civile français, la sentence rendue à l'étranger, indépendamment de son caractère international, ne sera refusée (au moins théoriquement) que si "*la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international*".

Cet article crée donc la possibilité d'un assouplissement dans l'application des règles impératives de droit interne lorsque le rapport n'est pas de droit international ; ce qui se justifie mal<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup>

Jean-Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 482.

<sup>89</sup>

Voir ainsi, Yves DERAÏNS, note sous *Société C.F.I.D. c. Société Établissement A. Arnaud*, Paris, 1ère ch. supp., 22 janvier 1988, *Rev. Arb.* 1989. 260-268, p. 262. Après avoir précisé qu'il "*serait excessif de considérer que la fixation du lieu de l'arbitrage lorsque les intérêts du commerce international ne sont pas en cause est nécessairement contraire à l'ordre public*", l'auteur constate cependant que dans ce cas, "*l'ordre public international ne devrait pas pouvoir supporter que la fixation du lieu de l'arbitrage à l'étranger permette la reconnaissance ou l'exécution en France d'une sentence rendue en violation de l'ordre public interne*". *Société Murgue Seigle c. société Coflexip*, Paris, 1ère ch. supp., 14 mars 1989, *Rev. Arb.* 1991. 355, obs. J.H.M. et C. V. : "Le caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre ; [...] la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants".

### **Conclusion du premier chapitre.**

La Convention de New York accorde aux États signataires une assez grande liberté dans l'établissement de son domaine d'application.

Les législateurs nationaux peuvent ainsi choisir de limiter ou non l'application de la Convention aux litiges surgissant de rapports commerciaux. Ils ne sont donc pas obligés d'appliquer la Convention aux sentences rendues sur leur territoire, même si elles concernent des litiges surgissant de rapports de droit international privé. Seules les sentences étrangères rentrent obligatoirement dans son domaine d'application. La pratique internationale révèle pourtant la tendance à soumettre au régime de la Convention de New York, autant les sentences étrangères (rendues hors du pays du tribunal saisi pour l'exécution), que les sentences rendues dans le pays de l'exécution, si le litige concerne un rapport de droit international privé.

En ce qui concerne la reconnaissance des conventions d'arbitrage, les États peuvent limiter l'application de l'article II aux seules conventions concernant des rapports de droit international : la pratique relevée en droit comparé accuse une tendance à ne pas faire rentrer dans le domaine de la Convention les clauses d'arbitrage de droit interne, même lorsque le siège arbitral est fixé à l'étranger.

Le modèle proposé par la C.N.U.D.C.I. tire un bon parti de la liberté dont jouissent les États signataires de la Convention de New-York.

Le sens de l'adjectif *commercial* est très large, tout comme celui de l'adjectif *international*. En ce qui concerne ce dernier, en particulier, son sens est plus étendu que celui utilisé en droit comparé, puisqu'il intègre dans le domaine d'application de la loi-type, les conventions d'arbitrage concernant des rapports de droit interne lorsque le siège arbitral est fixé à l'étranger.

Entrent également dans le domaine d'application de cette loi, les rapports qualifiés d'internationaux par les parties.

L'élargissement du domaine d'application d'un régime favorable à l'arbitrage doit être approuvé, dans la mesure où on se rend compte que qualifier d'internationale une convention d'arbitrage ou une sentence pour les soumettre à la loi-type ne signifie pas le relâchement dans l'application des règles impératives de droit interne lors du contrôle sur la convention ou sur la sentence arbitrale.

## **Chapitre 2 - La procédure de contrôle sur la convention et sur la sentence arbitrale dans les textes canadiens de source internationale.**

Les réponses aux questions de savoir si un arbitre est compétent pour trancher un litige ou si une sentence peut être exécutée dans un certain pays ne dépend pas uniquement du *standard* utilisé pour examiner la convention ou la sentence. Plusieurs autres règles peuvent interférer. Ainsi, par exemple, un État peut favoriser ou entraver l'arbitrage en imposant un délai plus ou moins généreux pour la présentation de l'exception déclinatoire de compétence devant le tribunal étatique. Il pourra de même limiter l'étendue des pouvoirs reconnus à l'arbitre lorsqu'une exception d'incompétence est présentée lors de la procédure entamée devant lui.

Le seul examen de ces règles ne permet pas de déterminer si un litige est arbitral ou si une sentence est conforme à l'ordre public. Mais, leur connaissance est nécessaire pour saisir *comment* on détermine *qui* décide si une convention est valable, *quand* on en décide et dans quelles circonstances la sentence arbitrale peut être examinée par un tribunal déterminé.

Nous indiquerons quelles sont ces règles, en commençant par la Convention de New York (Section 1) pour continuer avec la loi-type (Section 2).

### *Section 1 - Le contrôle sur la convention et la sentence arbitrale dans la Convention de New York.*

Les articles de la Convention de New York prévoyant le pouvoir des États signataires de ne pas reconnaître la convention d'arbitrage ou la sentence arbitrale par le biais des concepts d'arbitrabilité et d'ordre public sont les articles II (Par. 1) et V (Par. 2).

#### Par. 1 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage - l'article II de la Convention de New York.

La Convention de New York cherchait à établir un moyen alternatif à ceux élaborés par la Convention de Genève pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Pourtant, durant les travaux effectués par la Commission Économique et Sociale des Nations Unies, et afin de modifier le texte de la C.C.I., le représentant suédois

proposa de reproduire à l'article I de la Convention de New York, l'article I du Protocole de Genève<sup>90</sup> qui prévoyait ceci :

*"Chacun des États contractants reconnaît la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'États contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis, à soumettre en tout ou partie les différends qui peuvent surgir dudit contrat, à un arbitrage même si ledit arbitrage doit avoir lieu dans un pays autre que celui à la juridiction duquel est soumise chacune des parties au contrat"*<sup>91</sup>.

Bien que cette proposition ait été favorablement reçue par plusieurs organisations actives dans le domaine du commerce international<sup>92</sup>, elle fut rejetée suite aux objections d'autres représentants. En effet, certains, considérant que l'objet de la Convention de New York était la reconnaissance et l'exécution de la *sentence* et non de l'accord compromissoire, trouvèrent cette suggestion superflue<sup>93</sup>.

Le texte adopté par la Conférence des Nations Unies le 4 juin 1958 ne faisait donc pas mention de ces propositions<sup>94</sup>. Le contenu de l'article I du Protocole de

<sup>90</sup> Doc. E/ 2704 et Corr. 1, 28/3/55.

<sup>91</sup> (Nos emphases).

<sup>92</sup> Voir G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, op cit., note 30, p. III.A 3.

<sup>93</sup> *Idem.* Le texte de la proposition présenté par le gouvernement suédois le 28 mai 1958 (Doc. E/CONF. 26/C.3/L.1, rapporté par G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, op. cit., note 30, p. III.B.1.23., se lit comme suit :

"1. Each contracting State shall recognize as valid any agreement in writing concerning existing or future disputes, under which the parties (to a contract) agree to submit to arbitration (in any other state) all or any differences which may arise between them (or any other matter susceptible of arbitration) or (in connection with such contract relating to a matter capable of settlement by arbitration)".

<sup>94</sup> Doc. E/ CONF. 26/L.46 et E/CONF. 26 L. 47, tels que rapportés par G. GAJA *International Commercial Arbitration The New York Convention*, op. cit., note 30, p. III.B.8.1. Le même auteur rapporte (p. III B.7.3.) qu'une requête dans le même sens a été présentée par le gouvernement hollandais le 5 juin (Doc. E/CONF. 26/ L. 54. Le texte du paragraphe qu'il était suggéré d'ajouter à l'article 1 se lit : "In case one of the parties invokes the existence of an agreement in writing before the courts these will refer the parties to arbitrators without prejudice however to the competence of the courts".

Genève n'apparut pour la première fois que le 6 juin 1958<sup>95</sup>. Il fut définitivement inclus dans le texte de la Convention à l'article II<sup>96</sup>.

Les circonstances de cette insertion peuvent être considérées comme étant à l'origine des problèmes d'interprétation qui ne tardèrent pas à se poser. Il est vrai que le texte de l'article II ne fit pas l'objet d'une analyse approfondie lors des travaux préparatoires. Il est également vrai que les rédacteurs de la Convention de New York étaient plutôt préoccupés par l'opportunité de son insertion dans la Convention que par sa formulation textuelle. Il faut cependant remarquer que l'article II ne s'éloigne pas fondamentalement de l'article 1 du Protocole de Genève de 1923. Si son inclusion était précipitée, son texte était cependant déjà bien connu par les praticiens de l'arbitrage commercial international.

L'article II de la Convention de New York prévoit :

"-1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

-2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

-3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée"<sup>97</sup>.

<sup>95</sup>

Doc. E/CONF. 26/L.59, tel que rapporté par G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, op. cit., note 30, p. III B.8.9.

<sup>96</sup>

Doc. E. CONF. 26/L.61, tel que rapporté par G. GAJA *International Commercial Arbitration The New York Convention*, op. cit., note 30, p. III B.9.1.

<sup>97</sup>

(*Nos emphases*) Pour une interprétation sur la signification possible des expressions "caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée", voir A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention*, op. cit., note 17, p. 158.

Selon cet auteur, le mot "caduque", qui traduit l'expression anglaise "null and void", sert à indiquer les instances dans lesquelles la convention d'arbitrage est nulle *ab initio* ;

Quant aux expressions "inopérante" et "non susceptible d'être appliquée" il n'y aurait pas une grande différence entre elles.

M. van den Berg a interprété le mot "inopérante" (traduit en anglais par "inoperative"), comme indiquant "those cases where the arbitration agreement has ceased to have effect", parce que, par exemple, les parties l'ont implicitement ou explicitement révoquée, ou parce que le différend a déjà été tranché par un autre tribunal (étatique ou arbitral) ou, encore parce que le délai pour demander l'arbitrage est expiré.

D'après cet auteur, il est plus difficile d'établir dans quels cas une conciliation aurait cet effet.

Le devoir de l'état de reconnaître la convention d'arbitrage découle alors clairement du texte de l'article II<sup>98</sup>. Pourtant, la seule indication à propos des modalités de cette reconnaissance résulte de l'exigence de la nature privée de la convention d'arbitrage : le devoir du tribunal d'un État contractant de renvoyer les parties à l'arbitrage est subordonné à la formulation de sa *demande par l'une des parties*.

Les États sont libres de régler les modalités de présentation de cette exception par les parties<sup>99</sup>. Ils peuvent donc choisir les solutions qu'ils considèrent les plus adéquates, en fonction des différents problèmes pratiques. Ces problèmes peuvent toucher à la fixation du délai dans lequel l'exception d'incompétence doit être soulevée ou à la question de savoir "qui", dans chaque cas, doit être considéré

Il est par contre certain que la possibilité de conflit entre la décision arbitrale et une décision éventuellement rendue par le tribunal étatique ne parvient pas à rendre inopérante une convention d'arbitrage.

-L'expression "*non susceptible d'être appliquée*" ("incapable of being performed") semble désigner les hypothèses dans lesquelles la procédure arbitrale ne peut être mise en œuvre. Tel sera le cas lorsque l'arbitre nommé dans la clause compromissoire se trouve dans l'impossibilité d'exercer sa mission.

Ne rentre pas dans cette catégorie, le cas dans lequel les ressources économiques de l'une des parties ne lui permettent pas de s'engager dans la procédure arbitrale.

-Finalement, la mesure dans laquelle la présence de tiers rend une convention d'arbitrage inopérante ou insusceptible d'être appliquée dépend des circonstances particulières de chaque espèce.

<sup>98</sup>

Mauro RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 156, à propos de la fonction "négative" de la convention d'arbitrage.

<sup>99</sup>

Au contraire, la Convention européenne, règle cette matière en détails. L'article 6, intitulé "Compétence judiciaire", permet l'introduction de l'exception tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, soit au moment de la présentation des défenses sur le fond, si le tribunal saisi considère l'exception d'incompétence comme une question de fond soit, avant cette présentation si le tribunal considère qu'il s'agit d'une question de procédure ; et ce, dans les deux cas, à peine de forclusion.

La Convention européenne établit aussi le délai dans lequel l'exception d'incompétence doit être présentée devant l'arbitre.

L'article 5, intitulé "Déclinatoire de compétence arbitrale", prévoit que les exceptions d'incompétence sont soulevées par la partie "*au plus tard au moment de présenter ses défenses de fond*". À défaut, sauf cause jugée valable par l'arbitre, l'introduction de ces exceptions sera également interdite devant le tribunal étatique.

Font toutefois exceptions à la règle :

- les exceptions qui peuvent être soulevées par l'arbitre selon la loi par lui applicable ;
- les exceptions qui peuvent être soulevées par le tribunal étatique saisi du fond ou de l'exécution, selon la loi déterminée par les règles de conflit.

Voir J. ROBERT, "La convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961", *op. cit.*, note 32, p. 178. L'auteur souligne que si la loi applicable par l'arbitre n'est pas la même que celle applicable par le tribunal saisi, on risque de donner la possibilité aux parties de soulever devant le tribunal des exceptions qu'elles n'auraient pas pu soulever en siège arbitral.

compétent pour rendre une décision sur la compétence dans la phase préliminaire à l'arbitrage.

On pourra alors se poser la question de savoir, par exemple, si le juge saisi doit s'abstenir en attendant que l'arbitre décide de sa propre compétence, sans du tout examiner, ni la validité de la convention d'arbitrage, ni l'arbitrabilité du différend<sup>100</sup>.

C'est la solution adoptée expressément par la Convention Européenne de 1961, qui prévoit à l'article 6 (3) que, dans l'hypothèse où la procédure arbitrale est introduite avant "*tout recours à un tribunal judiciaire*", le tribunal second saisi, sur la même question, sursoit "*sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale*". Limiter ainsi le contrôle sur la convention d'arbitrage à un examen *prima facie* et renvoyer le contrôle étatique sur la compétence à la phase finale permet d'éviter des décisions contradictoires dans la phase préliminaire à l'arbitrage.

Notons que la possibilité d'aboutir à des décisions contradictoires sur la question de la compétence *dans la phase préliminaire* augmente autant en raison de l'incertitude qui résulte de la formulation de la Convention de New York quant au *sens* de l'arbitrabilité que de la question de savoir quelle est *la loi applicable* à l'arbitrabilité. En effet, d'après l'article II, l'arbitrabilité est une question distincte des autres conditions de validité de la convention d'arbitrage. L'examen de cet article, dont la formulation pose des problèmes notables d'interprétation, est, pour nous, déterminant. Nous nous y arrêterons dans la troisième partie de notre étude.

#### Par. 2 - Le contrôle sur la sentence arbitrale - l'article V de la Convention de New York.

La Convention de New York de 1958 prévoit l'obligation pour les États contractants de reconnaître et/ou d'exécuter<sup>101</sup> les sentences arbitrales étrangères<sup>102</sup>, et interdit l'application de "*conditions sensiblement plus rigoureuses*" et de "*frais de*

<sup>100</sup>

Voir Jaques BÉGUIN, "Le droit français de l'arbitrage international et la Convention de New York du 10 juin 1958", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, op. cit., note 16, 217-248, p. 225.

<sup>101</sup>

À propos de l'utilité de distinguer la reconnaissance de l'exécution de la sentence arbitrale, voir *infra*, p. 160.

<sup>102</sup>

Article I de la Convention de New York de 1958.

*justice sensiblement plus élevés que ceux imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentence arbitrales nationales"*<sup>103</sup>.

L'article IV établit les conditions à remplir par la partie qui demande la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, cependant que l'article V dresse la liste des motifs de récusation de cette demande.

Cet article édicte :

*" 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées, la preuve :*

*a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou*

*b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou*

*c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou*

*d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou*

*e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue.*

*2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale, pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :*

*a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou*

*b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays."*

<sup>103</sup>

Article III de la Convention de New York de 1958. La deuxième partie de cet article constitue une innovation par rapport à la Convention de Genève du 1927.

Notons, premièrement, en ce qui a trait aux procédures visées par cet article, que le but de la Convention de New York de 1958 était de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; pour cette raison les modalités prévues et les raisons énumérées ne concernent que les procédures de reconnaissance et d'exécution et non la procédure d'annulation.

Toutefois, notons également que la procédure d'annulation est prise en considération d'une façon indirecte puisque la déclaration d'annulation est l'un des motifs de refus d'exécution de la sentence arbitrale<sup>104</sup>. Ainsi, grâce précisément aux effets généraux prévus par l'article V (1)(c) de la Convention de New York, l'annulation de la sentence arbitrale peut constituer un moyen de contrôle par le tribunal étatique encore plus important que la reconnaissance et l'exécution<sup>105</sup>.

Du point de vue de son contenu, non seulement la Convention de New York a bouleversé le système de la charge de la preuve établi par la Convention de Genève de 1927 mais, de plus, et à la différence de cette dernière<sup>106</sup>, elle offre une liste limitative des motifs de refus. La charge de la preuve revient maintenant à la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution.

La seconde partie de l'article V constitue une exception à cette nouvelle règle en permettant au tribunal étatique de refuser *ex officio* la demande de reconnaissance ou d'exécution dans des circonstances précises : soit, lorsqu'il y a précisément non-arbitrabilité de la question suivant la loi du *for*, soit lorsqu'il y a contrariété entre la reconnaissance ou l'exécution de la sentence et l'ordre public du tribunal.

En ce qui concerne la loi régissant la question de l'arbitrabilité, l'article V (2)(a) est plus clair que l'article II : c'est la loi du tribunal qui s'applique.

---

<sup>104</sup>

Selon l'article 2 de la Convention de Genève, le tribunal saisi pour l'exécution pouvait la refuser *ex officio* s'il constatait que la sentence avait été annulée dans le pays où elle avait été rendue. L'article V (1) de la Convention de New York de 1958 prévoit le refus de l'exécution ou de la reconnaissance si le défendeur fournit la preuve : "c) que la sentence [...] a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, où d'après la loi duquel la sentence a été rendue". (art. V (1)(c)). À propos du caractère obligatoire de la sentence arbitrale non suspendue ou annulée, voir Philippe LEBOULANGER, "État, politique et arbitrage L'affaire du Plateau des Pyramides", (1986) *Rev. Arb.* 3-28, p. 26.

<sup>105</sup>

On doit remarquer que l'article 9 (2) de la Convention Européenne de 1961 refuse que l'annulation dans un État contractant puisse constituer "une cause de refus de reconnaissance et d'exécution dans un autre État, dans le cas où l'annulation a été déclarée sur la base de l'article V (2) de la Convention d'arbitrage". Le but de cet article est évidemment, de ne pas donner valeur universelle aux concepts d'arbitrabilité et d'ordre public du lieu du siège arbitrale. Voir *infra*, p. 97.

<sup>106</sup>

Articles 1 et 2 de la Convention de Genève de 1927.

Il résulte aussi clairement de cet article que l'arbitrabilité ne coïncide pas nécessairement avec l'ordre public : les États signataires jouissent de la liberté autant pour déterminer les motifs justifiant la contrariété de la sentence à l'ordre public que pour poser les limites à la compétence de l'arbitre. Nous examinerons les conséquences pratiques de la formulation de cet article lors de l'examen détaillé de l'intervention des notions d'ordre public et d'arbitrabilité.

*Section 2 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I.*

La loi-type règle d'une façon assez détaillée le contrôle exercé sur la convention d'arbitrage et celui exercé sur la sentence arbitrale. Dans les deux paragraphes suivants, nous présenterons les règles pertinentes, en distinguant le contrôle sur la convention (Par. 1) du contrôle sur la sentence (Par. 2).

Par. 1 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage.

Les règles qui nous intéressent le plus dans la loi-type sont celles posées par les article 5, 8 et 16 de la loi-type.

Après avoir défini, dans l'article 7, les conventions d'arbitrage rentrant dans son domaine d'application et la forme requise pour leur validité formelle, la loi-type établit, en son article 8, qu'en présence d'une telle convention, le tribunal étatique *"renverra les parties à l'arbitrage, si l'une d'entre elles le demande, au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée"*.

Notons immédiatement qu'à la différence de l'article II de la Convention de New York, ce premier paragraphe de l'article 8 n'exige pas que la question soit "susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage".

La loi-type soumet le devoir du tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage à la demande de l'une d'entre elles, et établit également le délai dans lequel cette demande doit être présentée (*"au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend"*)<sup>107</sup>.

<sup>107</sup>

Voir aussi l'article 6 de la Convention Européenne de 1961.

Dans le but de régler les rapports entre procédure étatique et procédure arbitrale, le second paragraphe de l'article 8 prévoit que la saisine du tribunal étatique n'empêche pas l'engagement ou la poursuite de la procédure arbitrale ou encore le prononcé de la sentence par l'arbitre.

Les rapports entre tribunal arbitral et tribunal étatique sont aussi réglés par les articles 5 et 16 de la loi-type.

L'article 5 interdit au tribunal étatique d'intervenir dans une procédure d'arbitrage dans les cas autres que ceux prévus par la loi-type elle-même.

L'article 16 est particulièrement important en ce qu'il pose deux principes fondamentaux : celui de la *kompetenz-kompetenz* et celui de l'autonomie juridique (ou de la séparabilité de la convention d'arbitrage)<sup>108</sup>.

- Le principe de la *kompetenz-kompetenz* reconnaît la compétence de l'arbitre à décider sur sa propre compétence "y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage".

L'article 16 pose les règles relatives à la présentation de l'exception d'incompétence devant le tribunal arbitral. De plus, il prévoit le cas où la question de sa compétence est décidée par l'arbitre comme une question préalable et qu'appel de cette décision est interjeté devant le tribunal étatique. L'article 16 établit alors que "[L]a décision du tribunal sur ce point ne sera pas susceptible de recours".

- Selon le principe de l'autonomie juridique, ou de la séparabilité, la compétence arbitrale doit être décidée en prenant en considération la règle selon laquelle "*une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat principal n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire*"<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup>

Antonias DIMOLITSA, "Autonomie et «*kompetenz-kompetenz*»", (1998) *Rev. Arb.* 305-357. Pierre MAYER, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", (1998) *Rev. Arb.* 359-368.

<sup>109</sup>

A. DIMOLITSA, ("Autonomie et «*kompetenz-kompetenz*»", *op. cit.*, note 108.), souligne la tendance à confondre les principes de la *kompetenz-kompetenz* et de l'autonomie. Cela s'explique en raison du fait que les deux concernent les pouvoirs juridictionnels de l'arbitre. Pourtant, le principe de la séparabilité concerne le pouvoir de l'arbitre de décider de la *validité du contrat principal* : il lui permet de le déclarer "inefficace, nul ou même non avvenu". Le principe de la séparabilité concerne, lui, le pouvoir de l'arbitre de donner une *décision sur le fond*.

Reconnu depuis 1963 par la jurisprudence française<sup>110</sup> et depuis 1967 par la jurisprudence américaine, par l'arrêt *Prima Paint*<sup>111</sup>, ce principe est aussi communément appliqué par les arbitres<sup>112</sup>.

Les deux conséquences essentielles traditionnellement rattachées à la reconnaissance de ce principe sont les suivantes<sup>113</sup> :

---

Le principe de *kompetenz-kompetenz*, par contre, permet à l'arbitre de décider de la *validité de la convention d'arbitrage* (aussi bien que de son domaine d'application). La décision de l'arbitre concerne une question de *procédure*.

<sup>110</sup> *Gosset c. Sté Carapelli*, Cass. civ., 7 mai 1963, J.C.P. 1963.II.13405, note Goldman ; *Clunet* 1964.83, note Bredin ; D. 1963.545, note Robert ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1963.615, note Motulsky ; *Rev. Arb.* 1963.60. D'après cet arrêt, l'accord compromissoire "présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique". Dans le même sens, *Hecht c. Sté Buisman's*, Cass. civ., 1ère ch., 4 juill. 1972, *Clunet* 1972.843, note Oppetit ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1974.82, note Level ; *Rev. Arb.* 1972.671.

Voir aussi : *Quijano Aguero et autres c. Marcel Laporte*, Paris, 1ère ch. supp., 25 janv. 1972, *Rev. Arb.* 1973.158, note Fouchard ; *Beralty c. Sociétés Esselte Map Service et Esselte Studium*, Paris, 5ème ch., 9 nov. 1984, *Clunet* 1986.1039, note Loquin ; *Coumet, ès qual. et Ducler c. société Polar-Rakennusos a Keythio*, Paris, 1ère. ch. supp., 8 mars 1990, *Rev. Arb.* 1990.675, note Mayer. Voir aussi Phocion FRANCECAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hetch* de la Cour de Cassation", (1974) *Rev. Arb.* 67-87. L'auteur souligne (p. 72) que l'utilisation par la Cour de cassation, dans l'arrêt *Gosset*, de l'expression "accord compromissoire", bien que seule la clause compromissoire était en cause, démontre la volonté d'établir "un principe dont le niveau de généralité reflète son intention de se conformer à l'avenir".

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage a aussi été utilisé afin de déclarer la validité d'une clause compromissoire relative à un contrat qui avait fait objet de novation. *Cosiac c. Lucchetti et autres*, Cass. Civ., 1ère ch., 10 mai 1988, *Rev. Arb.* 1988.639, note Jarroson.

On doit aussi noter que le principe de l'autonomie juridique de la clause compromissoire n'empêche pas la validité de sa transmission en cas de cession de contrat : *Sté CCC Filmkunst GmbH und Co Kg c. Sté Etablissements de diffusion internationale de films EDIF*, Paris, 1ère ch. supp., 28 janvier 1988, *Clunet* 1989.1021, note Loquin. Eric LOQUIN souligne, dans sa note sous le même arrêt (*Clunet* 1989.1025-1044, à la page 1030), qu'"(i)l serait paradoxal qu'une règle, destinée à "protéger" la clause compromissoire et à assurer son effectivité, puisse devenir un obstacle à l'arbitrage en interdisant ou en limitant la transmission de la clause d'arbitrage. Le droit matériel de l'arbitrage est un droit fonctionnel qui vise à en assurer l'efficacité. Seule une analyse téléologique doit guider son interprétation".

<sup>111</sup> *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395 (1967). Voir aussi *Haardt v. Wahib S. Binzagr and Bros.*, 1986 WL 14836 (S.D. Tex. 1986).

<sup>112</sup> Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1526 de 1968, *Clunet* 1974.915, obs. Derains ; Sentence rendue par La Cour d'Arbitrage attachée à la Chambre du Commerce Étranger de Berlin (République de l'Allemagne Démocratique), le 28 janvier 1976, (1979) *IV Yearbook* 197 ; Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2694 de 1977, *Clunet* 1978.985 ; Sentence intérimaire C.C.I. rendue par M. Lalive dans l'affaire n° 1512, le 18 déc. 1967, (*Dalmia Dairy Industries (India) v. National Bank of Pakistan*), (1980) *V Yearbook* 171.

<sup>113</sup> Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 67. Du même auteur, voir aussi, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 58 ; John E.C. BRIERLEY, "Quebec's New (1986) Arbitration Law", (1987-88) *Can. Bus.L.J.* 58-69, p. 62 ; Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec - Droit interne - Droit international privé*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1991, 314, p. 140.

- Premièrement, la convention d'arbitrage ne doit pas *nécessairement* être régie par la loi du contrat principal dans lequel elle est insérée ;
- deuxièmement, l'acte compromissaire valide ne peut être affecté par une éventuelle invalidité du contrat principal.

Récemment, le principe de l'autonomie a été appliqué par la jurisprudence française avec une large étendue qui permet au tribunal de décider de la validité de la convention d'arbitrage comme d'une *question autonome par rapport aux lois étatiques*<sup>114</sup>. Cette tendance élimine la nécessité d'établir dans chaque cas la loi applicable pour régir cette question et exclut par conséquent le recours à la méthode conflictuelle classique<sup>115</sup>.

Comme nous le verrons, l'application de ce principe entraîne des effets importants sur l'intervention de l'ordre public et de la notion d'arbitrabilité sur la convention d'arbitrage.

#### Par. 2 - Le contrôle sur la sentence arbitrale.

Les chapitres 7 et 8 de la loi-type visent à régir respectivement les *Recours contre la sentence* et la *Reconnaissance et exécution des sentences*.

Ces deux procédures sont inextricablement liées. D'une part, parce que les motifs de l'annulation (établis à l'article 34) et ceux du refus de la reconnaissance et de l'exécution (établis à l'article 36) sont pratiquement identiques (sauf que l'annulation n'est érigée en motif de refus qu'à l'article 36 régissant l'exécution)<sup>116</sup>. D'autre part, parce que la déclaration d'annulation peut entraîner des effets sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

En ce qui concerne la procédure d'annulation, la première question qui se pose est celle d'établir le tribunal compétent.

<sup>114</sup>

*Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sté Dalico Contractors*, Cass. civ., 1ère ch., 20 déc. 1993, *Clunet* 1994.432, note Gaillard ; *Rev. cr. dr. int. pr.* 1994.663, note Mayer ; *Rev. Arb.* 1994.117, note Gaudemet-Tallon.

<sup>115</sup>

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 230 et s. Voir, *Infra*, p. 281 et s.

<sup>116</sup>

Cela signifie, comme l'a souligné M. PRUJINER, (Alain PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", (1987) *Rev. Arb.* 425-449, p. 445), que le tribunal saisi pour l'annulation ne serait pas lié "par la décision d'une juridiction de l'État dont la loi aurait été appliquée".

Notons que sur la base de l'article V 1(e) de la Convention de New York, repris par l'article 36 1(a)(v) de la loi-type, le tribunal compétent pour rendre une déclaration d'annulation capable d'être considérée lors d'un refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence même est celui du pays "*dans lequel ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue*".

Rien n'empêche le tribunal d'un des pays signataires de la Convention de New York d'être compétent suivant ses propres règles, pour statuer sur la demande d'annulation d'une sentence *étrangère*, c'est-à-dire rendue en dehors de la juridiction. Pourtant, à moins que la sentence n'ait été rendue selon la loi du tribunal lui-même, le jugement d'annulation ne sera pas reconnu dans les autres États membres de la Convention. En effet, la pratique suivie par les législations nationales semble limiter l'applicabilité de la procédure d'annulation aux sentences internationales rendues sur le territoire du *for*<sup>117</sup>.

Cette pratique a aussi été suivie par les rédacteurs de la loi-type. Suivant le paragraphe 2 de l'article 1 de la loi même, la procédure d'annulation est explicitement limitée aux sentences rendues dans la juridiction. Cet article, en prévoyant que "*les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État*", exclut en effet l'application de l'article 34 (qui pose les motifs d'annulation) aux sentences rendues en dehors de la juridiction.

Les raisons qui permettent aux tribunaux d'annuler une sentence arbitrale internationale en vertu de l'article 34 sont presque identiques à celles prévues par l'article 36 de la loi-modèle pour en refuser l'exécution<sup>118</sup>.

<sup>117</sup>

Voir, par exemple, aux États-Unis : *M & C. Corp. v. Erwin Behr GmbH & Co., KG*, 87 F. 3d 844 (1996) ; en France : *Société Procédés de préfabrication pour le béton c. Libye*, Paris, 1ère ch. civ., 28 octobre 1997, *Rev. Arb.* 1998.399, note Laurent. Voir aussi l'article 1504 du Nouveau Code de procédure civile français, qui limite spécifiquement la possibilité de demander l'annulation des sentences arbitrales internationales aux seules sentences rendues dans le pays même.

<sup>118</sup>

Ainsi, la sentence arbitrale ne sera pas annulée, à moins que :

"a) la partie en faisant la demande apporte la preuve :

i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité ; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou à défaut d'une indication à cet égard en vertu de la loi du présent État ; ou  
 ii) qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits ; ou  
 iii) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont

Ces articles reprennent la liste exhaustive<sup>119</sup> de l'article V de la Convention de New York. Les différences sont peu nombreuses<sup>120</sup>.

Rappelons que le choix de formuler l'article 34 sur la base de l'article V de la Convention de New York a été l'une des sources les plus importantes de discussions lors des travaux préparatoires de la loi-type.

Plusieurs membres du Groupe de travail ont contesté la nécessité de maintenir la règle prévoyant l'annulation de la sentence arbitrale sur la base de la non-susceptibilité de l'objet du différend d'être réglé par voie d'arbitrage d'après la loi du *for*. La non-arbitrabilité selon la loi du *for* n'aurait pas constitué un motif légitime d'annulation, mais seulement de refus de reconnaissance et d'exécution<sup>121</sup>.

---

trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée ; ou

iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente loi ; ou

b) le tribunal constate :

i) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent état ; ou

ii) que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.

[...]"

<sup>119</sup>

Une des préoccupations soulevées pendant les travaux préparatoires était précisément relative au caractère trop restrictif de cette liste, puisqu'elle ne couvrait pas spécifiquement tous les cas d'injustice dans la procédure. On avait donc suggéré d'y inclure d'autres motifs, tels que : le faux témoignage (établi ou reconnu comme tel), la corruption de l'arbitre ou des témoins, la découverte d'une preuve nouvelle. Une solution alternative consistait à supprimer le caractère exhaustif de la liste.

Ces propositions n'ont pourtant pas eu de suite puisque, "après une sélection sévère, [...] on a considéré que seuls les motifs exposés [...] étaient appropriés pour ce qui est de l'annulation des sentences dans l'arbitrage commercial international". Voir le *Commentaire Analytique du Projet de texte d'une Loi-type sur l'Arbitrage Commercial International*, *Gazette du Canada*, Vol. 120, n° 40, 4/10/86, Suppl., p. 161.

<sup>120</sup>

*Ibid*, p. 162 : l'article 34 (2)(a)(iv), par exemple, est différent de l'article 36(1)(a)(iv), puisque le premier "stipule le caractère prioritaire des dispositions impératives de la loi-type par rapport à toute convention des parties".

<sup>121</sup>

*Rapport de la Commission des Nations Unies*, précité, note 42, p. 64 ; *Commentaire Analytique précité*, note 119, p. 162 : "[L]'annulation n'a pas les mêmes effets que le refus de la reconnaissance et de l'exécution. En application de l'alinéa b) i), une sentence serait annulée si le tribunal constatait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage «conformément à la loi du présent État». Ce motif est certainement valable pour refuser la reconnaissance ou l'exécution dans un État donné, qui considère souvent cette question comme touchant à l'ordre public, et peut en réduire le champ en ne protégeant que son ordre public international. Cependant, ce même motif invoqué pour une annulation acquiert une dimension différente du fait de l'effet général de l'annulation".

En soulignant l'effet général de l'annulation, le groupe de travail, dans son rapport sur sa septième session (A/CN.9/246 et Corr. 1, par. 136 et 137), concluait ainsi : "[U]n effet aussi général, ne devait

On a pourtant finalement décidé de retenir cette formulation en la justifiant par le souci d'harmonisation<sup>122</sup>.

En soumettant la sentence arbitrale à la fois au contrôle du tribunal de l'annulation et à celui du tribunal de l'exécution, la loi-type suit la pratique internationale particulièrement bien illustrée par les exemples français et américain.

Pourtant, aux États-Unis les motifs susceptibles de conduire à l'annulation ne sont pas les mêmes que ceux prévus par l'article V de la Convention de New York de 1958 visant à la reconnaissance et à l'exécution.

Les motifs qui peuvent conduire à l'annulation sont énumérés à l'article 10 du *Federal Arbitration Act*<sup>123</sup>. Cette liste ne fait aucune référence, ni à l'arbitrabilité du différend, ni à aucun principe d'ordre public substantiel<sup>124</sup>. Elle est plutôt basée sur des motifs d'ordre public procédural qui n'étaient pas considérés, dans la tradition des

---

être obtenu que si le Tribunal constatait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi applicable à cette question, qui n'était pas nécessairement la loi de l'État où avait lieu la procédure d'annulation. On a suggéré, par conséquent, de supprimer la disposition figurant à l'alinéa b) i) du paragraphe 2. Le résultat de cette suppression [...] serait de limiter le contrôle exercé par le Tribunal en vertu de l'article 34 aux cas où la non-arbitrabilité faisait partie de l'ordre public de l'État (par. 2, alinéa b) ii)) et aux cas où le Tribunal considérerait l'arbitrabilité comme un élément de la validité de la convention d'arbitrage (par. 2, alinéa a) i))".

<sup>122</sup>

*Ibid*, p. 161.

<sup>123</sup>

*United States Arbitration Act*, U.S. Code, Title 9, § 1-14. Cet article établit que le tribunal du district où la sentence arbitrale a été rendue "may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration

- a) Where the award was procured by corruption, fraud or undue means.
- b) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.
- c) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy ; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.
- d) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final and definite award upon the subject matter submitted was not made.
- e) Where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion direct a rehearing by the arbitrators".

<sup>124</sup>

L'exception de *public policy* pourra évidemment toujours être soulevée. Voir Howard H. HOLTZMANN, "United States", dans Pieter SANDERS ed., *International Handbook on Commercial Arbitration. National reports. Basic Texts*, International Council For Commercial Arbitration, (I.C.C.A.), Kluwer Law and Taxation Publisher, 1984, Suppl. 13, Sept, 1992, p. 29.

pays de *common law*, comme faisant partie de la notion de *public policy*<sup>125</sup>. Cependant cette liste n'est pas exhaustive<sup>126</sup>.

Il faut aussi remarquer que l'article 10 du *Federal Arbitration Act* est bien antérieur à la Convention de New York et à la nouvelle conception de l'arbitrage international<sup>127</sup>. Cette règle visait à régler les sentences rendues sur le territoire américain. Son but était donc celui de régir l'arbitrage interne, ou mieux, interétatique. Au terme de l'évolution qui a eu lieu dans l'interprétation des concepts d'arbitrage étranger et d'arbitrage international, il revient maintenant au tribunal de décider comment appliquer les critères énoncés par la loi aux situations qui présentent des éléments internationaux<sup>128</sup>.

En France également, la loi prévoit la possibilité de demander l'annulation des sentences arbitrales qui y sont rendues, tant en matière de droit interne<sup>129</sup> qu'en

<sup>125</sup>

Voir *infra*, p. 120, à propos des discussions qui ont eu lieu pendant les travaux préparatoires de la loi-type de la C.N.U.D.C.I., sur la signification des termes ordre public et *public policy*.

<sup>126</sup>

Voir, par exemple, les problèmes liés à l'interprétation de la notion de "manifest disregard of the law" qui avait été considérée, par un arrêt rendu en 1953, comme un autre motif d'annulation. H.M. HOLTZMANN, "United States", *op. cit.*, note 124, p. 28 ; Jan PAULSSON et Jacques BERTAND de BALANDA, "L'exécution des sentences arbitrales dans les pays de *common Law* (Angleterre et États-Unis)", dans C.C.I., *L'exécution des sentences arbitrales*, Les dossiers de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Paris, 1989, 67-85, p. 72.

<sup>127</sup>

*Sigval Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, précité, note 70. M.B. FELDMAN, "An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award", *op. cit.*, note 70.

<sup>128</sup>

Voir, à ce propos, la décision par laquelle la Cour d'appel des États-Unis a décidé que le motif tiré du "manifest disregard of the law", (qui ne rentre pas parmi ceux prévus par la Convention de New York) était applicable lors d'une procédure d'annulation d'une sentence rendue sur un litige surgissant d'un rapport de droit international privé ; cela en raison du fait que la sentence avait été rendue aux États Unis et l'annulation régie spécifiquement par le FAA : *Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" US, Inc.*, 126 F. 3d 15 (1997). Même si, finalement, la sentence a été reconnue valide, cet arrêt a suscité beaucoup de perplexité en doctrine : Robert B. von MEHREN, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards in The United States", (1998) 771 *Practising Law Institute, Commercial Law and Practice Course Handbook Series* 147-179 ; Thomas CARBONNEAU, "Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention", (1998) 6 *Tulane J. of Int'l & Comp. L.* 277-290, p. 282 et s. En matière de prescription de l'action en nullité prévue par le F.A.A., voir *Jamaica Commodity Trading Co. v. Connel Rice & Sugar Co., Inc. and L. & L. Marine Service, Inc.*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 8976 ; (1993) XVIII *Yearbook* 466.

<sup>129</sup>

Article 1484 N.C.P.C. : "Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire.

Il n'est ouvert que dans les cas suivants :

1. Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
2. Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
3. Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
4. Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;

matière de droit international<sup>130</sup>. La possibilité de présenter à un tribunal français une demande d'annulation d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est prévue explicitement par l'article 1504 du Nouveau Code de procédure civile. Par cette règle, le législateur a voulu mettre fin à l'incertitude causée par une certaine tendance jurisprudentielle (qui aboutit à l'arrêt *Götaverken*<sup>131</sup>) niant la possibilité de demander l'annulation en France de la sentence arbitrale dont le seul lien avec le *for* est celui d'y avoir été rendue.

Suivant l'article 1504 du Nouveau Code de procédure civile français, les motifs qui conduisent à l'annulation de la sentence arbitrale internationale sont les mêmes que ceux qui permettent au tribunal de renverser la décision accordant la reconnaissance et l'exécution, que l'on trouve énumérés à l'article 1502 du même code<sup>132</sup>. Cet article prévoit :

---

5. Dans tous les cas de nullité prévus par l'article 1480 ;

6. Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public".

<sup>130</sup>

Article 1504 N.C.P.C. : "La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans le cas prévus à l'article 1502 [...]".

<sup>131</sup>

*General National Maritime Transport Co.c. Société Götaverken Arendal A.B.*, Paris, 21 fév. 1980, *Chunet* 1980.660 ; *Rev. Arb.* 1980.524 ; D.S. 1980.568. Voir Fernand Charles JEANTET, note sous cet arrêt, *Rev. Arb.* 1980.533-537.

Par cet arrêt, la Cour d'appel avait refusé d'examiner un appel en nullité contre une sentence arbitrale internationale rendue à Paris suivant le Règlement C.C.I., parce qu'elle ne se rattachait "en aucune manière à l'ordre juridique français". (La loi choisie n'était pas la loi française, les parties étaient étrangères et le contrat avait été conclu et aurait dû être exécuté à l'étranger).

Cette solution amène, en pratique, à la reconnaissance de la notion d'"arbitrage délocalisé" : un arbitrage qui, en raison de la perte d'importance du lieu du siège arbitrale, ne peut plus être identifié comme national par aucun pays. Voir aussi, *Commandement des Forces aériennes de la République islamique d'Iran c. Société Bendone Derossi International*, Cass. civ., 1ère ch. supp., 20 déc. 1984, (1987) XII *Yearbook* 482 ; *Rev. Arb.* 1985.418, note Synvet.

Voir Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 54 ; Jan PAULSSON, "Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of Its Country of Origin", (1981) 30 *Int. and Comp.L.Q.* 358-387 ; Georges R. DELAUME, "L'arbitrage Transnational et les Tribunaux Nationaux", (1984) *Chunet* 521-547, p. 523.

Voir aussi, *Société Maatschappij voor Industriële Reaserch en Ontwikkeling c. Lievrement et autres*, Cass. civ., 1ère ch., 25 mai 1983, *Rev. Arb.* 1985.415 : "La sentence rendue à l'étranger en matière internationale postérieurement à l'entrée en vigueur du décret du 14 mai 1980 mais antérieurement à celle du décret du 12 mai 1981, n'est susceptible de recours en annulation que si elle est nationale, c'est-à-dire si elle a été rendue selon la loi française de procédure choisie par les parties".

<sup>132</sup>

Une différence importante entre le système français et les systèmes canadiens et américains est la procédure prévue pour la reconnaissance et l'exécution.

Sur présentation, par la partie intéressée, de l'original de la sentence arbitrale (article 1499 N.C.P.C.), le tribunal doit, sur la base de l'article 1498 du même code, reconnaître ou ordonner l'exécution de la sentence arbitrale rendue à l'étranger ou en matière d'arbitrage international, si elle nest pas "manifestement contraire à l'ordre public international".

Le contrôle est donc extrêmement sommaire étant donné que la procédure pour la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale ne prévoit pas de contradictoire et que la décision du juge de l'exécution est un acte de "jurisdiction gracieuse". R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, *op.*

*L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :*

*1- Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;*

*2- Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;*

*3- Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;*

*4- Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;*

*5- Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international.*

Notons immédiatement que non seulement cet article ne fait pas mention de l'arbitrabilité selon la *lex fori*, mais il codifie le principe selon lequel la sentence doit se conformer à l'*ordre public international*.

Cet article ne prévoit pas non plus, parmi les causes de refus de reconnaissance et d'exécution, l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine. Les tribunaux français n'hésiteront donc pas à exécuter une sentence annulée par le tribunal d'un autre pays. Sur ce point, la jurisprudence est constante depuis l'arrêt *Norsolor* rendu en 1984<sup>133</sup>, pour continuer avec les décisions rendues dans les affaires *Polish Ocean Line*<sup>134</sup> et *Hilmarton*<sup>135</sup>, jusqu'à la récente décision *Chromalloy*<sup>136</sup>.

Cette jurisprudence est entièrement fondée sur l'article VII de la Convention de New York, selon lequel la Convention elle-même ne saurait avoir pour effet de priver "*aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée*".

---

*cit.*, note 17, p. 370. C'est donc uniquement l'appel contre cette décision qui instaurera la procédure contentieuse dans laquelle le tribunal évaluera l'existence ou non de motifs prévus par l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile.

<sup>133</sup> *Pabalk Ticaret c. Norsolor*, Cass. Civ., 1ère ch., 9 oct. 1984, *Rev. Arb.*, 1985.431, note Goldman ; *Clunet* 1985.679, note Kahn ; D. 1985.101, note Robert ; (1985) 2 *J. Int'l Arb.* 68, note Thompson.

<sup>134</sup> *Société Polish Ocean Line c. société Jolasry*, Cass. civ., 1ère ch. civ., 10 mars 1993 ; Douai, 8ème ch. civ., 18 avril 1991, *Clunet* 1993.360, note Kahn ; *Rev. Arb.* 1993.255, note Hascher.

<sup>135</sup> *Sté Hilmarton c. sté Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Cass. civ., 1ère ch., 23 mars 1994, *Clunet* 1994.701, note Gaillard.

<sup>136</sup> *République arabe d'Egypte c. Société Chromalloy Aero Services*, Paris, 1ère ch. civ., 14 janvier 1997, *Rev. Arb.* 1997.394, note Fouchard.

Les tribunaux français ne sont d'ailleurs pas les seuls à suivre cette tendance<sup>137</sup>, comme le démontre une décision récente par laquelle un tribunal américain saisi pour l'exécution de la même sentence arbitrale aux États-Unis est arrivé exactement à la même conclusion<sup>138</sup>.

Mais reconnaître la sentence annulée suivant la loi du siège de l'arbitrage signifie nier l'efficacité internationale de l'annulation. Si alors l'annulation n'a plus pour résultat d'effacer la sentence arbitrale à quoi sert-elle<sup>139</sup> ?

D'un autre côté, reconnaître une efficacité internationale de principe de la décision d'annulation en refusant automatiquement l'exécution de la sentence annulée présente le risque de permettre qu'une décision d'annulation rendue suivant une notion d'arbitrabilité étroite et suivant des *règles d'ordre public local* empêche la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale partout dans le monde.

Les notions d'arbitrabilité et d'ordre public interne du pays siège de l'arbitrage risquent donc de produire des effets extra-territoriaux qui ne trouvent de justification, ni dans le souci de protéger les droits des parties, ni dans celui de préserver les intérêts fondamentaux de l'État où la reconnaissance ou l'exécution sont demandées, ni non plus dans le souci de préserver les intérêts du pays d'origine

---

<sup>137</sup> Voir ainsi, Philippe FOUCHARD, "La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine", (1997) *Rev. Arb.* 329-352, p. 334.

<sup>138</sup> *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996); (1997) *XXII Yearbook* 1001.

<sup>139</sup> En effet, les spécialistes du droit de l'arbitrage sont divisés sur la nécessité d'avoir une telle procédure. D'aucuns penchent pour un arbitrage complètement détaché du pays d'origine : Berthold GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", (1963) II *Recueil des Cours de l'Académie de droit International de La Haye*, 347-483, p. 380 ; Pierre LALIVE, "Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", (1976) *Rev. Arb.* 155-185.

D'autres soutiennent la nécessité d'avoir au moins un certain rattachement à un système déterminé : Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 54, p. 419. L'auteur est favorable à la possibilité d'avoir une procédure d'annulation dans le pays où la sentence arbitrale a été rendue, soit parce qu'"elle favorise une répartition internationale des compétences juridictionnelles des États à l'égard des sentences intéressant le commerce international", soit parce qu'elle est "conforme à l'attente légitime et à l'intérêt des deux parties".

Dans le même sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 918 et s. Voir aussi F.A. MANN, "*Lex facit Arbitrum*", dans Pieter SANDERS ed., *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, 157-183, p. 159.

de la sentence, dans le cas où celui-ci n'a pas d'autre point de contact avec l'arbitrage que celui d'en avoir été le siège<sup>140</sup>.

Or, c'est précisément la possibilité qui découle de l'article 36 de la loi-type prévoyant, parmi les motifs de refus de la sentence arbitrale, l'annulation ou la suspension de la sentence.

Il est vrai que la formulation de l'article 36 (la reconnaissance ou *l'exécution ne peut être refusée que...*) semble accorder un certain pouvoir discrétionnaire au tribunal. De plus, et de toute façon, il ne faut pas oublier que cette loi n'est qu'un modèle que chaque État est libre de reprendre suivant ses propres nécessités.

---

140

Voir A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 331. L'auteur souligne une conséquence possible de l'application de l'article V (1)(e) de la Convention de New York en notant que "as the award can be set aside in the country of origin on all grounds contained in the arbitration law of that country, including the public policy of that country, the grounds for refusal of enforcement under the Convention may indirectly be extended to include all kinds of particularities of the arbitration law of the country of origin. This may undermine the limitative character of the grounds for refusal listed in Article V, [...] and thus decrease the degree of uniformity existing under the Convention".

### **Conclusion du deuxième chapitre.**

La liberté dont jouissent les États signataires de la Convention de New York en matière de contrôle sur la convention et sur la sentence arbitrale est notable.

En ce qui concerne le contrôle sur la convention arbitrale, la Convention n'offre aucune indication quant aux règles de procédure à suivre par la partie qui veut la faire reconnaître. Chaque État est donc libre, par exemple, d'établir le délai dans lequel l'exception déclinatoire doit être présentée devant le tribunal public ou encore de déterminer si l'arbitre est ou non compétent pour statuer sur sa propre compétence.

Lors de la reconnaissance de la sentence, les pouvoirs des États sont limités à ceux énoncés à la liste exhaustive de l'article V. De plus l'article VII offre la possibilité d'examiner la sentence suivant la loi du tribunal si elle est plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution.

Il revient aux législateurs nationaux de décider comment utiliser cette liberté. Et, de ce point de vue, il faut reconnaître que les efforts de la C.N.U.D.C.I. pour combler les lacunes des législations nationales sur l'arbitrage commercial international ont été fructueux.

La loi-type reprend les principes fondamentaux posés par la Convention de New York de 1958 en offrant, de plus, une solide base procédurale dans laquelle se concrétise l'expérience de plusieurs années de pratique de l'arbitrage commercial international. Les règles posées par cette loi exercent une influence plus ou moins marquée, au moment de l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public. Soulignons parmi celles qui jouent un rôle essentiel, la règle qui impose la reconnaissance de la force obligatoire de la convention d'arbitrage, celle qui reconnaît la compétence de l'arbitre à décider sur sa propre compétence, celle qui pose le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage et celles établissant les procédures de contrôle sur la sentence arbitrale.

L'importance majeure du rôle joué par la loi-type dans le processus d'harmonisation des législations nationales sur l'arbitrage est indéniable.

Il ne faut pas oublier pourtant que, comme dans le cas de la Convention de New York, la formulation finale du texte de la loi-type est le résultat d'un compromis entre les opinions discordantes des membres de la Commission. Elle n'offre pas nécessairement la solution la plus appropriée, pour tous, dans toutes les circonstances.

Ainsi, la formulation des articles 34 et 36 et le lien très étroit entre les procédures d'annulation et de reconnaissance et d'exécution aboutissent à ce que les notions d'arbitrabilité et d'ordre public du pays siège de l'arbitrage agissent au moment où le contrôle sur la sentence arbitrage est exercé par le pays de l'exécution.

La solution offerte par la loi-type pourrait alors ne pas être acceptable pour le législateur national qui choisit de l'adopter, surtout à la lumière de la tendance développée en France et aux États-Unis, à ne pas reconnaître les décisions d'annulation au moment de l'exécution.

Il sera donc intéressant de voir comment elle a été reçue au Canada.

## **Titre 2 - Les sources internes du droit canadien de l'arbitrage commercial international.**

L'adhésion du Canada à la Convention de New York en 1986 est le résultat d'une longue démarche qui a abouti à l'adoption d'une des législations certainement les plus avancées qui soient en ce domaine. Cela a nécessité la résolution de plusieurs obstacles de nature constitutionnelle<sup>141</sup>. Finalement, toutes les juridictions ont repris le modèle de loi proposé par la C.N.U.D.C.I.

Pour mieux comprendre la situation actuelle et surtout pour mieux percevoir l'esprit qui doit guider les tribunaux canadiens dans l'application des concepts d'arbitrabilité et d'ordre public, il est nécessaire d'examiner la réforme qui a suivi l'adhésion à la Convention de New York à la lumière de la législation antérieure. (Chapitre 1)

Dans le deuxième chapitre nous examinerons la réforme qui a eu lieu au Canada à la suite de l'adhésion à la Convention de New York en 1986 ainsi que l'introduction de la loi-type dans les législations canadiennes. (Chapitre 2)

Après avoir souligné les similarités et les différences qui existent entre les législations canadiennes, nous examinerons les effets de la structure fédérale canadienne sur l'homogénéité du régime de l'arbitrage commercial international, surtout en ce qui concerne l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public sur la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale dans les différentes juridictions. (Chapitre 3).

---

<sup>141</sup>

Sur la base du principe de la souveraineté parlementaire, les tribunaux canadiens n'appliqueront pas les normes édictées par un traité international tant que celui-ci n'a pas été incorporé à la législation interne. Ce n'est qu'après avoir reçu cette confirmation législative que le traité aura force de loi. Voir Jean Charles BONENFANT, "L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée?", (1977) 18 *C. de D.* 383-396 p. 394. L'auteur note que ce principe dérive d'une ancienne règle britannique qui, si elle n'est pas unique au droit anglais, n'a cependant pas été suivie aux États-Unis, où les traités conclus par le pouvoir exécutif et approuvés pas le Sénat acquièrent automatiquement force de loi. Cf. *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario and others*, (Avis sur les conventions de travail), (1937) A.C. 326 ; III Olmstead 180, et *Arrow River & Tributaries Slide and Boom Co. c. Pigeon Timber Co.*, [1932] R.S.C. 495, 509 et s. ; Henry BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit Constitutionnel*, 2ème éd., Cowansville, 1990, p. 600. La confirmation législative des traités s'avère encore plus complexe, dans certains domaines, du fait du caractère fédéral du Canada et du principe corrélatif de partage des compétences législatives au sein de la fédération canadienne. Ce principe a été admis au Canada par le Comité judiciaire du Conseil Privé en 1937, dans *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario and others*, (Avis sur les conventions de travail), précité, cette note. Voir aussi H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, cette note, p. 495. Gil REMILLARD, "Souveraineté et fédéralisme", (1979) 20 *C. de D.* 237-246, p. 244.

Dans ce second titre nous nous arrêterons donc sur les sujets suivants :

Chapitre 1 - Les législations canadiennes antérieures à l'adhésion à la Convention de New York.

Chapitre 2 - Les sources actuelles du droit de l'arbitrage commercial international au Canada.

Chapitre 3 - L'harmonisation du droit canadien de l'arbitrage commercial international et la coordination des décisions étatiques en matière d'arbitrage dans le contexte fédéral canadien.

## Chapitre 1 - Les législations canadiennes antérieures à l'adhésion à la Convention de New York de 1958.

Pour bien comprendre l'importance de la réforme législative qui eut lieu au Canada à la suite de l'adhésion à la Convention de New York, il est nécessaire de connaître la situation canadienne antérieure à 1986.

Contrairement aux États-Unis où l'arbitrage commercial international relevait et relève de la compétence fédérale<sup>142</sup>, au Canada, en raison des règles constitutionnelles, il n'existait pas de loi fédérale sur l'arbitrage. De plus, les législations des provinces de *common law* étaient très éloignées de celle du Québec<sup>143</sup>.

Dans ce chapitre, nous indiquerons les différences les plus importantes qui existaient entre les législations des provinces de *common law* (Section 1) et celle du Québec (Section 2).

### Section 1 - Les juridictions canadiennes de *common law*.

La législation des provinces canadiennes de *common law* sur l'arbitrage était très homogène<sup>144</sup>. Basée sur l'exemple de l'ancien système anglais<sup>145</sup>, elle permettait aux cours étatiques d'influer grandement sur la procédure arbitrale.

Cette possibilité d'interférence découlait de la méfiance envers les capacités des arbitres à régler des différends parfois excessivement complexes du point de vue légal. Elle se manifestait par la procédure du *special case* ou *stated case* en vertu de laquelle l'arbitre pouvait demander l'assistance du tribunal dans l'interprétation des questions de droit ("*to state the case*")<sup>146</sup>. Chaque partie avait également le droit de

<sup>142</sup>

*United States Arbitration Act*, U.S. Code, Title 9, c. 1 et 2.

<sup>143</sup>

Bien qu'une étude, menée en 1931, par un organisme intitulé "La Conférence pour l'uniformisation de la législation au Canada" semble démontrer l'existence d'une législation uniforme et avancée sur l'arbitrage à cette époque, ses conclusions ne sont pas représentatives de la réalité canadienne parce qu'elles ne prenaient en considération que les seules provinces de *common law*. Voir J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 17 ; Manon POMERLEAU, "L'arbitrage interprovincial et international au Canada : Aspects constitutionnels et législatifs", (1985) *Rev. Arb.* 373-404, p. 385.

<sup>144</sup>

J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 19.

<sup>145</sup>

*English Arbitration Act* of 1889, (U.K.), c. 49.

<sup>146</sup>

L'arbitre pouvait saisir le tribunal, soit pendant la procédure arbitrale (*consultative case*), soit à la fin de la procédure. Dans ce cas, il présentait sa demande d'assistance en soumettant à la Cour des décisions alternatives (*alternative final awards*). Voir, William W. PARK, "Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration : The English Arbitration Act of 1979", (1980)

demander à l'arbitre de saisir le tribunal à cette fin. En cas de refus de l'arbitre, la partie pouvait même s'adresser directement à la Cour.

La distinction entre ce qui aurait été plus convenablement décidé par les tribunaux (notamment les questions de droit) et ce qui aurait pu être laissé à l'arbitrage (les questions de fait) allait jusqu'à conférer au tribunal le pouvoir discrétionnaire de ne pas renvoyer les parties à l'arbitrage, même en présence d'un accord compromissaire valable<sup>147</sup>.

Notons qu'en présence de tels pouvoirs discrétionnaires du tribunal et de la distinction entre questions de fait et questions de droit, il apparaît évident que les législations canadiennes de *common law* ne liaient pas nécessairement la compétence de l'arbitre à l'intervention de la *public policy*. Évidemment, on imagine aisément que la simple intervention de la *public policy* suffit à rendre la solution du différend plus compliquée. Cependant, la complexité de l'affaire entraînant l'incompétence de l'arbitre ne découle pas forcément de la nature *d'ordre public* de la règle applicable. Elle peut tout aussi bien découler de la nécessité d'appliquer des normes non impératives.

De façon générale, bien que la procédure du *stated case* soit une manifestation claire d'une certaine méfiance à l'égard de la capacité des arbitres à appréhender l'ensemble du litige, le système anglais repris par les provinces canadiennes de *common law* ne parvenait pas à nier l'irrévocabilité de principe et la force obligatoire de la convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissaire)<sup>148</sup>. De ce point de vue, on ne peut pas affirmer que la législation des provinces canadiennes de *common law* était vraiment hostile à l'institution de l'arbitrage<sup>149</sup>.

---

*Harvard Int'l L.J.* 87-127, p. 92 ; Henry HALVAREZ, "La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international", (1986) *Rev. Arb.* 529-537, p. 530.

<sup>147</sup> Voir, William C. GRAHAM, "The Internationalisation of Commercial Arbitration in Canada : A Preliminary Reaction", (1988) 13 *Can. Bus.L.J.* 1-41, p. 37 ; Alain PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", (1995) 1 *C.P. du N.* 249-279, p. 253-254. Cette tendance à limiter l'arbitrage aux cas qui ne présentaient pas de questions complexes de droit connaissait cependant une exception que l'on trouvait illustrée dans la cause *Scott v. Avery*, (1855) 5 H.L.C. 811 ; 10 E.R. 1121. Dans cette affaire, l'arbitrage n'étant qu'une condition préalable au commencement de la procédure judiciaire, le *special case* devenait superflu.

<sup>148</sup> W.C. GRAHAM, "The Internationalization of Commercial Arbitration In Canada : A Preliminary Reaction", *op. cit.*, note 147, p. 37. Du même auteur, voir aussi, "International Commercial Arbitration : The Developing Canadian Profile", dans R.K. PATERSON et B.J. THOMPSON, *UNCITRAL Arbitration Model in Canada. Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, Toronto, Carswell, 1987, 77-111, p. 82 et s.

<sup>149</sup> Soulignons qu'à côté des pouvoirs de contrôle par le tribunal sur l'activité de l'arbitre, la loi prévoyait aussi la possibilité d'une certaine activité d'assistance dans le cas, par exemple, de

Ainsi, en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, et malgré la règle de *common law* posée par un jugement de 1930 selon laquelle une sentence arbitrale non homologuée n'était pas un jugement et donc ne pouvait pas faire l'objet d'*exequatur*<sup>150</sup>, la tendance plus récente était favorable à l'application des règles prévues pour les jugements étrangers, à toutes les sentences arbitrales, homologuées ou non<sup>151</sup>.

### *Section 2 - Le Québec.*

Au Québec, la politique établie au Code de procédure civile était complètement différente. Bien qu'ici, on ne connût pas le *special case* et que l'arbitrage en équité fût connu et permis, la méfiance envers l'arbitrage était plus grande qu'en *common law* et se manifestait de diverses façons.

Le problème le plus grave résultait indubitablement de la non reconnaissance de la clause compromissoire<sup>152</sup>. Sur la base d'une formulation très générale de l'ancien article 1431 du Code de procédure, la jurisprudence niait la validité de la clause compromissoire au motif qu'elle était contraire à l'ordre public, aussi bien en matière d'arbitrage interne<sup>153</sup>, qu'en matière d'arbitrage international<sup>154</sup>. La clause compromissoire n'avait été explicitement reconnue qu'au moment de la réforme de

désaccord des parties sur la nomination de l'arbitre, ou sur le déroulement de l'affaire, si sa mort ou son incapacité survenait. Voir J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 20.

<sup>150</sup> *Stolp & Co. c. Brown & Co.*, [1930] 4 D.L.R. 703 (Ont. S. Ct.).

<sup>151</sup> Voir Gad COHEN, "La reconnaissance et exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères", (1987) *R. du B.* 435-468 p. 442 ; J.G. CASTEL, "Canada and International Arbitration", (1981) 36 *Arb.J.* 5-22, p. 7 ; Ethel GROFFIER, "La technique de l'arbitrage comme procédé de révision de contrats", (1977) 8 *R.D.U.S.* 74-96, p. 90 et s. ; J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, souligne (à la page 21) : "Dans l'ensemble, la mise en œuvre de l'arbitrage et l'exécution rapide de la sentence arbitrale sont assurées, à l'exception, toutefois, de certaines provinces où, par contraste avec la loi anglaise, la législation prévoit la possibilité d'un appel de la sentence".

<sup>152</sup> J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel*, *op. cit.*, note 2, p. 24 ; Marc LALONDE & John N. BUCHANAN, "Domestic and International Arbitration in Québec : Current Status and Perspectives for the Future", (1985) *R. du B.* 705-747.

<sup>153</sup> *Vinette Construction Limitée v. Dobrinsky*, (1962) Q.B. 62.

<sup>154</sup> *National Gypsum Co. v. Northern Sales*, [1964] R.C.S. 144 ; J.G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, *op. cit.*, note 27, p. 637 et s. La validité de la clause compromissoire était cependant reconnue dans l'arbitrage préalable ; voir Philippe FERLAND, "L'arbitrage sans action en justice dans la province de Québec", (1971) 31 *R. du B.* 69-97, p. 77.

1966<sup>155</sup> ; mais le principe de sa validité n'a été consacré qu'en 1973<sup>156</sup>, en matière d'arbitrage interne et seulement en 1983<sup>157</sup>, en matière d'arbitrage international.

De plus, le Québec était particulièrement exigeant en matière de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, comme le montrent les doutes qui existaient en doctrine<sup>158</sup> quant à l'application de l'article 950 du Code de procédure civile aux sentences arbitrales étrangères. Cet article prévoyait :

*"La sentence arbitrale ne peut être exécutée que sous l'autorité du tribunal compétent, et sur requête en homologation, pour faire condamner la partie à l'exécuter.*

*Le tribunal saisi peut entrer dans l'examen des nullités dont la sentence pourrait être entachée ou des autres questions de forme qui peuvent empêcher l'homologation ; il ne peut toutefois s'enquérir du fond de la contestation".*

La possibilité de la non-applicabilité de l'article 950 du Code de procédure civile aux sentences étrangères (qui n'y sont pas mentionnées) signifiait, en pratique, qu'il n'existait au Québec aucune règle spécifique pour la reconnaissance des sentences arbitrales rendues hors de la province et non homologuées par un tribunal étranger. Par contre, on admettait la possibilité de reconnaître les sentences déjà homologuées par l'action en exemplification prévue pour l'exécution des jugements étrangers aux articles 178 à 180 du Code de procédure civile.

Mais, paradoxalement, alors que l'article 950 du Code de procédure civile niait au tribunal le pouvoir de "s'enquérir du fond de la contestation", l'action en

---

<sup>155</sup> L'article 951 du Code civil prévoyait : "[l]a clause compromissoire doit être constatée par écrit".

<sup>156</sup> *Ville de Granby c. Désoudry Construction Ltée*, [1973] C.A. 971.

<sup>157</sup> *Zodiac International Production Inc. v. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529. Voir John E.C. BRIERLEY, "La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois?", (1975) *Rev. Arb.* 154-158.

<sup>158</sup> Voir sur le sujet, J.G. CASTEL, "Quelques questions de procédure en droit international privé québécois", (1971) 31 *R. du B.* 134-160 p. 145 ; Ethel GROFFIER, "Une réforme urgente : l'exécution des jugements étrangers au Québec", (1978) 38 *R. du B.* 127-160 p. 153 ; Ludvik KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, "Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec", (1968) 3 *R.J.T.* 143-165, p. 153 ; Alain PRUJINER, "Exécution des sentences arbitrales internationales au Québec", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 16, 289-304.

exemplification de l'article 178 prévoyait, au contraire, la possibilité d'un tel examen<sup>159</sup>.

Malheureusement, les craintes exprimées par la doctrine au sujet de l'applicabilité de l'article 950 du Code de procédure civile aux sentences étrangères se sont avérées bien fondées. Bien qu'une décision rendue en 1982 par laquelle la Cour fédérale, saisie pour l'exécution au Québec d'une sentence arbitrale de droit maritime étrangère, avait établi qu'une *simple requête* suffisait pour l'homologuer, en application de l'article 950 du Code de procédure civile québécois<sup>160</sup>, la Cour Supérieure du Québec est parvenue, en 1987, à la conclusion contraire. Dans l'arrêt *Argos Film c. Ciné*<sup>161</sup>, après avoir relevé toutes sortes d'obstacles posés à l'homologation d'une sentence arbitrale rendue en France<sup>162</sup>, la Cour finit effectivement par en refuser l'homologation en déclarant son incompétence.

Le Québec était donc, avant la réforme, fort peu favorable à l'arbitrage international.

---

<sup>159</sup>

Art. 178 C.p.c. : "La défense qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action originaire peut être opposée à la poursuite basée sur un jugement rendu hors du Canada".

<sup>160</sup>

*John Helmsing Schiffahrtsgesellschaft M.b.H. c. Marechart*, [1982] 1 C.F. 186.

Voir Gérard GOLDSTEIN et Jeffrey TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991, p. 22 et s.

<sup>161</sup>

*Argos Film v. Ciné Inc. C.S.M.*, [1987] R.J.Q. 2123. Voir, A. GELINAS, "Commentaire", dans M.N. ANTAKI et A. PRUJINER, *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 16, 305-312, p. 396 ; M. LALONDE & J.N. BUCHANAN, "Domestic and International Arbitration in Québec", *op. cit.*, note 152, p. 737.

<sup>162</sup>

La Cour a demandé la preuve de la sentence internationale, ce qui a évidemment provoqué un retard considérable dans la procédure d'homologation. La requête était présentée en 1983, le jugement de la Cour Supérieure n'a été rendu qu'en 1987.

### **Conclusion du premier chapitre.**

Partout au Canada, la législation en matière d'arbitrage commercial international était caractérisée par une même et forte méfiance envers cette l'institution. Cependant, les formes qu'elle prenait dans les juridictions canadiennes de *common law* et dans celles de droit civil variaient sensiblement.

Dans les juridictions canadiennes de *common law*, elle se manifestait surtout par la procédure du *stated case* et par la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire des tribunaux étatiques au moment de renvoyer les parties à l'arbitrage.

La compétence arbitrale était donc reconnue ou niée sur la base de critères autres que ceux relatifs à la seule validité de la convention d'arbitrage ; ce qui limitait considérablement le domaine des questions arbitrables.

Dans la province de Québec, le développement de l'arbitrage se heurtait à la fois, à la non reconnaissance de la clause compromissoire et aux difficultés liées à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Dans de telles conditions, on comprend aisément que la nécessité d'une réforme se faisait sérieusement sentir dans toutes les juridictions canadiennes, qu'elles fussent de *common law* ou de droit civil.

## Chapitre 2 - Les sources actuelles du droit de l'arbitrage commercial international au Canada et leur domaine d'application.

Le 10 août 1986, le Canada a adhéré à la Convention de New York de 1958<sup>163</sup>.

Les différentes juridictions canadiennes ont, du même coup, adopté la loi-type afin de moderniser le plus uniformément possible leurs législations provinciales sur l'arbitrage commercial international.

Nous examinerons d'abord comment la réforme a finalement été mise en œuvre dans les juridictions canadiennes (Section 1) ; et nous déterminerons ensuite dans quelle mesure, les législateurs canadiens ont repris les règles concernant le contrôle sur la convention et la sentence arbitrale, proposées par la loi-type (Section 2).

### *Section 1 - L'adoption de la Convention de New York et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans les juridictions canadiennes - Le domaine d'application des nouvelles législations.*

L'effort de coopération entre le Ministère de la Justice fédérale et les Ministères de la Justice provinciaux, qui aboutit à l'adhésion du Canada à la Convention de New York fut tel, qu'au moment de son entrée en vigueur, le gouvernement fédéral et presque toutes les provinces et les territoires avaient adopté la législation d'incorporation au droit interne.

Nous examinerons alors comment la Convention de New York et la loi-type ont été adoptées par les juridictions canadiennes et le domaine d'application des différentes législations<sup>164</sup> en distinguant le Québec (Par. 1) des juridictions canadiennes de *common law*. (Par. 2).

#### Par. 1 - Le Québec.

<sup>163</sup>

*Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 120, n° 17. SI/TR/86-154 et 155.

<sup>164</sup>

Pour la définition de ce qui constitue un "arbitrage" au Canada, voir *Zittler c. Sport Masko Inc.*, [1985] C.A. 386 ; [1988] 1 S.C.R. 564, p. 589. Voir aussi, Raymond TREMBLAY, "La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel", (1988-89) *R. du N.* 246-254 ; S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec*, *op. cit.*, note 113, p. 21 et s. ; John E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", (1987) *C.P. du N.* 507-572, p. 535 et s. ; Alain PRUJNER, "L'adaptation forcée du contrat par arbitrage", (1992) 37 *McGill L.J.* 428-447.

Le Québec, en tant que province de tradition civiliste a intégré la loi-modèle dans son Code civil en reconnaissant, pour la première fois, le caractère contractuel de l'arbitrage<sup>165</sup> et en modifiant, en même temps, son Code de procédure civile<sup>166</sup>.

Ainsi, le Chapitre dix-huitième du livre cinquième du Code civil du Québec traite "[d]e la convention d'arbitrage", (articles 2638 à 2643), et le Code de procédure civile vise, dans son Livre septième à la réglementation "[d]es Arbitrages" (articles 940 à 952).

Le Québec se distingue de toutes les autres juridictions canadiennes notamment parce qu'il a choisi de ne pas limiter la nouvelle discipline de l'arbitrage aux rapports de droit commercial.

De plus, le législateur québécois (comme le gouvernement fédéral et à la différence des autres juridictions canadiennes), a choisi d'utiliser la loi-type pour réglementer à la fois l'arbitrage interne et l'arbitrage international<sup>167</sup>. Toutefois, il maintient la distinction lorsqu'il s'agit d'appliquer ou d'interpréter la loi même<sup>168</sup>.

Ainsi, l'article 940.6 du Code de procédure civile prévoit :

*"Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte ;*

*1- de la Loi-type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.*

*2- du Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985.*

*3- du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi-type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire*

<sup>165</sup>

J. E. C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 524. L'auteur note qu'en raison de l'intégration de l'arbitrage parmi les contrats nommés dans le Code civil, "(l)a convention d'arbitrage n'y est pas présentée comme une institution dérogatoire à un quelconque autre principe de droit".

<sup>166</sup>

*Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, (L.Q. 1986, c. 73).

<sup>167</sup>

Ph. FOUCHARD, "La loi-type", *op. cit.*, note 34, p. 873 : "À propos de la position du Québec, où la loi-modèle a été adoptée comme solution unique", l'auteur estime qu'une telle solution "a au moins le mérite de rendre inutile la définition de l'internationalité de l'arbitrage". La classification de l'arbitrage entre interne et international reste pourtant indispensable pour la détermination du *standard* applicable au moment du contrôle.

<sup>168</sup>

L. MARQUIS, "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois", *op. cit.*, note 72, p. 465.

*général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international".*

Soulignons comment l'utilisation de ces textes internationaux dans *l'interprétation de la loi québécoise sur l'arbitrage* découle de la nature internationale du rapport. A cette fin, seul le critère économique a donc été retenu par le législateur<sup>169</sup>.

Par ailleurs, le Code de procédure civile du Québec se base sur le critère territorial lorsqu'il s'agit d'*exequatur*<sup>170</sup> et distingue les sentences rendues au Québec des sentences étrangères en posant, au titre II de son livre septième, les règles spécifiques à la reconnaissance et à l'exécution de ces dernières.

Bien que les motifs de refus soient identiques pour les sentences rendues au Québec et pour celles rendues hors Québec, les règles posées dans ce deuxième titre seront interprétées (toujours en vertu de l'article 948 du Code de procédure civile) en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention de New York de 1958. Ainsi, comme le souligne M. Prujiner<sup>171</sup>, "*le Québec n'a pas adopté, comme d'autres provinces, une simple loi de référence à la Convention de New York, mais il a officialisé sa source et invite à s'y référer en cas de difficulté*".

En raison du fait que la législation du Québec régit l'arbitrage aussi bien interne qu'international, elle prévoit un régime presque identique pour la reconnaissance de toutes les sentences arbitrales, qu'elles soient rendues au Québec ou ailleurs.

Les sentences rendues hors Québec (dans les provinces canadiennes de *common law* ou ailleurs), seront alors soumises (indépendamment de leur nature de droit interne ou international), au moment de leur reconnaissance au Québec, à une politique plus favorable, offerte par la réforme<sup>172</sup>. Malheureusement, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, cela n'est pas le cas dans les autres provinces.

---

<sup>169</sup> Lauro da GAMA e SOUZA Jr., "L'arbitrage commercial international. Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage", (1998) 32 R.J.T. 441-492, p. 453.

<sup>170</sup> A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 433, où l'auteur note que le fait que le Code de procédure civile du Québec n'utilise pas le critère économique se justifie par la quasi-identité entre les régimes de reconnaissance des sentences.

<sup>171</sup> *Ibid.*, à la p. 434.

<sup>172</sup> Article 940.6 C.p.c.

Notons aussi que plusieurs différences existent entre la loi-type et la réforme québécoise<sup>173</sup>. Puisque seules certaines d'elles concernent notre étude, nous les examinerons au fur et à mesure.

## Par. 2 - Les juridictions canadiennes de *common law*.

La méthode d'introduction de la Convention de New York et de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. n'a pas été la même dans toutes les juridictions canadiennes de *common law*.

La plupart de ces juridictions (notamment, l'Alberta, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve, les Territoires du Nord-Ouest, la Nouvelle-Écosse, l'Île du Prince-Édouard) ont utilisé une même loi (*International Commercial Arbitration Act*)<sup>174</sup> pour adopter ces deux instruments législatifs internationaux.

Le Gouvernement fédéral, la Colombie Britannique, la Saskatchewan et le Yukon ont adopté, pour introduire la loi-type<sup>175</sup>, une loi différente de celle utilisée pour l'introduction de la Convention de New York<sup>176</sup>.

<sup>173</sup>

Voir A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 430, qui souligne, entre autres, que certaines dispositions posées comme impératives par la loi-type ont été rendues supplétives par le législateur québécois. Ce dernier a décidé d'omettre certaines dispositions prévues par la loi-type, telles que celle de l'article 18, concernant l'égalité des parties. L'auteur précise aussi que la loi québécoise se détache de la loi-type en matière de loi applicable par l'arbitre au fond du différend. À propos de l'article 940 du Code de procédure civile du Québec, voir aussi, Louis MARQUIS, "L'arbitre et la détermination des dommages intérêts en vertu de l'article 944.10 du Code de procédure civile", (1991) 22 *R.D.U.S.* 220-237, p. 225 et s.

<sup>174</sup>

*International Commercial Arbitration Act S.A.* 1986, c. I-6.6 ; *International Commercial Arbitration Act S.M.* 1986-87, c. 32, C.C.S.M. C151 ; *International Commercial Arbitration Act S.N.B.* 1986, c. I-12.2 ; *International Commercial Arbitration Act R.S.N.* 1990, c. I-15 ; *International Commercial Arbitration Act R.S.N.W.T.* 1988, c. I-6 ; *International Commercial Arbitration Act R.S.N.S.* 1989, c. 234 ; *International Commercial Arbitration Act R.S.P.E.I.* 1988, c. I-5.

En ce qui concerne la méthode d'adoption de la loi-type en particulier, notons que partout, à l'exception de la Colombie-Britannique (où elle a été insérée dans un nouveau texte qui est, pourtant, presque identique à l'original) et du Gouvernement fédéral, (qui l'a incorporée, presque inchangée dans un "*Code de l'arbitrage commercial*", annexé à la loi sur l'arbitrage commercial), elle a été portée en annexe à la loi d'introduction.

<sup>175</sup>

Gouvernement fédéral : *Commercial Arbitration Act*, R.S. 1985, c. 17 (2nd Supp.) ; Colombie-Britannique : *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1996, c. 233 ; Saskatchewan : *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. I-10.2 ; Yukon : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.Y. 1986, Supp., c. 14.

<sup>176</sup>

Gouvernement fédéral : *United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act*, R.S. 1985, c. 16 (2nd Supp.) ; Colombie-Britannique : *Foreign Arbitral Awards Act*, S.B.C. 1985, c. 74 ; Saskatchewan : *Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act*, S.S. c. E-9.12 ; Yukon : *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.Y. 1986, c. 70.

L'Ontario a pris une position un peu particulière, parce que l'acte d'introduction de la Convention de New York<sup>177</sup> a été abrogé par l'article 14 de l'*International Commercial Arbitration Act* reprenant la loi-type<sup>178</sup>. Actuellement, il n'existe donc, dans la législation ontarienne, aucun acte officiel d'adoption de la Convention de New York.

En ce qui concerne la *législation fédérale*, compétente pour régir les "*cas d'arbitrage où l'une des parties au moins est un Ministère ou une société d'État*" et les "*questions de droit maritime*"<sup>179</sup>, nous remarquons d'abord que la réserve relative aux litiges concernant les rapports de nature commerciale a été adoptée, mais pas celle de la réciprocité. Par ailleurs, la législation fédérale n'a pas repris l'adjectif qualificatif *international* proposé par la loi-modèle<sup>180</sup>. La loi fédérale sur l'arbitrage s'applique donc sans distinction à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international.

Dans les *autres juridictions*, la réforme ne s'adresse qu'aux rapports de droit commercial international<sup>181</sup>.

Au moment de l'introduction de la Convention de New York, là aussi, on a alors repris la réserve de commercialité mais pas celle de réciprocité<sup>182</sup>.

Ces juridictions ont aussi repris la définition, assez étendue, de l'adjectif *commercial*, proposée par la loi-type dans la note de bas de page que nous avons examinée lors de l'étude de la loi-type elle-même<sup>183</sup>.

<sup>177</sup>

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

<sup>178</sup>

*Loi de 1988 sur l'arbitrage commercial international*, S.O. 1988 c. 30 ; actuellement, *Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.O. 1990, c. I-9.

<sup>179</sup>

Article 5 (2) de la *Loi concernant l'arbitrage commercial*, S.C. 1986 c. 22. Sur la compétence du Parlement Fédéral à légiférer en matière d'arbitrage sur les questions de droit maritime, et sur la validité constitutionnelle de la loi fédérale, voir, *Northern Sales Co. Ltée c. Compania maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 F.C. 550 ; (1993) XVIII *Yearbook* 363.

<sup>180</sup>

Article 1 (1).

<sup>181</sup>

Il est pourtant intéressant de noter que ces juridictions ont, en même temps, commencé à réformer aussi leurs législations concernant l'arbitrage interne.

<sup>182</sup>

Cette réserve avait seulement été reprise par la province de Saskatchewan (*The Enforcement of Foreign Arbitration Awards Act*, S.S. 1986, c. E-9-11, Sect. 5) qui, d'ailleurs, l'a ultérieurement abandonnée.

<sup>183</sup>

Ici aussi, l'emphase est placée sur la nature du rapport plutôt que sur les qualités professionnelles des parties<sup>184</sup>.

Ces juridictions ont aussi suivi la loi-type en ce qui concerne le sens de l'adjectif *international*. La seule exception est présentée par l'article 2.3 de la loi ontarienne<sup>185</sup> qui prévoit que, malgré l'article 1.3 de la loi-type, "*l'arbitrage qui a lieu en Ontario entre des parties qui toutes ont leur établissement en Ontario, n'est pas considéré comme international pour la seule raison que les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays*". Le législateur ontarien a donc refusé d'utiliser le critère purement subjectif proposé par l'article 1.3(c), et a choisi de ne retenir que les critères économiques et territoriaux pour définir ce que l'on entend par *international*.

Toutes les juridictions ont aussi retenu le paragraphe 1.5 qui avait été ajouté par les rédacteurs de la loi-type suite à des discussions concernant le danger d'utiliser des critères autres que le critère économique en matière d'arbitrabilité et sur lequel nous nous sommes arrêtés auparavant<sup>186</sup>.

Ainsi, l'adoption de la loi-type "*ne porte atteinte à aucune autre loi [du présent État] en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que la présente loi.*"<sup>187</sup>

<sup>183</sup>

*Supra*, p. 22. Notons que l'*International Commercial Arbitration Act* de Colombie-Britannique (R.S.B.C. 1996, c. 233), a récemment ajouté à la définition offerte par la loi-type, un paragraphe p), qualifiant de commerciaux, les rapports d'investissement.

<sup>184</sup>

Voir, par exemple, l'arrêt *Carter v. McLaughlin*, (Ont. Court, General Div., Feb. 1, 1996) 27 O.R. (3d) 792 ; [1996] O.J. No. 328), dans lequel, la cour ontarienne a qualifié de *commercial*, le rapport découlant d'une contrat de vente d'une maison familiale. Le rapport de travail ne rentrerait pourtant pas dans la qualification de commercial : *Borowski v. Heinrich Fiedler Perforiertechnik GmbH*, [1994] 10 W.W.R. 623 ; [1994] A.J. No. 617. Dans ce cas, la cour a décidé que le contrat par lequel une compagnie avait engagé son directeur régional des ventes était un "contract of employment giving rise to the status of master and servant and was not a contract for services to be performed either by an agent or by an independent contractor". L'*International Arbitration Act* d'Alberta ne s'appliquait donc pas.

<sup>185</sup>

*Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.O. 1990, c. I.9.

<sup>186</sup>

*Supra*, p. 32.

<sup>187</sup>

Voir aussi, l'article 1 (8) *International Commercial Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233 : "This Act does not affect any other law in force in British Columbia by virtue of which certain disputes may be submitted to arbitration only in accordance with provisions other than those of this Act". Comme le souligne M. Brierley (J.E.C. BRIERLEY, "Chapitre XVIII - De la convention d'arbitrage - Article 2638-2643", *op. cit.*, note 87), cet article est rendu nécessaire par le caractère de *lex specialis* de la loi-modèle, ce qui explique pourquoi il n'a pas été repris au Québec, où la loi sur l'arbitrage a perdu ce caractère de *lex specialis* à la suite de son insertion dans le Code civil et dans le code de procédure civile.

Notons aussi que la réforme n'englobe pas les arbitrages interprovinciaux. En effet, toutes les législations qui ont repris la loi-type dans les juridictions canadiennes spécifient que, pour les fins d'application de l'article 1.3 de cette loi (qui définit l'arbitrage international), "l'expression États différents" doit être entendue comme indiquant des "pays différents"<sup>188</sup>.

Sur ce point, il existe une différence importante entre le Québec et les autres juridictions canadiennes.

Alors que toute sentence sera soumise, au moment du contrôle par le tribunal québécois, au régime offert par la réforme (qu'elle ait été rendue au Québec ou en dehors, qu'elle concerne un rapport de droit interne, de droit interprovincial ou de droit international), les sentences rendues au Canada, sur une question de droit interne ou de droit interprovincial, ne bénéficieront pas, au moment de leur reconnaissance ou de leur exécution, dans une juridiction canadienne de *common law*, du régime de la loi-type. Elles y seront plutôt soumises au régime prévu spécifiquement pour l'exécution des sentences internes<sup>189</sup>, où elles y seront traitées comme des jugements<sup>190</sup>.

<sup>188</sup>

Voir, par exemple, l'article 1 (7) de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, R.S.O. 1990, c. I.9, où l'article 1 (5) de l'*International Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 233 précise : "[f]or the purpose of subsection 3 ["an arbitration is international"], the provinces and territories of Canada must be considered one state".

<sup>189</sup>

Voir, par exemple, l'*Arbitration Act* du Nouveau-Brunswick, c. A-10.1, article 50(1) : "A person who is entitled to enforcement of an award made in New Brunswick or elsewhere in Canada may make an application to that effect". Voir aussi l'*Arbitration Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1992, c. A-24.1, article 50 (1), l'*Arbitration Act* d'Ontario, S.O. 1991, c. 17, article 50 (1) et l'*Arbitration Act* d'Alberta, S.A. 1991, c. A-43.1, article 49 (1).

Les numéros (4) des tous les articles sus-indiqués prévoient aussi les motifs de refus de reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue dans une autre juridiction canadienne. Voir, à titre d'exemple, l'article 49 (1) de l'*Arbitration Act* d'Alberta, qui édicte :

"The court shall give a judgment enforcing an award made elsewhere in Canada unless :

(a) the period for commencing an appeal or an application to set the award aside provided by the laws in force in the province or territory where the award was made has not yet elapsed,  
 (b) an appeal, an application to set the award aside or an application for a declaration of invalidity is pending in the province or territory where the award was made,  
 (c) the award has been set aside in the province or territory where it was made or the arbitration is the subject of a declaration of invalidity granted there, or  
 (d) the subject matter of the award is not capable of being the subject of arbitration under Alberta law".

<sup>190</sup>

Voir, par exemple, l'article 29 de l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 55 ; l'article 17 de l'*Arbitration Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, c. 19, s.1 ; la section 24 de l'*Arbitration Act* du Yukon, R.S.Y. 1986, c. 7.

Mark LALONDE, "Canada", dans P. SANDERS ed., *International Handbook on Commercial Arbitration*, op. cit., note 124, Suppl. 16, Octobre 1993, p. 37 ; J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed., Toronto, Butterworth, 1994, p. 301 et s.

Par conséquent, puisque l'application des *International Commercial Arbitration Acts* est limitée aux sentences rendues en dehors du Canada et aux sentences rendues au Canada pourvu qu'elles puissent être qualifiées d'internationales, d'après l'article 1.3 de la loi-type, les parties à un rapport de droit interne ou interprovincial, qui veulent bénéficier de la réforme, auront intérêt à se soumettre à un arbitrage hors Canada<sup>191</sup>.

À moins que l'on interprète l'article 1.3(c) comme permettant l'application de la loi-type, chaque fois que "les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays". Notons pourtant qu'il est assez difficile de prévoir comment cet alinéa sera interprété par la jurisprudence.

En effet, même les rédacteurs de la loi-type le jugeaient "impossible à appliquer en raison de son caractère trop vague" et avaient même songé à le supprimer<sup>192</sup>. Après de longues discussions, ils ont pourtant décidé de le maintenir parce qu'il offrait précisément aux parties "la certitude que leur transaction serait reconnue comme étant internationale, décision qui ressortirait normalement aux parties en vertu du principe de leur autonomie"<sup>193</sup>.

Évidemment, comme l'ont souligné plusieurs membres de la Commission, il est possible qu'un État "qui avait jugé nécessaire de conserver une loi spéciale pour les affaires internes", refuse que les parties s'y soustraient<sup>194</sup>.

De toute façon, cela ne risque pas d'arriver en Ontario puisque cette solution y a été expressément exclue.

### *Section 2 - La procédure de contrôle sur la convention et la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes.*

---

Notons que c'était l'importance de la réglementation des rapports commerciaux au niveau interétatique et la nécessité de parvenir à l'harmonisation des régimes dans le cadre interétatique et international qui a mené, aux États-Unis, à la création de la législation sur l'arbitrage de 1925 (*Federal Arbitration Act* 9 U.S.C. § 1) qui prévoit la compétence fédérale pour les questions concernant le commerce entre les États. Voir, Catherine KESSEDJIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, Paris, Ed. Economica, 1987, p. 90.

Au Canada aussi, un effort en ce sens a été fait par la Conférence pour l'harmonisation des lois, qui a proposé, en 1990, une *Loi uniforme sur l'arbitrage* visant à régir l'arbitrage interne de manière uniforme, dans les différentes juridictions. Cette loi a été adoptée en Alberta, en Saskatchewan, en Ontario, au Nouveau-Brunswick et dans l'Île-du-Prince-Édouard. Voir *infra*, p. 85 et s.

<sup>191</sup> A. PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 255.

<sup>192</sup> *Rapport de la Commission des Nations Unies, précité*, note 42, par. 30-31.

<sup>193</sup> *Idem.*

<sup>194</sup> *Idem.*

Les règles qui permettent l'intervention ou qui ont un effet sur l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public seront examinées en distinguant le Québec des juridictions canadiennes de *common law*. Nous distinguerons aussi, dans chaque paragraphe, les règles concernant la convention d'arbitrage de celles régissant le contrôle sur la sentence.

Par. 1 - Le contrôle sur la convention et la sentence arbitrale au Québec.

A - Le contrôle sur la convention d'arbitrage.

Le Code civil du Québec pose la convention arbitrale (constatée par écrit, comme d'après son article 2640) parmi les contrats nommés. Il prévoit à l'article 2638 que :

*"La convention d'arbitrage est un 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."*<sup>195</sup>

L'autonomie des parties à la convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire) trouve une limite expresse dans l'article 2639 du Code civil du Québec, qui interdit de soumettre à l'arbitrage *"le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui concernent l'ordre public."*

Le second paragraphe de cet article, qui précise que *"[t]outefois, 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"* est extrêmement important.

Il y a entre les deux paragraphes de cet article une certaine contradiction. Comment une question pourrait-elle être soumise à une réglementation d'ordre

---

<sup>195</sup>

Voir, à ce propos, A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, qui note (p. 430) que cette exigence du caractère parfait de la convention arbitrale à l'article 2638 du Code civil du Québec "correspond à une préoccupation interne du droit québécois. Il s'agit d'exclure du domaine de l'arbitrage la "clause préjudicielle", un vestige de l'époque où la clause compromissoire avait été déclarée contraire à l'ordre public".

public sans qu'elle *intéresse* l'ordre public<sup>196</sup> ? Il sera donc intéressant de voir comment cet article a été interprété par la jurisprudence.

L'ordre public intervient aussi, d'après l'article 2641, pour exclure la validité de la stipulation qui confère "*à une partie une situation privilégié quant à la désignation des arbitres*"<sup>197</sup>.

L'intervention de l'ordre public au niveau de la convention d'arbitrage trouve pourtant une limite dans la reconnaissance, par l'article 2642 du Code civil du Québec, du principe de la séparabilité, d'après lequel "*la constatation de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage*" (article 16 de la loi-type).

Cet article 2642 du Code civil du Québec entraîne aussi des conséquences importantes sur la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage. Puisqu'"*une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat*", elle ne sera pas automatiquement soumise à la même loi que celle qui régit le contrat principal (article 16 de la loi-type).

D'ailleurs, l'article 3121 du Code civil du Québec désigne expressément la loi régissant la convention compromissoire :

*"En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule".*

D'après l'article 940.1 du Code de procédure civile du Québec, la présence d'une convention d'arbitrage impose au tribunal québécois, saisi du litige concerné par cette clause, de renvoyer les parties à l'arbitrage, "*tant que la cause n'est pas inscrite au tribunal*"<sup>198</sup> et "*à la demande de l'une d'elles*"<sup>199</sup>, "*à moins qu'il ne constate la*

<sup>196</sup>

Gérald GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, éd. Thémis, 1996, p. 358.

<sup>197</sup>

Cette règle est beaucoup plus spécifique que celle posée par l'article 18 de la loi-type concernant l'égalité des parties dans la poursuite de la procédure arbitrale. Comme le soulignait M. Prujiner ("*Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec*", *op. cit.*, note 116, p. 438), "l'inspiration de ce texte ne vient pas du modèle international, mais des travaux antérieurs de l'Office de révision du Code civil".

<sup>198</sup>

Le délai de présentation de la demande est substantiellement plus généreux que celui prévu dans les autres juridictions canadiennes (notamment la soumission des premières conclusions quant

*nullité de la convention*"<sup>200</sup>. Cet article crée donc une véritable obligation pour le tribunal étatique de donner effet à la convention, "*lorsque toutes les conditions prévues par le texte ont été remplies*"<sup>201</sup>; ceci à moins que les parties renoncent d'un commun accord à l'arbitrage (comme elles ont le droit de faire, étant donné que l'article 940.1 du Code de procédure civile du Québec ne pose pas une règle d'ordre public<sup>202</sup>).

---

au fond du différend). Alain PRUJINER, "La force obligatoire des clause d'arbitrage. (Article 8 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I", (1994) *Rev. Arb.* 569-580, p. 579, où l'auteur cite un jugement surgi de cette divergence *Yorbeau Resources Inc. c. 114660 Canada Inc.*, C.S.M., 21 novembre 1988, 500-05-008033-878, J.E. 89-180.

<sup>199</sup>

La question de savoir si la partie qui a intenté une action devant le tribunal judiciaire peut, avant que la cause ne soit inscrite au tribunal, demander l'exécution d'une convention d'arbitrage pour le même litige, a été discutée dans l'affaire *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, 5 décembre 1997, No 500-09-004819-975 (500-17-000365-976), [1997] A.Q. no. 3923.

<sup>200</sup>

Comme le souligne S. THUILLEAUX (*L'arbitrage commercial au Québec, op. cit.*, note 113, p. 67), le terme *constate* indique la volonté du législateur de limiter le contrôle à un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage.

<sup>201</sup>

*Gabriel Aubé Inc. c. La Sarre*, précité, note 201. Sur la nature impérative du renvoi, voir, A. PRUJINER, "La force obligatoire des clauses d'arbitrage", *op. cit.*, note 198.

Ce devoir se traduit dans l'impossibilité de nier la compétence de l'arbitre sur la base du pouvoir discrétionnaire du tribunal étatique ainsi que sur la base de certaines règles de compétence juridictionnelles normalement applicables pour régir les rapports entre les tribunaux publics.

Ainsi, parce que la convention d'arbitrage est considérée comme posant une compétence *ratione materiae* en faveur de l'arbitre (*Zodiac International Production Inc. et The Polish People's Republic*, précité, note 157; *171486 Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, C.S.M., 3 octobre 1994, No 500-05-008033-944, [1994] A.Q. 1197), elle empêche toute compétence concurrente : elle exclut donc aussi toute litispendance.

La reconnaissance de la force obligatoire de la convention d'arbitrage a aussi justifié la non intervention du principe de la connexité : *Condominiums Mont St-Saveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.). Voir toutefois, *Lac d'amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, C.S.Q. No. 500-05-02806-965 et 500-05-015073-925, 30 avril 1997, [1997] A.Q. no. 1548.

<sup>202</sup>

C'était évidemment en ne tenant compte que de l'obligation du tribunal que la Cour supérieure de Montréal a décidé, dans l'arrêt *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada Inc.*, (C.S.M., 15 septembre 1998, No.500-05-040977-983 [1998] A.Q. no 2835), que "*cet article est d'ordre public*". Cette opinion n'est en effet partagée, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. Ainsi, comme l'a souligné M. le juge Baudoin, dans *Gabriel Aubé Inc. c. La Sarre (Ville)*, (C.A.Q.) No 200-09-000589-918 (605-05-000134-895 C.S.A.), [1991] A.Q. n. 2213; DRS 92-02623), soutenir que l'article 940.1 du Code de procédure civile est d'ordre public "[s]ignifierait que, lorsque les conditions sont remplies, le tribunal devrait impérativement renvoyer à l'arbitrage alors même qu'il aurait, en examinant la conduite des parties, la preuve claire qu'elles ont entendu y renoncer". Cela est impossible puisqu'en effet, les parties *peuvent* renoncer à l'arbitrage : l'article 940.1 du Code de procédure civile ne rentre pas dans la liste (prévue à l'article 940 du même Code) des règles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. Voir aussi *Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, [1987] R.D.J. 402; Kathleen DELANEY-BEAUSOLEIL, "La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel", dans Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, Vol. 2, 3ème éd., Cowansville, 1997, Québec, 663-703, p. 674.

La convention d'arbitrage n'exclut pas seulement la compétence du tribunal québécois saisi pour le même différend, elle empêche aussi la reconnaissance de la compétence d'une autorité étrangère (article 3165 du Code civil du Québec)<sup>203</sup>.

À la différence de l'article 8 de la loi-type (d'après lequel le tribunal retiendra sa compétence lorsque la convention est "*caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée*"), l'article 940.1 du Code de procédure civile du Québec ne mentionne que la *nullité* de la convention comme motif de refus d'exécution.

*A priori*, cette différence de formulation n'entraîne pas de conséquences pratiques, puisqu'il est impossible qu'un tribunal québécois renvoie les parties à l'arbitrage sur la base d'une convention *inopérante* ou *non susceptible d'être appliquée*<sup>204</sup>. Ainsi, il est logique de s'attendre à ce que le tribunal québécois retienne sa compétence si l'arbitre, spécifiquement choisi par les parties dans la clause compromissoire, n'est pas en mesure de remplir sa mission ou si la convention elle-même a été implicitement ou explicitement révoquée<sup>205</sup>.

De même que la loi-type, et à la différence des autres juridictions canadiennes (où la loi prévoit le sursis obligatoire de la procédure devant le tribunal public)<sup>206</sup>, la loi québécoise ne spécifie pas la méthode à suivre par le tribunal lorsqu'il *renvoie les parties à l'arbitrage*. La jurisprudence n'est pas uniforme<sup>207</sup>.

<sup>203</sup>

*Opron c. Aero System Engineering Inc.*, C.S.M., 11 février 1999, No. 500-05-043288-982, [1999] J.Q. no. 420. J.A. TALPIS et J.G. CASTEL, "Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil*, *op. cit.*, note 87, *Droit international privé*, 807-933, p. 917 ; Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Traité de droit civil - Droit international privé*, t. I, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1998, p. 425.

<sup>204</sup>

Voir *Opron Inc. c. Aero System Engineering*, précité, note 203, par. 386, où M. le Juge Kennedy reprend la définition donnée au terme "caduque" par le *Dictionnaire de droit privé*, (Paul. A. CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé*, Centre de Recherche en droit privé et comparé du Québec, 2ème éd., 1991, p. 69) : "état d'un acte juridique valablement formé qu'un événement postérieur vient priver d'effet". M. le Juge Kennedy fait ensuite référence au *Dictionnaire Alphabétique et Analogique- Le Robert*, éd. 1969, p. 751, pour définir le terme "inopérante" comme désignant ce qui "ne peut produire aucun effet".

<sup>205</sup>

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention*, *op. cit.*, note 17, p. 158.

<sup>206</sup>

Sabine THUILLEAUX et Dean M. PROCTOR, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaires et arbitrales", (1992) *McGill L.J.* 470-509, p. 475 et s. *Infra*, p. 80 et s.

<sup>207</sup>

K. DELANEY-BEAUSOLEIL, "La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 201.

Comme l'a souligné la Cour Supérieure du Québec<sup>208</sup> :

*"(i)l n'est pas impossible que l'arbitre décline compétence, auquel cas les parties devront s'adresser de nouveau à un tribunal de droit commun. Il serait donc inapproprié de rejeter l'action de la demanderesse au stade actuel des procédures. Il est plus opportun de suspendre les présentes procédures jusqu'à ce que toute la procédure arbitrale soit épuisée."*<sup>209</sup>

Cependant, la Cour d'appel est d'un avis différent<sup>210</sup>.

Le second paragraphe de l'article 940 du Code de procédure du Québec reprend le paragraphe 2 de l'article 8 de la loi-type, et considère les procédures étatiques et arbitrale (du moins, dans une certaine mesure) comme indépendantes l'une de l'autre, en prévoyant que "*tant que le tribunal n'a pas statué*", la procédure devant le tribunal public n'empêche, ni l'engagement, ni la poursuite de la procédure arbitrale et ne limite pas le pouvoir de l'arbitre de rendre sa sentence.

Notons aussi, qu'en droit québécois (art. 943 du Code de procédure civile), comme d'après l'article 16 de la loi-type, l'arbitre peut statuer sur sa propre compétence. Cela signifie qu'une fois constatée la validité de la convention d'arbitrage, le tribunal étatique doit renvoyer à l'arbitre la décision sur la question de savoir si le différend entre les parties se situe à l'intérieur de sa juridiction<sup>211</sup>. La

<sup>208</sup>

*Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting*, [1990] R.J.Q. 1681, p. 1682. Voir aussi, Raymond TREMBLAY, "Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage", (1988) 90 *R. du N.* 394-429, p. 398. Soulignons la différence entre cet article et la règle proposée par l'article 1210 du projet du Code civil : le tribunal doit *rejeter l'action* portée devant lui si le différend fait l'objet d'une convention d'arbitrage. Ethel GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>ème</sup> éd., Cowansville, Québec, 1990, p. 264.

<sup>209</sup>

Voir, L. DA GAMA e SOUZA Jr., "Arbitrage commercial international. Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien sur l'arbitrage", *op. cit.*, note 169, p. 461. D'après l'auteur, cet arrêt "ne cadre pas avec la compétence restreinte des tribunaux étatiques".

<sup>210</sup>

*Wolrays Hotels Ltd. c. Québec City Hotel Partner-Ship*, [1992] R.D.J. 349 (C.A.). Voir aussi, *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada Inc.*, *précité*, note 201. Voir aussi, *Gabriel Aubé Inc. c. La Sarre*, *précité*, note 201.

<sup>211</sup>

*Opron c. Aero System Engineering*, *précité*, note 203, par. 384 : "le tribunal renverra les parties à l'arbitrage "à moins qu'il ne constate la nullité de la convention" (article 940.1 C.p.c.) - *et non pas en raison de son possible moindre champ d'application*, si ce n'est sur les matières interdites d'arbitrage par l'article 2639 de notre Code civil". (*Nos emphase*). Voir aussi, S. THUILLEAUX et D. M. PROCTOR, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaires et arbitrale", *op. cit.*, note 206.

décision préalable de l'arbitre sur sa compétence peut faire l'objet d'un appel devant le tribunal (art. 943.1 du Code de procédure civile), dont la décision sera, au contraire, "*finale et sans appel*" (art. 943.2 du Code de procédure civile).

#### B - Le contrôle sur la sentence arbitrale.

Le contrôle sur la sentence arbitrale rendue au Québec fait l'objet des chapitres VII et VIII du premier Titre du livre VII (*Des arbitrages*) du Code de procédure civile du Québec, qui traitent respectivement de l'homologation et de l'annulation de la sentence<sup>212</sup>.

La reconnaissance et l'exécution de la sentence rendue hors du Québec sont régies par le second Titre du même Livre VII.

Qu'il s'agisse de la procédure d'annulation, d'homologation ou de reconnaissance et d'exécution, il est interdit au tribunal saisi pour le contrôle, d'examiner le fond du différend (articles 946.2 et 951.1 du Code de procédure civile<sup>213</sup>).

En ce qui concerne la demande d'annulation, l'article 947 du Code de procédure civile prévoit qu'"*elle est le seul recours possible*" contre la sentence arbitrale qui y est rendue<sup>214</sup>.

Puisque la législation du Québec se base sur la loi-type, comme dans cette dernière, les procédures d'annulation de reconnaissance et d'exécution y sont inextricablement liées.

Les raisons qui justifient le refus d'homologation et l'annulation des sentences rendues au Québec et celles qui justifient le refus de reconnaissance et exécution des sentences rendues hors du Québec sont les mêmes que celles proposées par la loi-type. Elles sont basées sur la Convention de New York<sup>215</sup>; ce qui rend donc le

<sup>212</sup>

Pour une étude récente du sujet, voir, Donald BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale" dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, éd. Yvon Blais Inc., 1997, 115-165.

<sup>213</sup>

*Ibid*, p. 124. Voir la jurisprudence citée par D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, 115-183, p. 124. Voir aussi, *Les Ateliers de Haute-Garonne Établissement Auriol & Cie c. Dominion Bridge corp.*, C.S.M., 6 mai 1998, No 500-05-038558-985, [1998] A.Q. no 1453.

<sup>214</sup>

*Ibid*, p. 157.

<sup>215</sup>

*Ibid*, p. 486 et s. La liste des motifs est donc limitative et exhaustive. *Di Stefano c. Landscasters Inc.*, (1994) R.Q.J. 1621. Voir, D. BÉCHARD "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 125.

contrôle du tribunal au moment de l'annulation et de l'homologation presque identique au contrôle prévu pour la procédure d'exécution<sup>216</sup>.

En ce qui concerne l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public en particulier, l'article 946.5 du Code de procédure civile prévoit que "*[l]e tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public*". Cet article s'applique aussi à la décision sur l'annulation, en vertu de l'article 947.2 du Code de procédure civile qui établit que les articles 946.2 à 946.5 "*s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande d'annulation*".

Et finalement, l'article 949 du Code de procédure civile prévoit que "*[l]a sentence arbitrale est reconnue et exécutée au Québec si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne sont pas contraires à l'ordre public*".

Notons aussi que, parmi les motifs de refus de la sentence rendue hors du Québec, l'article 950 (6) du Code de procédure civile prévoit la suspension ou l'annulation de la sentence dans le pays siège de l'arbitrage ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue.

Soulignons, de plus, que la formulation de l'article 950 du Code de procédure civile édictant qu'"*[u]ne partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en établissant ; [...]*" ne semble laisser aucun pouvoir discrétionnaire au juge de l'exécution, qui devrait donc refuser une sentence annulée dans le pays d'origine. Le législateur québécois semble ainsi avoir accepté la possibilité que l'ordre public interne d'un autre État interfère sur sa décision d'*exequatur*.

L'opportunité de cette solution pourrait être discutée. Nous reviendrons sur ce sujet dans le troisième chapitre, lors de l'examen du rôle de la reconnaissance de la décision d'annulation étrangère dans l'harmonisation des législations canadiennes en matière d'arbitrage international.

---

216

La seule différence est, de même que dans la loi-type, que l'annulation comme motif de refus est visée uniquement par l'article 950 du Code de procédure civile régissant l'exécution. A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 445. Voir *supra*, p. 45.

Par. 2 - Le contrôle sur la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes de *common law*.

Les règles auxquelles nous ferons référence dans ce paragraphe sont essentiellement les mêmes que celles que nous avons indiquées dans le chapitre consacré à la loi-type. Cela s'explique du fait que la plupart des juridictions canadiennes de *common law* ont choisi d'introduire la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans leur législation en l'adhérant à l'*International Commercial Arbitration Act*. Les autres ont repris ses dispositions presque littéralement.

Pour plus de clarté, nous distinguerons de nouveau les règles concernant le contrôle sur la convention d'arbitrage de celles régissant le contrôle sur la sentence.

A - Le contrôle sur la convention d'arbitrage.

Le convention d'arbitrage est soumise essentiellement aux même règles posées par la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Ainsi, toutes les juridictions ont repris l'article 8.1 concernant le devoir du tribunal étatique saisi d'un litige faisant l'objet d'une convention compromissoire, de remettre les parties à l'arbitrage, "*si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée*"<sup>217</sup>.

Cet article reconnaît la force obligatoire de la convention d'arbitrage, dans la mesure où celle-ci est valide, opérante et susceptible d'être appliquée<sup>218</sup>.

<sup>217</sup>

Sur ce qui constitue une "conclusion quant au fond du différend" capable d'empêcher l'arbitrage, voir par exemple : *Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd. v. P.U.M.A.*, Ont. C.J., April 24, 1998, Toronto Court File 97-CV-127075, [1998] O.J. No. 1697 ; *Restore International Corp. v. K.I.P. Kuester International Products*, B.C.S.C., January 15, 1999, New Westminster Registry No. 5030359, [1999] B.C.J. No. 257.

<sup>218</sup>

Voir, A. PRUJINER, "La force obligatoire des clauses d'arbitrage", *op. cit.*, note 198, p. 570 et s. ; Shelley KIERSTEAD, "Referral to arbitration under article 8 of the UNCITRAL Model Law : the Canadian Approach", (1998) *Can. Bus. L.J.* 98-117.

Pour une interprétation de cet article par la Cour fédérale, voir, *Coopers and Lybrand Limited (trustee) for BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Limited*, 16 F.T.R. 79 ; [1993] *Lloyd's Maritime and Commercial L.Q.* 238, note Tetley ; 27 *Williamette L.R.* 573, note Paterson ; *Relais Nordik v. Secunda Marine Services Limited*, 24 F.T.R. 256 ; *Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line AG and J.W. Lunstedt KG*, 104 N.R. 164 ; [1993] *Lloyd's Maritime and Commercial L.Q.* 238, note Tetley ; *Navionics Inc. v. Flota maritima Mexicana S.A. et al.*, 26 *Federal Trial Reporter* 148 ; [1993] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 238 ; *Miramichi Pulp and Paper Inc. v. Canadian Pacific Bulk Ship Services*, (1994) *XIX Yearbook* 266 ; *Navisivik Mines*

Puisque toutes les juridictions ont repris l'article 1.5 de la loi-type, la caducité de la convention d'arbitrage pourra découler, entre autre, d'une loi du *for en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que la présente loi.*"

La détermination de ce qui constitue, dans chaque cas, une convention inopérante ou non susceptible d'être appliquée revient, comme nous l'avons déjà noté, au tribunal<sup>219</sup>.

La seule modification par rapport à la loi-type<sup>220</sup> concerne *la modalité d'application* de cet article : dans toutes ces juridictions, les législateurs ont choisi de

---

*ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, F.C. Trial Div., January 19, 1993, Act. No. T-27-92 [1993] F.C.J. No. 32 ; F.C.A., January 10, 1994, App. No. A-68-93, [1994] F.C.J. No. 171.

Pour des exemples de jurisprudence des provinces canadiennes de *common law* voir, pour la Colombie-Britannique : *Stancroft Trust Limited, Berry and Klausner v. Can-Asia Capital Company, Limited, Mandarin Capital Corporation and Asiamerica Capital Limited*, (1990) 3 W.W.R. 665 ; 27 *Willamette Law Review*, 573, note Paterson (B.C.C.A. 1990) ; *Krutov v. Vancouver Hockey Club Limited*, (1994) XIX *Yearbook* 262 (C.S. 1991) ; *Siderurgica Mendes Junior, S.A. v. Ice Pearl (The)*, B.C.S.C., January 31 1996, Vancouver Registry No. C951424, [1996] B.C.J. No. 151 ; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 341, 67 D.L.R. (4th) 131 (C.A.).

Pour l'Ontario : *Rio Algoma Ltd., c. Sammi Steel Co. Ltd. and Sammi Steel Canada Inc.*, 47 C.P.C. (2d) 251 ; [1991] O.J. No. 268, (1993) XVIII *Yearbook* 166, (Ont.1991) ; *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co.*, 9 O.R. (3d) 374 (C.S.Ont. 1992) ; *Canada Packers Inc. et al. v. Terra Nova Tankers Inc. et al.*, 11 O.R. (3d) 382 (C.S. Ont. 1992) ; *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*, (1994) 12 B.L.R. (2d) 132, note R. B. Potter (C.A. Ont.) ; *Bab Systems Inc. v. McLurg*, C.S. Ont., December 21, 1994, Court file No. Re 4622/94, [1994] O.J. no. 3029. Pour la Saskatchewan : *BWV Investments v. Saskferco Products Inc., UHDE-GmbH, et al.*, C.A. Sask., December 6, 1994, Appeal File 1504, [1994] S.J. No. 629. Pour l'Alberta, *Kvaerner Environpower Inc. v. Tanar Industries Ltd.*, [1994] 9 W.W.R. 230, (1997) XXII *Yearbook* 673.

La reconnaissance de la force obligatoire de la convention d'arbitrage exclut, comme nous l'avons déjà souligné pour le Québec, la possibilité de litispendance autant que l'application du principe de la connexité et de la doctrine du *forum conveniens*. Voir, *Navisivik Mines ltd. v. F.C.R.S. Shipping Ltd.* ; précité, dans cette note ; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.*, précité, dans cette note ; *Kaverit Steel and Crane and others v. Kone Corporation*, (1992) 87 D.L.R. (4th) 129 ; (1993) XVIII *Yearbook* 346. *Boart Sweden AB et al. v. NYA Strommes Ab et al.*, (1988) 41 B.L.R. 295 (C.S. Ont.).

<sup>219</sup>

*Supra*, note 97. Pour une définition de ce qui pourrait constituer une convention "inoperative", voir la différence entre les deux décisions rendues dans l'affaire *Kaverit Steel and Crane and others v. Kone Corporation*, précité, note 218. La Cour d'appel d'Alberta, a expressément refusé de partager l'opinion de la Court of Queen Bench, d'après laquelle "an inconvenient reference was an "inoperative one"". Dans les mots de la Cour d'appel, la convention "may not operate conveniently, but it cannot be said to be inoperative". Voir aussi *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.*, (1995) 9 B.C.L.R. (3d) 368 ; [1995] 9 W.W.R. 503 (C.A.). Pour un exemple de clause *not capable of being performed*, voir *Ferguson Bros of St. Thomas v. Manyan Inc.*, C.S. Ont., May 27, 1999, Court File No. 27679/97A, [1999] O.J. No. 1887.

<sup>220</sup>

L'article 8.1 de cette loi prévoit que le tribunal "renverra les parties à l'arbitrage".

*spécifier* que le renvoi des parties à l'arbitrage sera fait suivant la méthode du sursis obligatoire de la procédure judiciaire<sup>221</sup>. Comme le soulignent Mme Thuilleaux et M. Proctor<sup>222</sup>, cela signifie que le tribunal retient sa juridiction tout en s'abstenant de l'exercer. Il la recouvrera automatiquement si la clause d'arbitrage devient nulle, caduque, inopérante ou incapable d'être exécutée<sup>223</sup>.

Cette solution se différencie aussi, comme nous l'avons souligné, de celle offerte par l'article 940.1 du Code de procédure civile du Québec, qui prévoit (comme la loi-type) le renvoi à l'arbitrage sans autre spécification, et qui a fait l'objet d'interprétations contradictoires par la jurisprudence québécoise<sup>224</sup>.

Les autres règles telles, celle établissant le principe de la compétence de l'arbitre à décider sur sa propre compétence<sup>225</sup> ou celle de la séparabilité de la convention d'arbitrage, sont identiques à celles proposées par la loi-type.

---

221

Ainsi, l'article 8.2. de l'*International Commercial Arbitration Act* de Colombie-Britannique, [R.S.B.C.1996], c. 233, intitulé, précisément, "Stay of legal proceedings" prévoit : "In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed". Pour sa part, l'*International Commercial Arbitration Act* d'Alberta, S.A. 1986, c. I-6.6 (reprenant en annexe autant la Convention de New York que la loi-type), établit, dans son article 10, intitulé "stay of proceedings" :

"Where, pursuant to article II (3) of the Convention or article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates".

Dans le même sens, voir l'article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* du Manitoba, S.M. 1986-87, c.32 ; l'article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* du Nouveau-Brunswick, S.N.B. 1986, c. I-12.2 ; article 11 de l'*International Commercial Arbitration Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, c. I-15 ; l'article 11 de l'*International Commercial Arbitration Act* des Territoires du Nord-Ouest, R.S.N.W.T. 1988, c.I-6 ; l'article 11 de l'*International Commercial Arbitration Act* de Nouvelle-Écosse, R.S., c. 234, s.1 ; l'article 8 de l'*International Commercial Arbitration Act* d'Ontario, R.S.O. 1990, c.I-9 ; l'article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* de l'Île du Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5 ; l'article 9 de l'*International Commercial Arbitration Act* de la Saskatchewan, S.S. 1988-89, c. I-10.2 ; l'article 8 de l'*International Commercial Arbitration Act* du Yukon, L.Y. 1987, c. 14.

222

S. THUILLAUX et D. M. POCTOR, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale", *op. cit.*, note 206, p. 476.

223

*Fuller Austin Insulation Inc. v. Sasferko Products Inc.*, Sask. Q.B., No. 286 of 1993 J.C.R. [1996] S.J. No. 96.

224

*Supra*, p. 75 et s.

225

Sur le respect du principe de la *kompetenz kompetenz* dans les différentes juridictions, voir, S. THUILLAUX et D. M. PROCTOR, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale", *op. cit.*, note 206 ; Liliana BIUKOVIC, "Impact of the Adoption of the Model Law in Canada : Creating a New Environment for International Arbitration", (1998) 30 *Can. Bus. L.J.* 376-412, p. 392.

Voir aussi, *Rio Algoma Ltd. c. Sammi Steel Co. Ltd. and Sammi Steel Canada Inc.*, précité, note 218.

Les juridictions de *common law* se distinguent donc du Québec puisqu'elles ne posent aucune règle comparable à celle de l'article 2639 du Code civil du Québec (interdisant expressément l'arbitrage des différends "*portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les questions qui concernent l'ordre public*" ; et par laquelle on reconnaît au même temps la compétence de l'arbitre à appliquer, en principe, les règles présentant un caractère d'ordre public) ; ni à celle de l'article 2641 du Code civil du Québec (excluant expressément la stipulation qui confère "*à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres*"<sup>226</sup>) ; ni à celle de l'article 3121 du même code (concernant la loi applicable à la convention d'arbitrage).

#### B - Le contrôle sur la sentence arbitrale.

Le contrôle sur la sentence arbitrale est régi, dans les juridictions canadiennes de *common law*, par les mêmes règles proposées par la loi-type.

Aucune de ces règles n'interdit formellement au tribunal saisi pour le contrôle sur la sentence de s'enquérir sur le fond du différend : les articles 946.2 et 951.1 du Code de procédure civile du Québec ne trouvent donc pas de correspondants dans les juridictions canadiennes de *common law*.

De la même façon qu'au Québec, la demande en annulation est, dans les juridictions canadiennes de *common law*, le seul recours possible contre une sentence arbitrale qui y a été rendue. Aussi, les motifs d'annulation et de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale sont les mêmes dans toutes les juridictions canadiennes et partout au Canada, l'annulation constitue un motif de refus de reconnaissance et d'exécution. Notons, pourtant, qu'à la différence du Québec, les juridictions de *common law* ont repris littéralement l'article 36 de la loi-type. Ainsi, la version anglaise de cet article est la suivante :

*"36 (1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the state in which it was made, may be refused only :*

---

<sup>226</sup>

Elles ont toutes maintenu l'article 18 qui pose le principe de l'égalité des parties dans la procédure arbitrale.

*(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that [...]*

*(vi) the arbitral award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the state in which, or under the law of which, that arbitral award was made, [...]"<sup>227</sup>.*

Cet article semble donner au tribunal étatique un certain pouvoir discrétionnaire au moment de l'*exequatur*, ce qui inclut un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit d'établir la valeur de la décision d'annulation étrangère par rapport à la procédure d'exécution<sup>228</sup>. Nous examinerons cette solution plus en détails dans le troisième chapitre.

---

<sup>227</sup>

*(Nos emphases)*. Article 36 R.S.B.C. 1996, c. 233.

<sup>228</sup>

Voir *Schreter v. Gasmac*, (1992) 89 D.L.R. (4th) 365 ; 7 O.R. (3d) 608 ; suppl. reasons 89 D.L.R. (4th) 380 ( Ont. Gen. Div.), 7 O.R. (3d) 608.

### Conclusion du deuxième chapitre.

L'examen des différentes méthodes suivies pour introduire la loi-type, aussi bien que du contenu des législations canadiennes, révèle que les règles relatives à la reconnaissance de la convention d'arbitrage et au contrôle sur la sentence arbitrale sont identiques dans les provinces de *common law* et très semblables, au niveau du contenu, à celles du Québec.

Il ne faut pas oublier cependant qu'en matière de conflit de lois, les différentes juridictions canadiennes sont assimilées à des États étrangers<sup>229</sup>.

La Loi constitutionnelle de 1867<sup>230</sup> détermine l'étendue de la compétence législative et juridictionnelle des provinces<sup>231</sup>. Cette répartition des pouvoirs entraîne d'importantes conséquences en matière d'arbitrage commercial. Ainsi, des matières d'importance fondamentale dans le domaine du commerce international, comme la réglementation du trafic et du commerce, la banqueroute et la faillite, les brevets d'invention et de découverte, sont de compétence fédérale ; alors que d'autres, toutes aussi importantes, telles que le régime de la propriété et des droits civils rentrent dans la compétence des provinces<sup>232</sup>.

Il est donc possible qu'une absence d'homogénéité en matière d'arbitrage commercial international résulte de l'application, par les provinces, de leur propre conception de l'ordre public et de la *public policy*.

De plus, puisque toutes les législations ont repris les règles de la loi-type relatives à l'annulation, à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence, se pose le problème, au Canada, de l'interférence des notions d'arbitrabilité et d'ordre public au moment de l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine. Comment pourrait-on l'éviter ?

Ces deux difficultés sont étroitement liées. Nous les examinerons dans le prochain chapitre.

<sup>229</sup> Voir E. GROFFIER, *Précis, op. cit.*, note 208, p. 14. Voir aussi Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, 6ème éd., tome I Paris, L.G.D.J., 1974, p. 453.

<sup>230</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R-U., c. 3.

<sup>231</sup> Art. 91, 92 et 93. Voir J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws, op. cit.*, note 190, p. 9.

<sup>232</sup> Art. 92 (13).

### Chapitre 3 - L'harmonisation du droit canadien de l'arbitrage commercial international et la coordination des décisions étatiques en matière d'arbitrage dans le contexte fédéral canadien.

Le nombre de décisions rendues par les tribunaux nationaux en matière de contrôle sur l'arbitrage peut être élevé, autant en raison du fait que le contrôle est exercé à deux niveaux (celui de la convention et celui de la sentence), qu'en raison du fait que le contrôle exercé par un tribunal national n'exclut pas que le tribunal appartenant à un autre ordre juridique soit saisi de la même question.

Il est clair que la possibilité que ces décisions soient contradictoires ne favorise pas la prévisibilité des solutions ni, conséquemment, la bonne administration de la justice au niveau international<sup>233</sup>.

Le problème de l'incertitude dans les rapports juridiques internationaux ne doit donc pas être sous-estimé. Et ce, particulièrement au Canada, où il se pose d'une façon beaucoup plus importante qu'aux États-Unis, où l'arbitrage commercial international est une matière de compétence fédérale<sup>234</sup>; même si la Cour Suprême des États-Unis, au contraire de la Cour Suprême du Canada, n'a pas de pouvoir unificateur puisqu'elle est liée, pour l'interprétation des lois locales, par les Cours étatiques<sup>235</sup>.

Notons que c'était précisément la volonté d'éliminer ou, au moins, de limiter, "l'incertitude juridique [...] en adaptant le droit aux besoins du commerce moderne" qui a inspiré et inspire encore les membres de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada<sup>236</sup>. C'est dans le but d'augmenter la compétitivité des entreprises canadiennes que cette Conférence essaie d'offrir aux opérateurs du commerce interprovincial et international un système cohérent de règles juridiques.

<sup>233</sup>

Voir A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage international*, *op. cit.*, note 1, p. 59. En soulignant l'interaction complexe des lois et le nombre de systèmes de droit potentiellement impliqués dans chaque cas, les auteurs ont défini l'arbitrage international comme "un champ de mines légales".

<sup>234</sup>

Voir H. M. HOLTZMANN, "United States", *op. cit.*, note 124, p. 2.

<sup>235</sup>

Michael Terry HERTZ, "The Constitution and the Conflict of Laws. Approches in Canadian and American Law", (1977) 27 *U.T.L.J.* 1-68, p. 25; *Interprovincial Co-operatives et al. v. The Queen*, (1975) 53 D.L.R. (3d) 321, p. 358; [1975] 5 W.W.R. 382; [1976] 1 S.C.R. 477.

<sup>236</sup>

La Conférence pour l'harmonisation du droit au Canada, créée sur recommandation du Barreau Canadien, s'est réunie pour la première fois en 1918. Son but est de proposer aux gouvernements provinciaux des lois-types uniformes, afin de favoriser, précisément, l'harmonisation du droit au Canada.

À cette fin, la Conférence a proposé, entre autres, des lois modèles en matière de reconnaissance de jugements<sup>237</sup>. Elle a aussi proposé, en 1990, une Loi Uniforme sur l'arbitrage<sup>238</sup>, ayant pour but de moderniser uniformément le droit interne de l'arbitrage au Canada. Cette loi, qui restreint le pouvoir discrétionnaire du tribunal en matière de décisions sur l'arbitrage et rend plus facile l'exécution des sentences arbitrales, a servi de base pour la réforme du droit interne de l'arbitrage qui a eu lieu en Alberta, en Saskatchewan, en Ontario, au Nouveau-Brunswick et dans l'Ile-du-Prince-Édouard<sup>239</sup>.

Au niveau international la préoccupation causée par les grandes différences entre les systèmes juridiques en matière d'arbitrage commercial international a inspiré la conclusion de plusieurs conventions et a mené à la création de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.<sup>240</sup>.

Pourtant, ni la conclusion de conventions internationales, ni l'adoption de la loi-type ne peuvent garantir l'*uniformité* de la discipline de l'arbitrage commercial international<sup>241</sup>.

Ainsi, par exemple, comme le note M. Goldstein<sup>242</sup>, à propos de la loi-type de la C.N.U.D.C.I, il n'est pas suffisant qu'elle soit adoptée par plusieurs pays, il faut encore qu'elle soit adoptée de *manière uniforme*. Ce qui n'est pas toujours le cas.

<sup>237</sup>

Ainsi, on a proposé par exemple, en 1991, l'*Uniform Enforcement of Canadian Judgements Act*; en 1997, l'*Uniform Enforcement of Canadian Decrees*; et finalement, en 1999, l'*Uniform Enforcement of Canadian Judgement and Decrees*. Pour faciliter la reconnaissance des jugements rendus hors du Canada, la Conférence a aussi proposé, en 1994, l'*Uniform Foreign Judgements Act*. Voir, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Recueil des lois uniformes*. Voir aussi, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Stratégie nationale sur le droit commercial*, 6-avril 1999, <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc.priority/fcomlaw.htm>.

<sup>238</sup> *Loi uniforme sur l'arbitrage*, dans Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Recueil des lois uniformes*.

<sup>239</sup> *Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1; *Arbitration Act*, R.S.S. 1992, c. A-24.1; *Arbitration Act*, S.O. 1991, c. 17; *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A.10.1; *Arbitration Act*, Stats. P.E.I. 1996, c. 4.

<sup>240</sup> La loi-type de la C.N.U.D.C.I. a été adoptée en 1986 par la Conférence, et successivement mise en application dans toutes les juridictions canadiennes.

<sup>241</sup> D'ailleurs, comme le soulignent, par exemple, Redfern et Hunter, si l'harmonisation des droits nationaux en matière d'arbitrage commercial international est en général souhaitable, "l'harmonisation pour l'harmonisation peut aboutir à l'inverse du résultat recherché et se révéler impraticable". Cf. A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 426.

<sup>242</sup> Gérald GOLDSTEIN, "L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits", (1998) 32 *R.J.T.* 235-332, p. 283.

On constate, en effet, que les lois canadiennes sur l'arbitrage commercial international, bien qu'elles soient toutes basées sur la loi-modèle, présentent de nombreuses différences, autant en ce qui concerne leur rédaction même que leur interprétation jurisprudentielle<sup>243</sup> ou encore que leur domaine d'application<sup>244</sup>.

Il faut aussi souligner qu'"harmonisation" ne signifie pas "uniformité".

Si l'*uniformité* de la discipline de l'arbitrage commercial international (et même celle de l'arbitrage interprovincial) doit être exclue<sup>245</sup>, on peut néanmoins affirmer que la réforme a atteint un bon niveau d'*harmonisation*. Mais, parce que cette harmonisation n'élimine pas la possibilité d'avoir des décisions contradictoires, il reste important d'organiser, pour le moins, une certaine *coordination* entre elles.

Une méthode pour atteindre la coordination des décisions rendues en matière de reconnaissance de sentences arbitrales est celle qui consiste à donner efficacité internationale à la décision d'annulation rendue par le tribunal du siège arbitral, en liant ainsi la procédure d'annulation à la procédure de reconnaissance et d'exécution. (Article V (1) (e) de la Convention de New York ; article 36 (1) (a) (v) de la loi-type).

Nous examinerons comment elle est utilisée dans les différentes juridictions canadiennes. (Section 1)

Une coordination plus grande encore pourrait être atteinte s'il était possible de conférer une efficacité internationale, ou au moins interprovinciale, aux *autres* décisions (c'est à dire, les décisions étatiques autres que celles d'annulation de la

---

<sup>243</sup>

*Idem*, où l'auteur note que la présence de clauses établissant que la loi devrait être interprétée "en tenant compte de son contexte international et en favorisant son application uniforme constitue une limite assez formelle à cette diversité".

<sup>244</sup>

Ainsi, par exemple, les lois des juridictions de *common law* ne s'appliquent qu'aux rapports commerciaux internationaux, ce qui a conduit la jurisprudence à exclure l'arbitrage en matière de rapports de travail qui comportent une relation du type *master and servant*. Au Québec, par contre, les litiges de ce type pourraient être soumis à l'arbitrage dans la mesure où l'article 3149 du Code civil du Québec (prévoyant que la renonciation à la juridiction de l'autorité québécoise ne peut être opposée, ni au travailleur, ni au consommateur québécois) intervient pour protéger la partie la plus faible. Ce même article pourra entraver l'arbitrage en matière de consommation, domaine qui, par contre, rentre dans la compétence de l'arbitre dans les juridictions de *common law*.

<sup>245</sup>

D'ailleurs, l'uniformité n'est pas nécessairement souhaitable ; et l'on pourrait soutenir qu'une certaine diversité de résultats dans la résolution de problèmes similaires participe effectivement de l'essence d'un État fédéral. En ce sens, L.P. PIGEON, "The Meaning of Provincial Autonomy", (1951) 29 *Can. Bar Rev.* 1126-1135, p. 1133 ; John SWAN, "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws", (1985) 63 *R. du B. Can.* 271-321, p. 318 et s.

sentence, telles que celles concernant la validité de la convention d'arbitrage dans la phase préliminaire à l'arbitrage ou les décisions de reconnaissance et d'exécution de la sentence ou de refus de reconnaissance et d'exécution) rendues en matière d'arbitrage. Nous examinerons ensuite cette possibilité (Section 2).

*Section 1 - La coordination des systèmes et l'efficacité internationale de l'annulation de la sentence au moment de l'exequatur dans une juridiction canadienne.*

Nous avons déjà souligné la tendance (suivie, entre autre, en France et aux États-Unis<sup>246</sup>, mais aussi ailleurs<sup>247</sup>), à exécuter les sentences arbitrales annulées dans leur pays d'origine. Cette pratique a suscité beaucoup de discussions, précisément en raison de ses effets au niveau de la coordination des décisions étatiques en matière d'arbitrage. Ces effets peuvent se révéler être très sérieux, même à l'intérieur du même système (comme le démontre, par exemple, l'affaire française *Hilmarton*)<sup>248</sup>.

<sup>246</sup>

En France, *Pabalk Ticaret c. Norsolor*, Cass. Civ., 1ère ch., 9 oct., précité, note 133 ; *Société Polish ocean Line c. société Jolasry*, Cass. civ., 1ère ch. civ., 10 mars 1993, précité, note 134 ; *République arabe d'Egypte c. société Chromalloy Aero Services*, Paris, 1ère ch. civ., *Rev. Arb.* 1997.394, précité, note 136.

Aux États-Unis, *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, précité, note 138.

<sup>247</sup>

Voir, Ph. FOUCHARD, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine", *op. cit.*, note 137, p. 334 et s., qui note que des arrêts ordonnant l'exécution de sentences annulées ont été rendus en Belgique et aux Pays-Bas.

<sup>248</sup>

*Sté Hilmarton c. Sté Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, précité, note 135. L'affaire *Hilmarton* débuta par une sentence arbitrale, rendue à Genève en 1988, refusant la demande présentée par la société anglaise Hilmarton à l'encontre de la société française OTV. La demande de Hilmarton visait à obtenir le paiement d'honoraires concernant son intervention auprès de certaines autorités algériennes. L'arbitre, ayant constaté que les honoraires demandés étaient en réalité le prix de la corruption, statua en faveur de OTV (*Rev. Arb.* 1993.327 ; *Recueil des sentences arbitrales de la C.C.I.*, 1991-1995, vol. III, p. 220). En 1989, la sentence est annulée par la Cour de justice de Genève. Cette décision est confirmée, le 17 avril 1990, par le tribunal fédéral. (*Rev. Arb.* 1993.315). Malgré la procédure l'annulation, la sentence arbitrale reçoit son *exequatur*, en France le 27 février 1990. L'*exequatur* est confirmé par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1991, (*Rev. Arb.* 1993.300) et puis, le 23 mars 1994, par la Cour de cassation (*Rev. Arb.* 1994.327, note Jarroson ; *Chunet*, 1994 1994.701, note Gaillard ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1995.356, note Oppetit). En même temps, à la suite de l'annulation, une nouvelle procédure d'arbitrage est instaurée et une nouvelle sentence, favorable à Hilmarton est rendue en 1992. Mais, l'*exequatur* accordé à la première sentence arbitrale n'empêche pas le Tribunal de Versailles de donner parallèlement *exequatur* à la décision d'annulation du tribunal fédéral suisse et à la seconde sentence arbitrale. La décision du tribunal est confirmée par la Cour d'appel de Versailles, qui considère que la première *exequatur* ne pouvait pas avoir pour effet de "figer l'ordre juridique français au stade où il se trouvait à la date de cette sentence". Cette solution n'aurait pas été acceptable, d'après la Cour d'appel de Versailles, parce qu'elle aboutirait à "faire prévaloir de façon systématique la décision qui, la première, aurait été reconnue ou déclarée exécutoire en France, quelle que fût sa valeur dans l'ordre juridique étranger". La conclusion de la Cour de Versailles a pourtant été rejetée par la Cour de cassation, dans sa décision rendue le 10 juin 1997 (*Rev. Arb.* 1997.376, note Fouchard), qui considère qu'elle viole le principe de

Ils vont à l'encontre de tout ce que l'arbitrage devrait représenter en termes de célérité et de simplicité dans la résolution des différends.

Parce qu'en pratique, on ignore la décision d'annulation et que l'on fait dépendre la sort de la sentence arbitrale uniquement de la loi du *for* de l'exécution, la sentence annulée finit par coexister (et être exécutée) dans les différents pays, même si une autre sentence est éventuellement rendue, entre les mêmes parties et sur la même question, après l'annulation. Le principe de la *res iudicata* risque alors d'avoir une portée limitée lorsqu'un litige est tranché par les arbitres. Cela est d'ailleurs facile à comprendre si on tient compte du fait que la sentence arbitrale n'est source de droits qu'après avoir été reconnue par une autorité de l'État : elle n'a *per se* aucune autorité de chose jugée<sup>249</sup>.

D'un autre côté, le refus systématique d'exécution des sentences annulées va à l'encontre des autres exigences, toutes aussi importantes, notamment, celle de *favoriser au maximum la reconnaissance et l'exécution* des sentences arbitrales. De plus, comme nous l'avons indiqué, il présente aussi l'inconvénient de créer, au moment de décider de l'exécution d'une sentence annulée, une interférence avec les notions d'arbitrabilité et d'ordre public du pays siège de l'arbitrage.

Il s'agit d'une difficulté grave. Nous l'examinerons d'abord de façon générale (Par. 1). Nous essayerons ensuite d'en indiquer les solutions possibles dans le contexte du droit canadien (Par. 2).

#### Par. 1 - Le conflit : nécessité de coordination et nécessité d'exécution.

Le conflit entre le besoin d'uniformité et la nécessité de garantir au maximum l'exécution des sentences arbitrales<sup>250</sup> est résolu (aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence étatique) de plusieurs façons, qui dépendent en grande partie, de l'importance accordée au lieu du siège arbitral et du respect envers les lois et les décisions étrangères rendues en matière d'arbitrage.

---

l'autorité de la chose jugée : "[l]'existence d'une décision française irrévocable portant sur le même objet entre les mêmes parties fait obstacle à toute reconnaissance en France d'une décision judiciaire ou arbitrale rendue à l'étranger incompatible avec elle").

<sup>249</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 899.

<sup>250</sup> Stephen T. OSTROWSKI & Yuval SHANY, "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", (1998) 73 *N.Y.U.L. Rev.* 1650-1693.

En partant de l'idée que tout contrôle sur la sentence, qu'il porte sur l'annulation ou sur l'exécution, est nécessairement national, on peut parvenir à une certaine coordination des systèmes par la création d'une hiérarchie entre les ordres juridiques nationaux<sup>251</sup>, en donnant plus de poids au siège de l'arbitrage.

Ainsi, par exemple, parmi les conditions exigées pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention de Genève de 1927 (à l'article 1 d) prévoyait qu'elle fût "définitive" dans le pays d'origine. Cela obligeait la partie gagnante, souhaitant voir la décision exécutée dans un pays différent de celui du siège arbitral, à obtenir une *double exequatur*<sup>252</sup>. Ce système privilégiait évidemment la coordination aux dépens de l'exécution<sup>253</sup>.

Le poids attribué au siège de l'arbitrage est considérablement moindre dans la Convention de New York de 1958. On n'exige plus que la sentence soit reconnue dans le pays d'origine pour en demander l'exécution dans un autre pays signataire. L'article V (1)(e) de la Convention prévoit pourtant le refus d'*exequatur* de la sentence étrangère annulée dans le pays du siège arbitral<sup>254</sup>. La même Convention prévoit aussi que le tribunal saisi pour la reconnaissance et l'exécution sursoit à statuer sur la demande d'exécution, si l'annulation ou la suspension de la sentence a été demandée.

Toutefois, l'article V confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire : il n'est pas obligé de refuser la sentence annulée. Et l'article VII prévoit que "*[l]es dispositions de la présente Convention [...] ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée*".

La Convention laisse alors les états signataires assez libres<sup>255</sup>. Ce qui nous amène à examiner la situation actuelle en France et aux États-Unis.

---

<sup>251</sup> Voir, Ph. FOUCHARD, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine", *op. cit.*, note 137, p. 332.

<sup>252</sup> Charles JARROSSON, note sous l'arrêt *Société Hilmarton c. société OTV*, *Rev.Arb.* 1994. 329-336, p. 332.

<sup>253</sup> S. T. OSTROWSKI & Yuval SHANY, "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", *op. cit.*, note 250, p. 1657 : " [t]he drafters believed uniformity would create a safer and more stable legal environment in which arbitration could prosper and thereby serve the purposes of the Convention by preserving expectations and minimizing forum shopping".

<sup>254</sup> Parce que la nature définitive de la sentence n'était qu'une des conditions pour sa reconnaissance ultérieure, ce système ne garantissait pas une coordination totale : la première *exequatur* ne rendait pas certaine la seconde.

<sup>255</sup> S. T. OSTROWSKI & Yuval SHANY, "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", *op. cit.*, note 250, p. 1664, notent que "The New York Convention is thus

Comme nous l'avons déjà souligné, la tendance actuelle des tribunaux américains et français consiste à réduire au maximum les limites posées à l'arbitrage et le contrôle effectué sur la convention et sur la sentence arbitrale. Il est alors aisé de comprendre qu'ils aient du mal à accepter que l'arbitrage soit soumis à des règles étrangères plus rigides que les leurs.

Lorsque l'on refuse la solution étrangère, la tendance à "nationaliser" le contrôle se fait toujours plus lourde.

Cette tendance se manifeste autant au niveau du contrôle sur la convention qu'au niveau du contrôle sur la sentence. On tend alors, dans la phase préliminaire de l'arbitrage, à faire régir la convention d'arbitrage par les règles matérielles à but international du *for*, en excluant l'intervention de la règle de conflit et l'application de la loi étrangère<sup>256</sup>.

Elle conduit, parallèlement, lors de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, à l'application de plus en plus fréquente de l'article VII de la Convention de New-York (qui permet au tribunal de ne pas appliquer la loi étrangère lorsqu'elle est plus sévère et moins favorable à l'arbitrage que celle du *for*). La loi applicable est encore une fois celle du tribunal<sup>257</sup>.

Le conflit entre la nécessité de coordonner les solutions et la faveur envers une exécution simple et rapide se règle de plus en plus, en faveur de cette dernière.

La procédure d'annulation perd de son efficacité internationale et l'importance du siège arbitral s'en trouve réduite. On évite ainsi, lors de l'exécution de la sentence, l'interférence des notions d'arbitrabilité et d'ordre public du siège de l'arbitrage. Cela évite que la justice offerte par l'arbitrage international ne se réduise à un "*hometown*" type de justice<sup>258</sup>.

---

characterized by fundamental underlying tensions. These include the tension between greater uniformity and enforceability as well as between the role of the Courts of the enforcing forum versus those of the situs".

<sup>256</sup>

*Infra*, p. 281.

<sup>257</sup>

T. CARBONNEAU, "Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention", *op.cit.*, note 128.

<sup>258</sup>

Hamid G. GARAVI, "Enforcing Set Aside Arbitral Awards : France's Controversial Steps Beyond the New York Convention", (1996) 6 *J. Transnat'l L. & Poly*, 93, p. 104, tel que cité par S. T. OSTROWSKI & Yuval SHANY, "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", *op. cit.*, note 250, p. 1663.

Mais, ce faisant, on pousse nécessairement la sentence dans un véritable vacuum<sup>259</sup> : on ne considère pas la loi étrangère applicable suivant l'article V (1)(a) et V (1) (d) et l'on ne reconnaît pas non plus l'importance de la décision du tribunal étranger. On oublie que le tribunal du lieu du siège de l'arbitrage est souvent le mieux situé pour apprécier si la procédure a été conduite de façon appropriée et pour éviter tout abus<sup>260</sup>. On oublie également les intérêts de la partie perdante, qui doit s'opposer à l'exécution de la sentence dans tous les pays où elle possède des biens<sup>261</sup>.

Cette tendance a suscité de fortes critiques puisqu'elle confère une importance primordiale à la loi du tribunal de l'exécution qui n'a nécessairement d'autre lien avec le rapport litigieux que celui d'être le lieu où se situent les biens de la partie perdante<sup>262</sup>. La doctrine s'accorde à considérer que la situation ainsi créée par la jurisprudence la plus récente est moins qu'optimale : "it generates confusion"<sup>263</sup>, "[it's a] introduction to disunity"<sup>264</sup>, "[cela] trahit la volonté commune des parties qui ont choisi le lieu de l'arbitrage et crée le désordre dans l'arbitrage international"<sup>265</sup>.

Pourtant, octroyer un effet *urbi et orbi* à la décision d'annulation n'est pas une solution plus satisfaisante.

Le problème qui se pose lorsque l'on tente d'établir une hiérarchie des ordres juridiques afin de choisir celui qui donnera la solution à laquelle tous les autres devront faire référence est le suivant : le lieu du siège arbitral, qui semble être le lieu

---

<sup>259</sup> S. T. OSTROWSKI & Yuval SHANY, "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", *op. cit.*, note 250, p. 1668-69.

<sup>260</sup> *Ibid*, p. 1661-62.

<sup>261</sup> A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 355 : "A losing part must be afforded the right to have the validity of the award finally adjudicated in one jurisdiction. If that were not the case, in the event of a questionable award a losing part could be pursued by a claimant with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement. A claimant would obviously refrain from doing this if the award has been set aside in the country of origin and this is ground for refusal of enforcement in other Contracting States".

Voir aussi, William W. PARK, "National Law and Commercial Justice : Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration", (1989) 63 *Tulane L. Rev.* 647-709, p. 650.

<sup>262</sup> T. CARBONNEAU, "Debating the Proper Role of National law Under the New York Arbitration Convention", *op. cit.*, note 128.

<sup>263</sup> *Ibid*, p. 280.

<sup>264</sup> S. T. OSTROWSKI & Yuval SHANY, "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", *op. cit.*, note 250, p. 1669.

<sup>265</sup> Voir Ph. FOUCHARD, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine", *op. cit.*, note 137, qui dresse une liste des critiques à la jurisprudence franco-américaine.

le plus logique, ne présente pas nécessairement de liens avec le rapport litigieux, autre que celui d'être précisément - et, uniquement -, le lieu où la procédure se déroule. Or, ce seul lien procédural ne justifie pas nécessairement l'efficacité extraterritoriale reconnue aux lois appliquées lors de l'annulation. On risque alors d'obtenir un résultat, certes, uniforme, mais - hélas - substantiellement artificiel.

Les critiques portées à la jurisprudence française et américaine visent surtout le *moyen utilisé* pour arriver à l'exécution de la sentence annulée. Ce sont donc, le recours à l'article VII de la Convention de New York et l'application automatique de la loi du *for* pour exclure les effets de l'annulation qui sont discutés.

Il faut alors trouver des solutions alternatives permettant d'atteindre un point d'équilibre entre la nécessité de coordination des systèmes et la nécessité de favoriser l'exécution des sentences. La recherche de ce point d'équilibre est encore plus important lorsqu'une partie demande, dans une juridiction canadienne, l'exécution d'une sentence annulée dans une autre juridiction canadienne.

Le problème est alors double. Il s'agit en effet

- d'une part, d'éviter l'interférence de l'ordre public du pays siège de l'arbitrage au moment de l'exécution de la sentence ;
- d'autre part, de tenter d'atteindre un degré de coordination maximal entre les différents systèmes, ce qui est particulièrement important dans les juridictions faisant partie d'un système fédéral, comme le Canada.

Examinons les solutions possibles à ces deux questions dans les juridictions canadiennes, à la lumière des solutions suivies par la jurisprudence étrangère et suggérées par la doctrine<sup>266</sup>.

Cet examen nous permettra alors de tirer des conclusions quant au niveau de coordination atteint par le système d'arbitrage commercial international du Canada.

## Par. 2 - Les solutions possibles.

---

<sup>266</sup>

Nous nous arrêterons uniquement sur les solutions applicables dans un contexte strictement canadien. Nous n'examinerons donc pas la possibilité d'une révision de la Convention de New York ou l'opportunité "d'instituer un contrôle unique, véritablement international, sur toutes les sentences intéressant le commerce international", par la création d'un tribunal supranational. Cf. Ph. FOUCHARD, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine", *op. cit.*, note 137, p. 350.

La tendance suivie par les jurisprudences française et américaine se traduit par l'obligation, pour les tribunaux, de ne pas refuser une sentence annulée dans son pays d'origine, à moins que la loi du *for* n'exclut, elle aussi, sa reconnaissance. En raison de la nature fédérale du Canada, cette tendance n'y est pas acceptable (A).

D'un autre côté, obliger le tribunal à refuser, en toutes circonstances, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence annulée, n'est pas non plus une solution adéquate (B).

Il faut donc trouver un système plus souple, qui permette d'établir, dans chaque cas, si la sentence annulée peut être exécutée (C). Lorsque ce système plus souple se base sur le pouvoir discrétionnaire reconnu au tribunal de l'exécution, il devient nécessaire d'identifier les critères que celui-ci devra suivre pour prendre sa décision (D).

A - L'application automatique de la loi canadienne plus favorable lors de l'exécution au Canada de la sentence annulée dans son pays d'origine - (article VII de la Convention de New York).

Le recours à l'article VII pour appliquer la loi du *for* plus favorable à l'exécution serait sans doute le moyen le plus direct d'éviter l'interférence des notions d'arbitrabilité et d'ordre public du pays siège de l'arbitrage au moment de l'*exequatur* dans une juridiction canadienne. Mais cette solution est extrême. Elle ne tient compte *que* de ce problème : elle constitue en effet l'obstacle le plus important à la coordination des systèmes. Non seulement, elle n'est pas opportune (surtout au Canada, où la question doit être examinée en tenant compte en plus, de la nécessité d'atteindre un certain niveau de coordination interprovinciale), mais, de plus, elle n'est pas praticable dans le contexte législatif canadien.

Toutes les législations canadiennes ont en effet repris la loi-type et posent l'annulation comme raison du refus de l'*exequatur* de la sentence étrangère<sup>267</sup>. En ce

<sup>267</sup>

Soulignons, de plus, que le principe selon lequel la reconnaissance d'une décision étrangère ne sera pas refusée parce qu'elle se base sur une loi plus sévère que la loi canadienne, est bien établi. Cf. *United States of America v. Ivey et al.*, November 24, 1995, (Ont. Gen. Div.), [1995] O.J. No 3579, 26 O.R. (3d) 533, p. 553, où la Cour ontarienne s'est exprimée ainsi : "It is plainly not the case that enforcement will be refused on the grounds that judgment sought to be enforced depends upon a law or basis of liability more strict or severe of the law of the *forum*". M. le Juge Sharpe continue en citant J.A. Lacourcière, dans *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf*, ((1992) 6 O.R. (3d) 737 ; 88 D.L.R. (4th) 612 ; [1992] O.J. No. 754/88), 6 O.R. p. 743 : "Where the foreign law is applicable, Canadian courts will generally apply that law, even though the result may be contrary to domestic law". Voir aussi, *Beals et al. v. Saldanha et al.*, Ont. Gen. Div., November 6, 1998, Court File No. 93-CQ403115A, [1998] O.J. No. 4519.

sens, elles se différencient, autant de la loi française (article 1502 du Nouveau Code de procédure civile) que du FAA : en effet, dans ces textes, l'annulation ne figure pas parmi les motifs de refus de la sentence<sup>268</sup>.

La volonté des législateurs canadiens de maintenir une *certaine hiérarchie* entre les ordres juridiques nationaux pour en favoriser la coordination est donc clairement exprimée ; elle doit être respectée. Pourtant, le *respect* de la décision d'annulation étrangère, *imposé en toutes circonstances*, ne constitue pas une solution souhaitable.

B - Le refus automatique de reconnaissance et d'exécution de la sentence annulée. L'article 950 du Code de procédure civile du Québec.

Maintenir une certaine hiérarchie entre les ordres juridiques nationaux est le moyen le plus logique pour favoriser la coordination entre les systèmes eux-mêmes.

Pourtant, un système rigide qui impose au tribunal de l'exécution de refuser automatiquement une sentence annulée dans son pays d'origine est une solution aussi extrême en faveur de la coordination que la solution adoptée par la jurisprudence américaine et française ne l'est en faveur de l'exécution. Elle ne permet pas au tribunal de tenir compte de circonstances particulières. Elle ne résout donc *qu'un problème* aux dépens de l'autre et n'atteint donc pas l'équilibre entre la nécessité de coordination des systèmes et l'exigence de favoriser l'exécution des sentences.

Elle aboutit, de plus, à ce que les notions d'arbitrabilité et d'ordre public du siège arbitral interfèrent avec l'*exequatur*, même si cette interférence ne se justifie pas *dans le cas concret*. En effet, même la Convention de New York laisse au tribunal de l'exécution un certain pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit d'établir, dans chaque cas, l'efficacité à accorder à la décision d'annulation.

Cela ne semble pas être le cas en droit québécois.

---

268

Notons pourtant que, si le résultat est le même, cette omission s'explique de façons assez différentes dans les deux cas. Dans le cas du législateur français, il s'agit d'un choix explicite, visant précisément à limiter les motifs de refus et à donner moins de poids au siège de l'arbitrage. Dans le cas de le FAA, cette omission s'explique, au contraire, par le fait que cette partie de la loi remonte à 1925 et qu'elle visait à régir les rapports interétatiques. Comme le notent M. OSTROWSKI et M. SHANY, ("Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad", *op. cit.*, note 250, p. 1676), étant donné que l'intention du législateur américain n'était pas de régir les cas de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères "it should not be surprising that there is no comparable provision to Article V (1)(e) of the New York Convention". Cette règle aurait été superflue car (note 121) : "it would have been anathema for one U.S. court to ignore the full faith and credit requirements of the Constitution and disregard the judgment of a court in a sister state".

L'article 950 du Code de procédure civile du Québec, ("*[u]ne partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en établissant ; [...]*")<sup>269</sup> ne semble laisser aucun choix au tribunal. Le juge québécois de l'exécution semble être obligé de refuser l'exécution d'une sentence annulée dans le pays d'origine, *peu importe les motifs* qui ont causé l'annulation.

La formulation de cet article n'est donc pas satisfaisante. Un système plus souple permettant d'apprécier dans chaque cas si la sentence annulée peut être exécutée nous semble préférable. Il serait donc souhaitable que le législateur révise cet article.

C - L'efficacité internationale de la décision d'annulation n'est ni imposée ni exclue *a priori*.

Lorsque l'on refuse de reconnaître automatiquement l'efficacité internationale de la décision d'annulation, la question se pose de savoir quels sont les critères à suivre pour distinguer, parmi les décisions d'annulation d'une sentence arbitrale, celles qui peuvent ou doivent être reconnues de celles qui, au contraire, ne le doivent ou ne le peuvent pas.

On peut ainsi se demander si une éventuelle révision de l'article 950 du Code de procédure civile du Québec devrait suivre l'exemple de la Convention Européenne et limiter par voie législative, les cas dans lesquels l'efficacité internationale de l'annulation peut être niée (1) ; ou s'il est préférable, comme le fait la loi-type de la C.N.U.D.C.I, et au risque d'une certaine imprévisibilité, de ne fixer *a priori* aucun critère, en laissant ainsi le tribunal libre de décider dans chaque cas s'il veut tenir compte ou pas de la décision du tribunal étranger, à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce (2).

1 - La décision d'annulation du tribunal étranger est reconnue uniquement dans certains cas, prévus par le législateur et visant à exclure l'interférence des notions d'arbitrabilité et d'ordre public du pays siège de l'arbitrage - La Convention Européenne de 1961.

---

<sup>269</sup>

La version anglaise de cet article se lit de la façon suivante : "A party against whom an arbitration award is invoked may object to its recognition and execution by establishing that [...]"

Cette solution est offerte par la Convention Européenne de 1961<sup>270</sup>. Dans son article 9 (1) elle prévoit :

*"L'annulation dans un État contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution dans un autre État contractant que si cette annulation a été prononcée dans l'État dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce pour les raisons suivantes : [...]"*.

Les raisons qui, seules, permettent que l'annulation ait un effet international sont énoncées au paragraphes a),b),c) et d). Ces derniers reprennent l'article V (1) de la Convention de New York et n'incluent donc, ni l'inarbitrabilité, ni la contrariété de la sentence à l'ordre public du siège arbitral<sup>271</sup>.

Cette solution présente l'avantage d'être assez équilibrée : parce qu'elle se base sur l'examen des motifs qui ont justifié l'annulation pour distinguer les annulations ayant efficacité internationale de celles ayant une efficacité seulement interne, elle permet de tenir compte des avantages offerts par la procédure d'annulation tout en limitant les inconvénients.

Pourtant, ce n'est pas la solution la plus appropriée au contexte fédéral canadien.

Lorsque la décision d'annulation a été rendue par un *autre tribunal canadien*, adopter la solution offerte par la Convention européenne pourrait avoir pour résultat d'imposer l'*exequatur* d'une sentence conforme à l'ordre public du lieu de l'exécution, mais contraire à l'ordre public au sens international d'une autre province.

Comment justifierait-on cette solution à la lumière de la jurisprudence posée par l'arrêt *Morguard*<sup>272</sup>, par lequel la Cour Suprême a décidé que la qualité d'État fédéral du Canada impose que les "considérations qui sous-tendent les règles de la

<sup>270</sup>

Voir, Ph. FOUCHARD, "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine", *op. cit.*, note 137, p. 333. D'après cet auteur, la Convention Européenne de 1961 constitua la première atteinte au système posé par la Convention de New York donnant effet international à l'annulation de la sentence. Ensuite, "le recul de l'effet international de l'exécution" se serait accentué en raison de l'attitude des juges des pays de l'exécution (p. 334).

<sup>271</sup>

Pour un exemple d'application de cet article, voir *Radenska c. Kaio*, Cour Suprême Autrichienne, 20 octobre 1993, *Rev. Arb.* 1998.419, note Lastenouse et Senkovic.

<sup>272</sup>

*Morguard Investments v DeSavoye*, (1990) 76 D.L.R. (4th) 256 ; [1990] 3 R.C.S. 1077.

courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral"<sup>273</sup> ?

Il nous semblerait donc plus opportun (et plus conforme à la tendance jurisprudentielle posée par l'arrêt *Morguard*), de reformuler l'article 950 du Code de procédure civile du Québec en reconnaissant au tribunal québécois saisi pour l'exécution, le pouvoir de distinguer les décisions d'annulation en tenant compte autant des motifs qui les ont justifiées que du tribunal qui les a rendues.

2 - La loi reconnaît au tribunal de l'exécution un pouvoir discrétionnaire pour déterminer dans chaque cas l'efficacité internationale de la décision d'annulation - L'article 36 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. et les juridictions canadiennes de *common law*.

L'article 36 de la loi-type, repris tel quel dans toutes les juridictions canadiennes de *common law*, prévoit que la reconnaissance ou l'exécution "*ne peut être refusée que [...]*". Sa formulation semble donner au tribunal étatique un certain pouvoir discrétionnaire au moment de l'*exequatur*. Cela est confirmé par la lecture de la version anglaise de cet article : "*Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only*". En effet, c'est ainsi qu'il a été interprété par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Schreter c. Gasmac*<sup>274</sup>, la Cour ontarienne, saisie pour l'exécution d'une sentence arbitrale, a décidé qu'une fois que la partie qui demande l'exécution a satisfait les exigences de l'article 35 (2), le tribunal n'a aucun autre choix que d'ordonner l'exécution, "unless [it] exercises its discretion based on one of the grounds set out in article 36".

Dans l'affaire *Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*<sup>275</sup>, une autre Cour ontarienne a réitéré la solution : l'article 36 donne au tribunal un pouvoir discrétionnaire ; ce *pouvoir* s'oppose au *devoir* qui découle de l'article 35<sup>276</sup>.

<sup>273</sup>

Notons, par contre, que les considérations de courtoisie n'obligent pas les tribunaux d'une province à appliquer les lois d'une autre province, lorsque la validité constitutionnelle de ces dernières peut être mise en doute. Voir *Hunt v. T. & N. PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289 (3d). Par cet arrêt, la Cour Suprême a reconnu la compétence d'un tribunal de Colombie-Britannique à statuer sur la question de la validité constitutionnelle de la *Loi sur les dossiers d'entreprises* du Québec. La Cour Suprême a conclu à l'inconstitutionnalité de la loi même, précisément sur la base de la jurisprudence *Morguard*. D'après cette décision, le fédéralisme devient une limite aux pouvoirs provinciaux découlant du principe de la territorialité.

<sup>274</sup>

Voir *Schreter v. Gasmac*, précité, note 228.

<sup>275</sup>

*Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*, Ont.C.J., January 21, 1997, Cort File No. RE 6644/96, [1997] O.J. No. 133.

Dans ces juridictions, les tribunaux sont alors libres d'établir, dans chaque cas, le poids qui doit être attribué à la décision d'annulation. Ils leur appartient aussi d'établir les critères à suivre.

D - Les critères à suivre par le tribunal canadien lors de l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine. Le test posé pas la jurisprudence *Morguard*.

Reconnaître au tribunal un pouvoir discrétionnaire lors de l'*exequatur* d'une sentence annulée se traduit dans la nécessité d'un examen cas par cas.

L'importance accordée à la coordination des systèmes et le respect pour la décision étrangère et pour la loi choisie par les parties pour régir l'arbitrage sont évidemment des éléments fondamentaux dans sa décision. Il est pourtant difficile, sur la base de la jurisprudence existante dans les juridictions de *common law* d'établir précisément les facteurs qui seront pris en considération par le tribunal.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Europcar Italia S.p.a v. Alba Tours International Inc.*<sup>277</sup>, la Cour ontarienne avait été saisie de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale rendue en Italie, suivant la loi italienne et faisant l'objet d'une procédure d'annulation en Italie.

La demande d'annulation visait à démontrer qu'une erreur commise par l'arbitre sur l'interprétation d'une clause du contrat litigieux aurait causé sa perte de juridiction d'après la loi italienne. En d'autres mots, la décision de l'arbitre aurait dépassé les termes de la clause compromissoire.

La partie s'opposant à l'exécution de la sentence demandait la suspension de la procédure en Ontario, en attendant la décision de la Cour italienne (article VI de la Convention de New York, article 36.1(a) (v) de la loi-type, annexée à l'*International Arbitration Act* de l'Ontario<sup>278</sup>).

<sup>276</sup>

Voir aussi, Stephen C. NADLER, "Enforcing an Arbitral Award Under Appeal : *Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*", (1997) 10 *The Advocate's Quarterly* 504-510, p. 507 où l'on cite la jurisprudence rendue en ce sens, en matière d'arbitrage interne : *887574 Ontario v. Pizza Pizza Ltd.*, January 1, 1995 (Ont. Gen. Div.), [1995] O.J. No. 146 ; *Mungo v. Saverino*, May 26, 1995, (Ont. Gen. Div.), [1995] O.J. No. 1659. Voir aussi, *Jaffasweet Juices Ltd v. Michael Firestone & Associates*, November 11, 1997 (Ont. Gen.Div.), [1997] O.J. No. 4585.

<sup>277</sup>

*Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*, précité, note 275. Soulignons que la sentence n'avait été ni annulée, ni suspendue par la Cour italienne. Sa suspension ne découlait pas non plus d'un ordre rendu par un tribunal. Elle était simplement la conséquence pratique de la procédure d'annulation en cours. En admettant cette objection, la cour ontarienne donne donc une interprétation large au terme "suspended" employé à l'article 36 (1) (a) (v).

<sup>278</sup>

R.S.O. 1990, c. I.9.

La Cour ontarienne ordonne la suspension de la procédure d'exécution.

Après avoir affirmé que "[I]t is doubtless the exclusive right of the Italian court to determine, according to Italian law, whether the arbitrator lost jurisdiction, and this court should avoid any appearance of making that same determination", M. le Juge Dilks s'exprime ainsi :

*"As a matter of international comity this court should refrain from appearing to interfere in any way with the Italian judicial process. It should rather defer to the review being conducted in Italy. Nevertheless [...] the main test is that of the balance of convenience, with consideration as well for principles of irreparable harm and whether there is a serious issue to be tried. [...] There is no doubt that the respondent would suffer extreme prejudice if the award were enforced in Ontario only to have the arbitrator's award reversed in Italy"*<sup>279</sup>.

Doit-on comprendre que l'annulation éventuellement déclarée par la Cour italienne empêchera automatiquement l'*exequatur* en Ontario ? Ou, tout simplement, que la Cour ontarienne se réserve toute décision avant d'avoir examiné les conclusions du tribunal italien ?

La Cour souligne, il est vrai, l'importance de la *comity* et laisse entendre qu'elle ne reviendra pas sur les motifs de la décision italienne. Mais peut-on en conclure qu'elle ne reviendra *jamaïs* sur les motifs d'une décision d'annulation étrangère ? Cela est, selon nous, fort peu probable.

D'ailleurs, dans le même arrêt, la Cour souligne que l'utilisation du terme "*may*" à l'article 36 rend évident "*that even should one of these circumstances exist, enforcement could still be ordered in the exercise of judicial discretion*".

Il ressort donc de cet arrêt que, dans le *cas d'espèce*, compte tenu des circonstances, la coordination était plus importante que l'*exécution immédiate*. Notons que l'importance de l'exécution n'est toutefois pas totalement perdue de vue : la suspension ainsi ordonnée est en effet conditionnelle au versement en garantie, par la partie s'opposant à l'*exequatur*, de la somme à laquelle elle avait été condamnée par l'arbitre.

Restent ouvertes les questions de savoir dans quelle mesure la Cour canadienne de l'*exequatur* prendra en considération les *motifs* qui ont justifié l'annulation, si elle

<sup>279</sup>

*Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*, précité, note 275, par. 22 et s.

distinguera les décisions d'annulation rendues au Canada des annulations rendues en dehors du Canada et si la Cour appliquera la jurisprudence *Morguard* lors de sa décision.

On pourrait distinguer (indépendamment du pays qui a annulé la sentence) les annulations rendues suivant des standards reconnus au niveau international des annulations rendues suivant des standards locaux<sup>280</sup>. Si, par exemple, la sentence a été annulée parce qu'elle était contraire à un principe fondamental reconnu au niveau international (par exemple, la corruption de l'arbitre), elle sera aussi, normalement, contraire à l'ordre public du tribunal de l'exécution : une nouvelle enquête ne devrait donc pas être nécessaire.

Dans les cas où la sentence a été annulée parce qu'elle violait une règle impérative locale, il nous semble qu'il faudrait distinguer les sentences rendues hors du Canada des sentences canadiennes.

Parmi les annulations rendues par un autre tribunal canadien, on pourrait distinguer celles motivées selon leur contrariété à *l'ordre public canadien* (par exemple, l'annulation d'une sentence en violation d'une loi fédérale) de celles motivées selon leur contrariété à *l'ordre public propre à la juridiction de l'annulation* (par exemple, l'annulation par un tribunal québécois d'une sentence portant sur un litige en matière de consommation).

Dans le premier cas, il nous semble que l'annulation pourrait être reconnue sans enquête ultérieure. On se demande, en effet pourquoi un tribunal canadien remettrait en question l'interprétation d'une loi fédérale, donnée par un autre tribunal canadien de même degré.

Dans la seconde hypothèse, il nous semble que le test utilisé par la jurisprudence *Morguard* est un moyen efficace d'établir l'importance qu'il faut accorder à la décision d'annulation<sup>281</sup>. Comme nous l'avons souligné, cette jurisprudence pose le principe selon lequel :

---

<sup>280</sup> Jan PAULSSON, "The case for Disregarding LSAS (Local Standards Annullements) under the New York Convention", (1996) 7 *The American Review of International Arbitration* 99-114, p. 113 et 114.

<sup>281</sup> Notons que le même test pourrait être utilisé lorsqu'il s'agit de déterminer l'efficacité d'une décision d'annulation étrangère. Cf. *Minkler & Kirschbaum v. Sheppard*, 60 B.C.L.R. (2d) 360, (B.C.S.C., 1991) ; *Arrowmaster Inc. v. Unique Forming Ltd.* (1993), 17 O.R. (3d) 407 ; *United States of America v. Ivey*, précité, note 267 ; *United States of America v. Levy*, April 9, 1999 (Ont. Gen. Div.), Court File No. 98-CV-161108, [1999] O.J. No. 1204.

*"Les tribunaux d'une province devraient «reconnaître totalement» les jugements rendus par le tribunal d'une autre province ou territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement exercé sa compétence dans l'action"<sup>282</sup>.*

Mais cela pose le problème de savoir ce qui constitue un exercice correct de compétence.

Il est clair que le tribunal du siège arbitral est compétent pour l'annulation. Pourtant, le fait que cette compétence ait été exercée correctement ne nous semble pas un facteur suffisant pour présumer qu'en l'espèce, un *lien réel et substantiel* existe avec le rapport. Il ne faut pas oublier, en effet, que le siège de *l'arbitrage* n'a pas toujours nécessairement un lien avec le *rapport* litigieux.

Chaque fois qu'une sentence annulée est refusée dans une autre juridiction, ce refus se traduit dans une application extraterritoriale de la loi du *for* de l'annulation. Il nous semble donc logique de se demander, lors de l'exécution de la sentence arbitrale dans une juridiction différente, si cette interférence de la loi étrangère se justifie dans *ce cas concret*<sup>283</sup>.

On refusera ainsi d'exécuter une sentence *conforme à l'ordre public du for* mais qui a été annulée dans une autre juridiction canadienne, lorsque la *question litigieuse* présente des liens suffisants avec cette dernière.

Au contraire, si ce lien fait défaut, le tribunal de l'exécution ne sera pas obligé de reconnaître une décision d'annulation rendue par un autre tribunal canadien<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup>

*Morguard Investments v DeSavoye*, précité, note 272, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1079.

<sup>283</sup>

Sur la difficulté d'établir *a priori* les critères pour cette détermination voir les remarques de M. le Juge La Forest, dans l'arrêt *Hunt*, précité, note 273, p. 325 et 326 : "Les limites de ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence n'ont pas été déterminées et j'ajoute qu'aucun critère ne pourra peut-être jamais être appliqué rigidement ; aucun tribunal n'a jamais pu prévoir tous ces cas. [...] Peu importe le point de vue adopté [...], la déclaration de compétence et le pouvoir discrétionnaire de ne pas l'exercer doivent en fin de compte être subordonnés aux exigences d'ordre et d'équité".

<sup>284</sup>

Supposons, par exemple, que le litige concerne le paiement du montant dû pour la vente d'un établissement privé de jeu au Nevada, que le contrat de vente soit régi par la loi du Nevada et qu'il soit licite suivant cette loi. Supposons que l'arbitrage se déroule en Colombie-Britannique et que le tribunal étatique de cette juridiction soit saisi pour l'annulation de la sentence qui ordonne l'exécution du contrat et le paiement du montant prévu pour la vente, en raison de sa contrairété à l'ordre public de la Colombie-Britannique. Ce tribunal (étant le tribunal du lieu où la sentence a été rendue), est sans doute compétent.

Or, en théorie la demande d'annulation devrait être refusée parce que le seul lien avec le tribunal de l'annulation est la situation du siège arbitral. Le contrat est licite, aussi bien suivant la loi à laquelle il était soumis, que suivant celle de son lieu d'exécution. Par ailleurs, la sentence n'a pas pour résultat de violer l'ordre public au sens international de la Colombie-Britannique. Mais il peut s'avérer que,

Cette solution peut-elle être transposée en matière de reconnaissance des décisions autres que l'annulation, dans les différentes juridictions canadiennes ?

*Section 2 - La reconnaissance au Canada des décisions (autre que l'annulation), rendues en matière d'arbitrage par un tribunal canadien appartenant à une juridiction différente.*

La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure, les décisions étatiques étrangères autres que l'annulation sont prises (ou devraient être prises) en considération par les tribunaux étatiques, lorsqu'ils exercent leur contrôle sur la convention ou sur la sentence arbitrale.

Sont-ils obligés d'examiner la validité de la *convention d'arbitrage* à la lumière d'une décision étrangère sur la même question ?

De même, lorsqu'ils sont saisis de l'*exequatur d'une sentence*, sont-ils contraints de tenir compte de la décision étrangère qui a accordé l'*exequatur* à la même sentence, ou qui en a nié l'*exequatur* ou encore qui a refusé de l'annuler ?

Précisons immédiatement que les Conventions bilatérales et multilatérales pour la reconnaissance des jugements ne permettent pas de répondre à ces questions<sup>285</sup> puisqu'elles ne s'appliquent pas aux décisions étatiques rendues en matière d'arbitrage<sup>286</sup>.

Au Canada, on pourrait se demander s'il est possible d'atteindre une plus grande coordination en appliquant la jurisprudence *Morguard*. Il semble qu'une réponse négative s'impose. Voyons pourquoi, en distinguant les décisions concernant la convention d'arbitrage de celles concernant la sentence.

suite à une application automatique de l'ordre public au sens interne, la demande soit accueillie, même si le conflit entre la décision arbitrale et l'ordre public n'est, en espèce, qu'un faux conflit. Le tribunal de l'exécution situé dans une autre juridiction canadienne sera bien justifié d'accorder l'exécution de la sentence : il n'existe, en effet, aucune raison de perpétuer l'erreur commise par le tribunal de l'annulation, malgré la compétence incontestable de ce tribunal.

<sup>285</sup>

À propos de la possibilité, ou mieux, de l'impossibilité d'appliquer la Convention franco-ivoirienne de 1961 et la Convention de Bruxelles/Lugano aux décisions rendues en matière d'arbitrage, voir Dominique HASCHER, note sous *Mamadou Ba c. société SIDECI*, Cass. civ., 1ère ch., 18 février 1992, (1993) *Rev. Arb.* 265-272. Voir aussi, Dominique HASCHER, "Recognition and Enforcement of Arbitration Awards and the Brussels Convention", (1996) *Arb Int.*, p. 160 et 161, comme cité par Jean-François POUDRET, "Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ?", (1998) *Rev. Arb.* 7-24, p.16.

<sup>286</sup>

J.-F POUDRET, "Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ?", *op. cit.*, note 285, p. 16.

Par. 1 - Reconnaissance des décisions sur la validité de la convention d'arbitrage rendues dans une autre juridiction canadienne.

La grande difficulté qui apparaît lors de la reconnaissance de la décision par laquelle un tribunal étatique étranger a accordé ou a nié l'exécution d'une convention d'arbitrage découle du fait que toute décision sur la validité de la convention d'arbitrage se traduit nécessairement par une décision sur la compétence.

Nous verrons que la jurisprudence française et américaine refusent même l'application de la *loi étrangère* lors de l'examen d'une convention d'arbitrage.

Dans les juridictions canadiennes, le recours à la règle de conflit n'est pas exclu ; on accepte au contraire que la convention arbitrale soit examinée à la lumière d'une loi étrangère, dans les limites où son exécution n'est pas en conflit avec l'ordre public au sens international, du tribunal<sup>287</sup>.

Mais cela ne signifie pas qu'un tribunal canadien accepte que l'existence ou l'étendue de sa propre juridiction soient établies par une *décision étrangère*<sup>288</sup>.

En effet, le tribunal ne reconnaîtra pas, en principe, la décision par laquelle le tribunal étranger a nié la validité de la convention et s'est déclaré compétent quant au fond.

Cette conclusion est confirmée par une décision rendue récemment au Québec.

Dans l'affaire *Opron inc. c. Aero System Engineering*<sup>289</sup>, la Cour supérieure de Montréal, saisie pour la nomination d'un arbitre, s'est vu opposer aussi bien, l'invalidité de la convention d'arbitrage, que l'exception de litispendance. Cette dernière découlait, d'après la partie contestant l'arbitrage, du fait qu'une cour du Minnesota s'était déjà déclarée compétente pour décider du fond du litige.

M. le Juge Kennedy note pourtant, qu'afin de surseoir à statuer en raison de la litispendance, la Cour québécoise "*doit préalablement établir si une éventuelle décision du District Court du Minnesota pourrait être reconnue et déclarée*

<sup>287</sup>

Voir *infra*, p. 404 et s.

<sup>288</sup>

D. HASCHER, note sous *Mamandou Ba c. sté SIDECI*, *op. cit.*, note 285. L'auteur souligne, à la p. 267, que la possibilité de donner efficacité internationale aux décisions étatiques en matière de validité des conventions d'arbitrage avait été prise en considération lors des travaux préparatoires de la Convention européenne de 1961. Mais le projet a été définitivement abandonné.

<sup>289</sup>

*Opron Inc. c. Aero System Engineering*, *précité*, note 203.

*exécutoire au Québec*"<sup>290</sup>, conformément aux dispositions contenues au Titre IV du Code civil (arts. 3155 et 3168).

Cela signifie que la compétence du tribunal du Minnesota serait établie "par l'application des règles de compétence qui sont propres aux autorités du Québec"<sup>291</sup>.

M. le Juge Kennedy examine donc d'abord la règle générale posée par l'article 3164 du Code civil du Québec qui prévoit que :

*"La compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises en vertu du titre troisième du présent livre dans la mesure où le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie".*

Après avoir établi, qu'en l'espèce, les liens entre le litige et la Cour du Minnesota n'étaient pas suffisants pour la rendre compétente en vertu de cet article<sup>292</sup>, M. le Juge Kennedy continue néanmoins son examen de la possible compétence du tribunal américain, à la lumière des règles plus spécifiques, posées par le Titre quatrième du Livre dixième du Code civil.

Voici sa conclusion :

*"Indépendamment du résultat obtenu suivant la règle générale (Art. 3164 C.c.), la compétence dont s'est arrogée l'autorité du Minnesota ne sera pas reconnue par cette Cour, au [...] motif, [...] qu'elle reconnaîtra la convention d'arbitrage par laquelle la compétence exclusive a été attribuée à un arbitre (article 3165(3) C.c.)"*<sup>293</sup>.

Étant donné que la convention d'arbitrage s'impose "indépendamment du résultat obtenu suivant la règle générale", il ne suffit donc pas que le tribunal étranger ait un lien réel et substantiel avec le litige<sup>294</sup>, pour que sa décision sur la

<sup>290</sup>

*Ibid*, par.72 et 73.

<sup>291</sup>

*Ibid*, par.76. Il s'agit, comme le souligne la Cour en citant le professeur Glenn (H.Patrick GLENN, "Droit international privé", dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil*, *op. cit.*, note 87, t. III, p. 769-770), du principe du "miroir", d'après lequel "les chefs de compétence des autorités étrangères seraient établis suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises".

<sup>292</sup>

*Ibid*, par. 83.

<sup>293</sup>

*Ibid*, par. 86.

<sup>294</sup>

C'est ainsi que la Cour, interprète la phrase "*le litige se rattache d'une façon importante à l'article 3164*". Elle s'appuie sur la doctrine et cite J.A TALPIS et J-G. CASTEL, "Le Code civil du Québec : Interprétation des règles de droit international privé", *op. cit.*, note 203, p. 916-917 : "[p]ar

validité ou l'efficacité de la convention d'arbitrage soit reconnue par le tribunal québécois. La convention d'arbitrage sera examinée *ex novo*. Si elle est valide d'après le tribunal québécois, les parties seront renvoyées à l'arbitrage. Si elle ne l'est pas (suivant la loi à elle applicable, ou parce que son exécution viole l'ordre public du Québec), le tribunal québécois renverra les parties au tribunal étranger compétent ou retiendra la compétence quant au fond (si elle peut être établie suivant les normes du Code civil régissant sa compétence internationale).

La même conclusion s'applique, selon nous, à la décision par laquelle le tribunal étranger reconnaît la convention d'arbitrage et renvoie les parties devant l'arbitre.

Il semble évident qu'aucun tribunal étatique considérant, qu'en absence de convention d'arbitrage, il aurait été compétent pour statuer sur le fond du litige (suivant les règles posées par le Titre Troisième du Livre Dixième du Code civil concernant la "compétence internationale des autorités du Québec"), ne se dépouillera pas de sa compétence, sans *vérifier lui-même* que la convention est en effet valable.

On pourrait néanmoins prétendre que ces conclusions ne sont pas toujours logiques dans le contexte canadien.

Supposons, par exemple, que le tribunal étranger qui a refusé de renvoyer les parties à l'arbitrage et qui a retenu la compétence par rapport au même litige pour lequel une partie demande au tribunal québécois de nommer un arbitre, soit un tribunal ontarien. Supposons que ce tribunal ontarien ait constaté l'inarbitrabilité du différend, et que cette inarbitrabilité découle du fait que la question posée à l'arbitre vise à obtenir l'exécution d'un contrat de corruption, ou qu'elle vise à faire déclarer à l'arbitre la dissolution d'une société suivant la *Loi sur les sociétés par actions*<sup>295</sup>. Ne serait-il pas plus logique alors que, s'il admet que le tribunal ontarien était compétent pour rendre une telle décision, le tribunal québécois la reconnaisse ?

---

"façon importante", le législateur n'a pas voulu dire les liens les plus étroits avec l'autorité étrangère, car, si c'était le cas, il aurait utilisé ces mots. Il s'agit d'un lien étroit ou, pour utiliser la formule adoptée par la Cour Suprême du Canada dans *Morguard Inv. Ltd c. De Savoye*, un lien "réel et substantiel" entre le litige et l'État dont l'autorité a été saisie.

<sup>295</sup>

*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) ch C-44. Gilles VEZINA, "La convention d'arbitrage vs la convention entre actionnaires et la promesse d'achat-vente", (1990) 1 *C.P. du N.* 189-218, p. 215 ; *Vaughan-Molson c. Boyd*, C.S.M., 8 octobre 1993, No. 500-05-010549-937, J.E. 93-1790. Voir aussi *Tanadgusix Corp. v. Bonspille*, Cour d'appel de Montréal, 18 décembre 1989, No. 500-09-001351-881, [1989] Q.J. no. 2256 ; (700-05-001099-880 C.S.M.).

Ou encore, si la loi choisie par les parties pour régir leur convention d'arbitrage est la loi ontarienne, comment expliquer que la décision par laquelle le tribunal ontarien a refusé d'exécuter la convention d'arbitrage ne soit pas reconnue, et que l'on procède de nouveau à l'examen de la même convention, à la lumière ... de la loi ontarienne ? (Article 3121 C.c.Q).

Malgré cela, il faut admettre, qu'en réalité, ce ne sont là que des conséquences des pouvoirs reconnus par la Constitution à chaque juridiction canadienne en matière d'administration de la justice. Il semble difficile de les éviter<sup>296</sup>. Souhaitons simplement que, dans l'intérêt des parties et de la bonne administration de la justice, le tribunal canadien second saisi tiendra compte de la première décision.

Par. 2 - Reconnaissance des décisions d'*exequatur* (ou de refus d'*exequatur*) de la sentence arbitrale rendue dans une autre juridiction canadienne.

Une façon d'appliquer la jurisprudence *Morguard* à la décision par laquelle un tribunal canadien reconnaît une sentence arbitrale serait de pratiquer la doctrine du *merger*.

Cette doctrine suppose la fusion (*merger*) entre la demande, source de l'action en justice (*cause of action*) et le jugement qui en découle. Appliquée à l'arbitrage, elle emporte la fusion de la sentence arbitrale avec la décision étatique qui la reconnaît. Ainsi, par exemple, lorsque une sentence arbitrale est reconnue par un tribunal de l'Alberta, elle cesserait d'exister comme telle. Seul le jugement du tribunal albertain sera exécuté par les tribunaux des autres provinces canadiennes.

Pourtant cette doctrine n'est pas vraiment favorable à l'arbitrage. En effet, l'un des buts de la Convention de New York était précisément d'éviter la soumission de la sentence arbitrale au régime prévu pour les jugements étrangers, qui est souvent moins généreux et surtout moins homogène au niveau international<sup>297</sup>.

<sup>296</sup>

Aux États-Unis, cette question a été résolue, précisément, par une loi fédérale régissant l'arbitrage interétatique et international (*Federal Arbitration Act (FAA), United States Arbitration Act*, U.S. Code, Title 9).

<sup>297</sup>

Voir sur le sujet, L.A. NIDDAM, "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", *op. cit.*, note 70, p. 40 et s. Mais voir l'arrêt par lequel un tribunal américain a donné exécution aux États-Unis à une décision à laquelle la Cour d'appel de Paris avait refusé une demande d'annulation d'une sentence arbitrale, *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co.v. Navimpex Centrala Navala* 29 F. 3d 79 (2nd Cir. 1994)). Dans ce cas, parce que le délai pour demander l'*exequatur* de la sentence était expiré, la reconnaissance de la décision refusant l'annulation était la seule façon de voir la sentence arbitrale reconnue.

On ne peut pourtant pas nier que, par exemple, lorsque les biens de la partie qui a perdu l'arbitrage, sont dispersés dans plusieurs juridictions canadiennes et que la sentence arbitrale a déjà été reconnue par le tribunal d'une juridiction canadienne, la doctrine du *merger* pourrait bien se traduire par un avantage pour la partie visant à obtenir l'exécution de la sentence arbitrale dans une autre province.

Cette partie pourrait avoir intérêt à demander l'exécution, non plus de la décision arbitrale étrangère suivant la Convention de New York, mais du jugement de reconnaissance. On pourrait conséquemment se poser la question de savoir dans quelle mesure la jurisprudence *Morguard*<sup>298</sup> favoriserait la reconnaissance de ce jugement par un autre tribunal canadien.

L'application de la doctrine du *merger* a, de toute façon, été rejetée par la jurisprudence de l'Ontario<sup>299</sup> et du Québec<sup>300</sup> ; ce qui exclut aussi son application en matière d'arbitrage international.

Cette solution est logique.

En raison de sa nature, la décision de reconnaissance d'une sentence arbitrale ne peut pas être assimilée à une décision sur le fond. Le contrôle de la Cour étant limité par la Convention de New York, la révision au fond est, en principe, exclue ; et le choix de la loi par l'arbitre n'est pas sanctionné. Son objet ne concerne que l'État de reconnaissance : il ne peut être exporté. Cela est plus facile à comprendre si l'on se rappelle que la décision arbitrale n'est source de droits que dans la mesure où elle est homologuée ou reconnue. Et, le but de l'homologation est de lui conférer une *force exécutoire locale* ; de l'insérer dans ce *seul* système juridique. Même selon la Convention de Genève, l'homologation par l'État du siège arbitral ne s'impose pas en tant que décision ayant autorité de chose jugée aux autres États signataires. Ces derniers sont libres de l'examiner *ex novo*, en application de l'article II.

---

298

M. LALONDE, "Canada", *op. cit.*, note 190, p. 37.

299

Voir *Schreter v. Gasmac*, précité, note 228.

300

*Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, C.A. 15 juin 1990, No. 500-09-000480-905 (500-05-006765-893 C.S.M.) ; [1990] A.Q. No. 1089 ; C.S. 4 avril 1991, No. 22164, S.C.C. Bulletin, 1991, 883 ; [1990] S.C.C.A. No 428. D'après la Cour d'appel, "[I]l faut [...] se garder de confondre le jugement qui statue sur une requête en homologation d'une sentence arbitrale rendue hors du Québec comme en général sur toute autre requête d'homologation judiciaire [...], avec la décision ou la sentence arbitrale qu'on cherche à faire homologuer. Ce sont deux choses totalement différentes, à telle enseigne, comme le rappelait le juge Challies dans *Lynch c. Poisson*, qu'un jugement en homologation ne saurait rendre valide une décision par ailleurs invalide".

Cela démontre que, même dans un système qui pose les décisions rendues dans le pays siège de l'arbitrage comme modèle de référence pour favoriser l'uniformité des résultats, on se rend compte que la conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public de ce pays ne peut parvenir à garantir sa conformité à l'ordre public d'un autre pays. L'intervention de l'ordre public du *for* est d'ailleurs expressément prévue lors de la reconnaissance de la sentence arbitrale.

Cette conclusion reste nécessairement la même dans le contexte d'un État fédéral où l'on reconnaît la compétence extraterritoriale des provinces.

### Conclusion du troisième chapitre.

Même dans le contexte d'un État fédéral, la plupart des décisions étatiques en matière d'arbitrage ne s'intègrent pas facilement dans une autre juridiction.

Il est alors difficilement concevable que les décisions qui concernent la *convention d'arbitrage*, et qui touchent donc directement à la compétence juridictionnelle du tribunal soient laissées à un tribunal étranger, même si ce tribunal est un autre tribunal canadien.

La possibilité d'atteindre un niveau acceptable de coordination des décisions étatiques concernant les *sentences arbitrales* est plus concrète. Elle n'inclut pourtant pas la reconnaissance des décisions étrangères d'*exequatur*. En effet, la doctrine du *merger*, (prémisse nécessaire pour une telle reconnaissance), a été écartée par la jurisprudence canadienne, autant québécoise que de *common law*. Ce qui est logique puisque l'objet d'un jugement d'homologation ou de reconnaissance d'une sentence arbitrale est de donner valeur de chose jugée (dans le pays du tribunal saisi) à la décision de l'arbitre. Ce type de jugement ne concerne que l'État de reconnaissance lui-même : il ne peut être exporté.

Il est possible, par contre, d'admettre, dans une certaine mesure du moins, l'efficacité internationale de la décision d'annulation rendue par le tribunal siège de l'arbitrage. Cette solution est d'ailleurs prévue par la Convention de New York et par la loi-type.

Mais la reconnaissance de la décision d'annulation lors de l'exécution dans un autre pays pose le problème difficile de l'interférence, souvent non justifiée, des notions d'ordre public et d'arbitrabilité du lieu du siège arbitrale dans le pays de l'exécution.

Le conflit entre l'exigence d'un bon niveau de coordination et la nécessité de favoriser l'exécution des sentences arbitrales peut être résolu de différentes façons.

- On peut privilégier l'exécution aux dépens de la coordination. Ainsi, la jurisprudence française et américaine se basent sur l'article VII de la Convention de New York pour refuser l'intervention de la loi étrangère lorsqu'elle est *moins favorable* à l'exécution que la loi du *for*.
- On peut adopter une position plus souple et s'appuyer sur le pouvoir discrétionnaire reconnu au tribunal de l'exécution par l'article V de la Convention de New York. Cette solution permet au tribunal d'établir, dans chaque cas, le poids qu'il faut accorder au jugement étranger d'annulation. C'est

la solution proposée par la loi-type et adoptée par les juridictions canadiennes de *common law*. C'est aussi celle qui nous semble la plus appropriée. Elle permet de tenir compte des circonstances de chaque cas. Elle permet, en particulier, de tenir compte de la jurisprudence *Morgard* et de distinguer, si nécessaire, entre les décisions d'annulation rendues par un autre tribunal canadien et celles rendues en dehors du Canada.

- On peut finalement, privilégier la coordination aux dépens de l'exécution et imposer au tribunal saisi de l'*exequatur* de ne pas reconnaître une sentence annulée. C'est la solution adoptée par le législateur québécois. Elle nous semble critiquable en ce qu'elle ne permet pas au tribunal de tenir compte des circonstances, telles que, par exemple, les motifs qui ont justifié l'annulation et les liens entre le tribunal de l'annulation et la situation litigieuse. Il nous semble, par conséquent souhaitable d'apporter une modification à l'article 950 du Code de procédure civile du Québec, en s'inspirant de l'article 36 de la loi-type. On remplacerait ainsi la partie suivante de l'article 950 du Code de procédure civile : "*Une partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en établissant : [...]*" pour qu'il se lise ainsi :

"La reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale, ne peut être refusée que si la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution établit : [...]

- 1 - qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage ;
- 2 - que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi où la sentence arbitrale a été rendue ;
- 3 - que la partie contre laquelle la sentence a été invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens ;
- 4 - que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou ne rentrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes ;
- 5 - que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties ou à défaut de convention, à la loi du lieu où l'arbitrage s'est tenu ; ou
- 6 - que la sentence arbitrale n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du lieu dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence arbitrale a été rendue.

*Toutefois, dans le cas prévu au paragraphe 4, si, à l'intérieur de la sentence arbitrale, une disposition à l'égard de laquelle un vice mentionné à ce paragraphe existe peut être dissociée des autres dispositions de la sentence arbitrale, ces dernières peuvent être reconnues et déclarées exécutoires".*

### **Conclusion de la première partie.**

Le point de départ de l'évolution de l'arbitrage commercial international est sans doute la Convention de New York de 1958. Elle représente un premier pas vers une prise de conscience croissante de la part des États de l'importance du commerce international par rapport aux économies nationales et, parallèlement, de l'importance de satisfaire les nécessités particulières de ce type de commerce.

La grande force de la Convention réside à la fois dans sa simplicité et dans sa flexibilité. Les obligations des États signataires sont très claires : reconnaître la convention d'arbitrage et la sentence arbitrale. Les conditions de refus de reconnaissance de la convention et de la sentence sont tout aussi clairement posées.

Néanmoins, sa formulation laisse aux États signataires une grande marge de manœuvre en ce qui concerne, aussi bien la détermination du domaine d'application de la Convention, que les rapports entre tribunal étatique et tribunal arbitral.

Il revient donc aux législateurs nationaux de décider comment utiliser la liberté laissée par la Convention. Sur ce point, l'adoption de la loi-type représente un autre pas important vers l'harmonisation des législations nationales, l'évolution de l'institution de l'arbitrage et le développement du commerce international.

Cette loi constitue indubitablement l'instrument idéal pour les pays qui, comme le Canada, avaient besoin d'un modèle à suivre pour réformer leur législation. Son adoption par *toutes* les législations canadiennes a permis d'atteindre deux objectifs fondamentaux :

- moderniser le régime de l'arbitrage commercial international ;
- réduire notablement les divergences existantes entre les législations des juridictions canadiennes de *common law* et la législation québécoise sur l'arbitrage, favorisant ainsi la création d'un régime le plus homogène possible dans le contexte canadien.

Parmi les règles posées par cette loi, certaines ont une influence plus ou moins marquée au moment de l'intervention des notions d'arbitrabilité et d'ordre public (notamment, celle qui impose la reconnaissance de la force obligatoire de la convention d'arbitrage, la règle qui reconnaît la compétence de l'arbitre à décider sur sa propre compétence, la règle qui pose le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage et les règles concernant les procédures de contrôle sur la sentence arbitrale).

Évidemment certaines parmi ces règles pourraient ne pas représenter la solution optimale pour tous les pays.

Dans le contexte particulier du droit canadien, deux questions majeures se posent.

Une première question, que nous avons examinée dans cette partie, est celle de savoir si la formulation de l'article 36 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I., qui permet l'interférence de l'ordre public du pays siège de l'arbitrage au moment de l'exécution au Canada d'une sentence annulée, est la solution la plus appropriée dans les juridictions canadiennes ; surtout à la lumière des tendances les plus récentes en droit comparé de ne pas reconnaître la décision d'annulation étrangère.

Nous avons examiné ce problème en tenant compte de l'importance de coordonner les décisions des tribunaux canadiens des différentes juridictions en matière d'arbitrage afin de ne pas mettre en danger l'homogénéité atteinte par la réforme. Nous avons ainsi conclu que la solution offerte par la loi-type *est* en effet préférable, dans le contexte canadien, autant à la pratique relevée en droit comparé, qu'à la solution adoptée par la Convention européenne de 1961 (qui permet de ne pas reconnaître une décision d'annulation rendue suivant l'un des motifs de l'article V (2) de la Convention de New-York).

Elle est aussi préférable (parce qu'elle est plus souple et permet au tribunal de ne pas reconnaître la décision d'annulation étrangère s'il ne le considère pas approprié dans le cas d'espèce, en tenant compte, soit des *motifs* qui ont justifié l'annulation, soit des *liens* entre le rapport litigieux et le siège de l'arbitrage) à la règle posée au Québec par l'article 950 du Code de procédure civile qui *impose* de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence annulée dans un autre pays. Nous avons donc proposé de modifier l'article 950 du Code de procédure civile et de reprendre textuellement la formulation proposée par l'article 36 de la loi-type.

Une autre question se pose. Elle concerne l'élargissement du domaine d'application des nouvelles législations qui tendent à favoriser le recours à la justice privée, même par rapport à des litiges qui ne sont pas nécessairement, ni internationaux, ni commerciaux.

Pourtant, la nécessité d'éviter que les parties contractuellement plus faibles et moins expérimentées ne se voient contraintes de renoncer à la justice étatique n'a pas disparue. Les limites spécifiques posées à l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage acquièrent alors une importance accrue ; et le rôle des notions

d'arbitrabilité et d'ordre public se révèle fondamental pour éviter, autant que possible, toute iniquité.

## **Deuxième Partie - Le contrôle sur l'arbitrage commercial international par l'intervention de l'ordre public en droit canadien à la lumière du droit comparé.**

Le temps est révolu où l'hostilité envers l'arbitrage pouvait se justifier par l'intérêt personnel des juges. En effet, ils recevaient leurs émoluments sur la base du nombre de cas dont ils avaient eu à connaître<sup>301</sup>. Cependant, il est vrai que l'État conserve un intérêt dans la réglementation de l'arbitrage.

N'oublions pas que cet intérêt étatique, reste en tout premier lieu, lié au devoir de protéger le droit des citoyens à la justice. Si, d'un côté, les citoyens revendiquent la reconnaissance de l'autonomie de la volonté et le droit de compromettre, de l'autre côté, ils veulent s'assurer de ce que la justice étatique reste là, prête à intervenir en cas de besoin.

Nous examinerons, dans cette deuxième partie, de quelle façon l'État protège ses intérêts fondamentaux dans le domaine de l'administration de la justice, autant en limitant l'autonomie des parties à conclure des conventions d'arbitrage que par le refus de reconnaître la décision de l'arbitre non conforme à l'ordre public ou à la *public policy* du *for*.

Nous commencerons en essayant, dans les limites du possible, de définir ces notions ; de comprendre le rapport entre elles et leur fonction par rapport à l'arbitrage commercial international. Nous tenterons ensuite, de déterminer comment elles peuvent être appliquées par les tribunaux (Chapitre introductif).

L'intervention de l'ordre public sur l'arbitrage commercial international sera examinée à la lumière du droit comparé (Titre 1) avant d'être analysée en droit canadien (Titre 2).

Cette première partie sera donc divisée ainsi :

Chapitre introductif - L'ordre public, la *public policy* et l'arbitrage - Généralités.

Titre 1 - L'ordre public dans les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et en droit comparé.

Titre 2 - L'ordre public dans le droit canadien de l'arbitrage commercial international.

<sup>301</sup>

Voir, Alison Brooke OVERBY, "Arbitrability of Disputes under the Federal Arbitration Act", (1986) 71 *Iowa L. Rev.* 1137-1160, p. 1139.

## Chapitre introductif - L'ordre public, la *public policy* et l'arbitrage - Généralités.

Dans ce chapitre, nous indiquerons ce qu'on entend par ordre public et *public policy* dans le contexte de l'arbitrage commercial international, (Section 1). Nous nous arrêterons ensuite sur l'examen des fonctions attribuées à ces notions dans le même contexte (Section 2), pour voir, finalement comment l'ordre public et la *public policy* interviennent pour remplir ces fonctions (Section 3).

### *Section 1 - L'ordre public et la public policy - tentative de définition.*

Ordinairement, l'examen d'un concept et de ses applications part de la définition du concept même. Or, le premier problème que l'on rencontre en étudiant l'ordre public et la *public policy* est lié à l'impossibilité de les définir<sup>302</sup>.

Lorsqu'on examine l'ordre public par exemple, on constate qu'il y a, effectivement, une multitude d'expressions utilisées pour tenter de discerner son essence. Cette diversité est liée "à la multiplicité de ses sources, de son contenu et de sa finalité"<sup>303</sup>.

La multitude de tentatives de définition offre un très large éventail de ce que l'on peut estimer être d'ordre public. Ainsi, l'ordre public peut être vu de façon très

<sup>302</sup>

H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., note 16, p. 159 ; Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims, Éd. Maton-Braine, 1953, p. 3. Voir aussi, Thomas H. HEALY, "Théorie générale de l'ordre public", dans (1925) *IV Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye*, 407-576 p. 412 ; Georges S. CHALLIES, "What are public order and good morals?", dans *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 7, Montréal, Eugène Doucet, 1956, 645-674. Brigitte LEFEBVRE, "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (1994)*, éd. Y. Blais, 1994, 149-162, p. 152. Voir aussi, E. GROFFIER, *Précis*, op. cit. note 208, p. 112. L'auteur parle de l'ordre public comme "d'un concept national et évolutif" ; Jean Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 3ème éd., éd. Yvon Blais, Cowansville, Québec, 1989, p. 80. L'auteur lie la difficulté de définir l'ordre public à deux raisons : "Tout d'abord parce qu'il prend des aspects très variés (ordre public national, international contractuel, etc.). Ensuite parce qu'il s'agit d'un concept en pleine évolution." ; J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, op. cit., note 190, p. 163 ; Peter F. SCHLOSSER, "Arbitration and the European Public Policy", dans CEPANI (Centre Belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international), *L'arbitrage et le droit européen - Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1997, 81-100, p. 83 et s. ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 7.

<sup>303</sup>

Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, op. cit., note 302, p. 5.

générale, comme étant "*le minimum de convenances sociales dont le respect s'impose aux particuliers dans leurs conventions*"<sup>304</sup>.

Cette notion a aussi été définie comme l'ensemble des "*principes fondamentaux de la morale ou la conception que l'homme se fait de la société*"<sup>305</sup>, et comme le "*bâti élémentaire*" de la société<sup>306</sup>.

Dans différents pays et à diverses époques, on a assisté à des tentatives d'assimilation de l'ordre public à d'autres concepts, tel celui de droit naturel<sup>307</sup>. Si, par le passé, cette identification pouvait être admissible, on considère aujourd'hui quelle entraîne de graves difficultés, dues à la présence d'"éléments hétérogènes"<sup>308</sup> qui conduisent à remplacer le droit naturel par une certaine conception sociale de ce qui est juste ou injuste<sup>309</sup>.

Une certaine confusion existe aussi entre ordre public et droit public<sup>310</sup>. De toute façon, il est clair aujourd'hui que l'ordre public se différencie du droit public, aussi bien par sa fonction<sup>311</sup>, que par sa nature. L'ordre public est, en dépit de la terminologie, une notion de droit privé<sup>312</sup>.

Établir exactement ce qu'on entend par *public policy* est également difficile. D'après Mme le Juge Silberman Abella,

*"'Public policy' is the philosophical blueprint for the systems and rules that regulate social and political conduct. It is both a strategy and an objective ;*

<sup>304</sup>

J.P. NIBOYET, *Mélanges Sugiyama*, p. 246, comme cité par Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, note 302, p. 262.

<sup>305</sup>

F. RIPERT, *Cours de Doctorat*, p. 67, cité par Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, note 302, p. 263.

<sup>306</sup>

Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, note 302, p. 41.

<sup>307</sup>

Voir H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, note 16, p. 159 et 201 ; Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, note 302, p. 35 et s.

<sup>308</sup>

H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, note 16, p. 160.

<sup>309</sup>

*Ibid* : "le respect de la personne devient beaucoup plus lointain, et se conjugue avec des intérêts sociaux complexes, propres à des structures sociales déjà fortement différenciées".

<sup>310</sup>

*Ibid*, p. 46, où l'auteur, en soulignant comment cette confusion est non seulement incorrecte mais aussi dangereuse, en ce qu'elle peut être utilisée par le pouvoir politique pour atteindre et conserver des positions absolutistes, fait référence à l'utilisation en Union Soviétique du concept de l'intérêt de l'État.

<sup>311</sup>

*Ibid*, p. 47 : "Le droit public établit l'organisation politique de l'État ; l'ordre public est l'ordre intangible de la société".

<sup>312</sup>

*Ibid*, p. 48.

*that is, at any given time it may be either hortatory or derivative, inspirational or reflective of what is perceived to be in a community's optimal self-interest. It is the compendium of directives under which communities, of which judges are members, evolve. It may or may not enjoy a consensus. It has an inherent fluidity and may change within generations, from generation to generation, or may not change for several generations. Ultimately, it defines a society's character"*<sup>313</sup> .

D'un point de vue pratique, on peut affirmer que l'ordre public et la *public policy* représentent alors la suprématie des intérêts fondamentaux de la communauté sur les intérêts des particuliers. Leur application est une expression concrète, sur le plan juridique, du *standard*<sup>314</sup> des comportements acceptables, à un moment donné, dans une communauté donnée. La grande difficulté réside dans l'identification de ces intérêts fondamentaux, qui changent évidemment de façon continue dans l'espace et dans le temps<sup>315</sup> .

Mais, si on ne parvient pas à définir exactement les deux notions d'ordre public et de *public policy*, comment alors pourrait-on les comparer ? Plus précisément, la version anglaise et la version française de l'article V (2) (b) de la Convention de New York indiquent-elles la même chose ?

Aux difficultés déjà existantes, s'en ajoutent d'autres de nature terminologique. Par exemple, à côté des textes doctrinaux où le terme ordre public correspond à celui de *public policy*, on trouve parfois, surtout au Canada, le terme "ordre public" traduit par "*public order*". Cette précision cache-t-elle une différence conceptuelle ?

<sup>313</sup>

Rosalie SILBERMAN ABELLA, "Public Policy and the Judicial Role", (1989) 34 *Mc Gill L. J.* 1021-1035, p. 1024. Voir aussi J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws, op. cit.*, note 190, p. 163 : "It is almost impossible to give a precise definition of public policy ; nor can a general statement be made about its scope" ; *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf, précité*, note 267.

<sup>314</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, op. cit.*, note 196. L'auteur définit le *standard* comme une "notion à contenu variable, fondée sur un principe général de normalité extra-juridique, utilisée pour formuler des règles de droit".

<sup>315</sup>

Paul LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, éd. L.G.D.J., 1959, p. 174 : "Il y a là un de ces "impondérables" qui échappent à l'analyse du juriste. Tout ce que ce dernier peut faire, c'est de dresser le catalogue des cas d'ordre public, tâche ingrate et peu brillante qui seule permet une relative prévisibilité des réactions des tribunaux. Mais qu'il ne s'efforce pas de réfléchir sur ces cas afin de trouver une doctrine commune ; ce serait peine perdue" ;

Ainsi, les provinces de *common law* qui ont suivi la loi-modèle en ont également repris la terminologie et parlent de *public policy*<sup>316</sup>. Le texte anglais de la loi fédérale cependant ne parle pas de "*public policy*" mais de "*public order*"<sup>317</sup>; et la même expression est utilisée dans la version anglaise de la législation québécoise sur l'arbitrage<sup>318</sup>.

Pourtant, bien que la distinction entre les expressions *public policy* et *public order* souligne que la première prend en considération les intérêts d'ordre politique et gouvernemental, dans le contexte de l'application et de l'interprétation de la Convention de New York, l'utilisation de l'une plutôt que de l'autre expression ne semble pas entraîner de conséquences pratiques.

En ce qui concerne la distinction entre les notions d'ordre public et de *public policy*, la tendance était d'attribuer à la première une signification étendue comprenant non seulement la seconde mais aussi d'autres notions utilisées dans les juridictions de *common law*, telles celles de "*natural justice*" et de "*substantial justice*"<sup>319</sup>.

Remarquons que dans le premier texte de la Convention de New York présenté par la Commission des Nations Unies, une distinction fut effectivement faite entre la *public policy* et l'ordre public, ce dernier ayant été défini comme regroupant "*les principes fondamentaux du pays*"<sup>320</sup>. Notons toutefois que la distinction entre ordre public et *public policy* disparut dans les textes suivants, ainsi que toute référence aux

<sup>316</sup> Voir, par exemple, l'article 34 (2)(b)(ii) et 36 (2)(b)(ii) du B.C.S. 1986 c. 14 sur l'Arbitrage Commercial International.

<sup>317</sup> S.C. 1986, c. 21 ; S.C. 1986 c. 22.

<sup>318</sup> Articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile et article 2639 du Code civil. L'expression "*public order*" est aussi utilisée dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (voir, par exemple : *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 396, où est cité l'arrêt *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, à propos d'une matière "relating to public order and safety" et des lois destinées à la protection "of public order, safety and morals"). Elle est également utilisée dans des instruments législatifs internationaux, comme l'article 29 de la Déclaration Universelle des Droits Humains des Nations Unies.

<sup>319</sup> G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 164 : "La *natural justice* correspondrait à la *public policy* incorporant les principes relatifs à la procédure, tels que les droits de la défense à l'information et à la possibilité de se présenter devant le tribunal pour soutenir ses prétentions. Au contraire, la *substantial justice* (dans la mesure où on la différencie de la *natural justice*) concerne la justice de fond".

<sup>320</sup> Doc. E/2704, comme cité par G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.1.7.

"principes fondamentaux du pays" : la *public policy* représente, dans le texte anglais, l'équivalent de l'*ordre public* dans le texte français.

Il est intéressant de noter que trente ans plus tard, la même question de savoir si la distinction entre ordre public et *public policy* était purement terminologique ou si elle touchait aussi à leur substance s'est reposée aux rédacteurs de la loi-type de la C.N.U.D.C.I., lors de la formulation de l'article 34 (sur la demande d'annulation). On lit dans le *Rapport de la Commission des Nations Unies* :

*"Lors de l'examen de l'expression "ordre public", on s'est accordé à reconnaître que celle-ci ne désignait pas la position politique ou la politique internationale d'un État, mais qu'elle recouvrait les notions et les principes fondamentaux de la justice. On a fait observer toutefois que, dans certaines juridictions de common law, cette expression pouvait être interprétée comme ne recouvrant pas le principe du respect de la procédure, alors que dans les systèmes juridiques de tradition romaine qui ont emprunté le concept français d'ordre public, on considérait qu'elle l'englobait. On a fait observer que cette divergence dans l'interprétation pouvait avoir motivé dans une certaine mesure la préoccupation exprimée plus haut, à savoir que la liste des motifs énoncés au paragraphe 2 [de l'article 34] n'englobait pas tous les cas graves d'injustice dans la procédure. Après délibération, la Commission a estimé que cette disposition devrait être maintenue. [...] Il a été entendu que le terme "ordre public" qui figurait dans la Convention de New York de 1958 et dans nombre d'autres accords couvrait les principes fondamentaux du droit et de la justice, qu'il s'agisse des questions de fond ou de procédure. Ainsi, la corruption, la fraude et d'autres fautes graves constituaient un motif d'annulation de la sentence. À cet égard, il a été noté que le membre de la phrase "la sentence est contraire à l'ordre public du présent État" ne devait pas être interprété comme excluant des cas ou des faits en rapport avec la façon dont une sentence était obtenue<sup>321</sup>.*

Soulignons cependant que toute objection relative aux problèmes d'interprétation du terme "ordre public" a été rejetée et que, conséquemment les articles 34 et 36 (concernant la reconnaissance et l'exécution) de la loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. restent pratiquement identiques à l'article V de la Convention de New York de 1958.

Dans la pratique, le problème terminologique perd alors de l'importance au fur et à mesure que les notions d'ordre public, de *public policy* et de *public order* sont

<sup>321</sup>

*Rapport de la Commission des Nations Unies, précité, note 42.*

utilisées dans le domaine du commerce international dans un même but final : la protection et le développement des intérêts de la communauté à laquelle le tribunal appartient ; but que précisément, seule la souplesse de ces concepts elle-même permet d'atteindre.

Pour cette raison, nous ferons référence, dans notre étude, tout simplement à l'ordre public.

La question qui se pose est maintenant celle de savoir comment l'intervention de l'ordre public permet d'atteindre ce but final de protection et de développement des intérêts du *for*. Pour y répondre il faut établir quelles sont les fonctions spécifiques attribuées à cette notion par rapport à l'arbitrage international et comment elle est appliquée par les tribunaux.

### *Section 2 - Les fonctions de l'ordre public dans le domaine de l'arbitrage commercial international.*

Dès l'instant où le tribunal étatique est appelé à décider de la validité de la convention d'arbitrage et de l'arbitrabilité du différend jusqu'à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, l'arbitrage international constitue un domaine favorable à l'examen des fonctions exercées par l'ordre public dans le domaine du droit international privé.

Ainsi la doctrine a parlé de la fonction perturbatrice exercée par l'ordre public lorsqu'il altère l'application "normale" des règles de conflit<sup>322</sup>.

Lorsque, par exemple, la loi applicable suivant la règle de conflit amène à une solution inacceptable d'après le standard du *for*, l'exception d'ordre public permettra

<sup>322</sup>

H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit International Privé*, *op. cit.*, note 229, p. 445. On éprouve de la difficulté à préciser le moment et le domaine dans lesquels cette "fonction perturbatrice" a commencé à être évidente. Arthur NUSSBAUM, "Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws", (1940) 49 *The Yale Journal* 1027-1058 p. 1029. L'auteur note comment, historiquement, l'utilisation de la *public policy* était antérieure à celle de l'ordre public et place "the contract use of the public policy" au XV siècle et "the conflict use" au XVIII siècle. Voir cependant, H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit International Privé*, *op. cit.*, note 229, p. 445. Les auteurs placent le début du recours à l'ordre public en matière de droit international privé au Moyen Age. Elle coïncide avec la distinction faite par Bartole entre "statuts odieux" (et comme tels dépourvus de force extra-territoriale) et "statuts favorables".

Les auteurs notent aussi que cette idée a eu une utilisation limitée jusqu'à la naissance des législations modernes qui "ont rompu la relative unité juridique du monde occidental". À propos de l'histoire de la jurisprudence anglaise au sujet de la *public policy*, voir Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, note 302, p. 79, qui situe le premier arrêt utilisant la *public policy* pour annuler une convention privée en 1641 (98 E.R. 1120).

au tribunal d'en refuser l'application. Le juge n'est alors plus lié d'une *façon rigide* par la règle de conflit ; l'ordre public lui permet d'évaluer les circonstances dans chaque cas. Il exerce alors une *fonction d'assouplissement de la règle de conflit*<sup>323</sup>.

Il en résulte que le tribunal saisi pour un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage retiendra sa compétence, *malgré que la convention soit valable d'après la loi choisie par les parties*, s'il constate, qu'en l'espèce, renvoyer les parties devant l'arbitre serait contraire aux standards du *for*.

L'ordre public permet aussi au tribunal d'écarter la loi normalement applicable si l'application de cette loi mène, dans le cas concret, à une solution contraire à la pratique normalement suivie et acceptée par le milieu social duquel surgit le rapport litigieux. Dans ce cas l'ordre public remplit une "*fonction de référence à une normalité juridique ou para-juridique*"<sup>324</sup>.

Comme le souligne M. Goldstein, un milieu social assez particulier qui présente des caractéristiques communes au niveau international est celui de la société des affaires.

Sans entrer dans le débat, qui déborde de notre sujet, de l'existence d'une *lex mercatoria*<sup>325</sup>, il faut reconnaître qu'il existe des principes d'ordre public reconnus au niveau international<sup>326</sup> et qui sont appliqués par les arbitres (mais aussi par les tribunaux nationaux), pour écarter la loi qui serait normalement applicable.

---

<sup>323</sup> G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 27.

<sup>324</sup> *Ibid*, p. 28 et s.

<sup>325</sup> Berthold GOLDMAN, "Frontières du droit et *lex mercatoria*", dans *Archives de philosophie du droit* 1964, 177-192 ; "L'arbitre, les conflits de loi et la *lex mercatoria*", *op. cit.*, note 16 ; "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives", *op. cit.*, note 16 ; "Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*", (1983) *Rev. Arb.* 379-409. Mais voir, Georges R. DELAUME, "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts : the Myth of the *Lex Mercatoria*", (1989) *Tulane L.R.* 575-611 ; Keith HIGHET, "The Enigma of the *Lex Mercatoria*", (1989) *Tulane L.R.* 613-628. Voir aussi sur le sujet, A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 96 et s. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 819 et s. ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 353 et s. et spécialement, par. 653 et s.

<sup>326</sup> Pierre LALIVE, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", (1986) *Rev. Arb.* 329-373. Cet auteur énumère parmi ces principes : le respect des bonnes moeurs et la moralité contractuelle, la bonne foi et la sécurité des transactions internationales. Des principes faisant partie de l'ordre public international existent d'après M. Lalive aussi en matière de procédure ; par exemple, les principes de l'impartialité de l'arbitre et de l'égalité des parties et, en droit international privé, par exemple, le principe de l'autonomie.

Nous verrons ainsi, par exemple, comment l'intervention du principe *pacta sunt servanda* peut justifier la non-application des normes nationales limitant la capacité de la personne morale de compromettre.

L'ordre public remplit aussi une *fonction d'intégration*<sup>327</sup> lorsqu'il intervient pour préserver la cohérence juridique et la cohésion sociale du *for* de réception de la solution étrangère. L'exception d'ordre public intervient donc pour *diluer* l'impact et faciliter *l'intégration* de la solution étrangère dans le milieu local<sup>328</sup>.

Cette fonction est très importante lorsqu'il s'agit de reconnaître les sentences arbitrales. En effet, comme le souligne M. Goldstein, "si le travail localisateur a été bien fait, normalement la solution matérielle donnée par une loi étrangère n'a qu'un impact mineur sur le système du *for*, parce que celui-ci n'est pas son centre de gravité"<sup>329</sup>.

Ceci signifie que, lorsque le lieu de l'exécution de la décision n'est pas le centre de gravité du rapport, l'impact de la solution étrangère sur le système du *for* est moins important, et la nécessité d'une intervention de l'ordre public est elle aussi mineure.

L'importance de la fonction d'intégration exercée dans ce contexte par l'ordre public découle du fait qu'il est assez rare qu'un arbitrage international ait un seul centre de gravité.

Premièrement, parce que les rapports, dans ce domaine, sont nécessairement internationaux et qu'ils présentent donc, par définition, des liens avec plusieurs systèmes. Deuxièmement, l'arbitrage ne se déroule pas nécessairement dans le pays ayant les liens les plus étroits avec le litige et le litige n'est pas, non plus, nécessairement tranché suivant la loi du pays ayant le lien le plus étroit avec le rapport<sup>330</sup>.

En effet, l'arbitre n'est pas le défenseur d'un système juridique particulier. Il n'est lié que par la volonté des parties et sa décision est dictée par des motivations différentes que celles qui inspirent le tribunal étatique. Même si on lie l'arbitrage à

---

<sup>327</sup> G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 31.

<sup>328</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>329</sup> *Ibid*, p. 33.

<sup>330</sup> Sur la question de savoir si l'arbitre a le devoir de rechercher et d'appliquer, dans chaque cas, la loi de l'État ayant les liens les plus étroites avec le rapport, voir, P. LALIVE, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *op. cit.*, note 326, p. 355-56.

un lieu déterminé, normalement le pays de son siège, ce lieu n'est pas nécessairement le *centre de gravité du rapport litigieux*. Il est donc possible que la sentence arbitrale ait un impact assez fort sur le système juridique de l'exécution.

Il revient alors au tribunal de déterminer, dans chaque cas, si les liens entre le *for* et le rapport litigieux sont tels que l'impact de la décision de l'arbitre sur la communauté justifie l'intervention de l'ordre public.

Notons, de plus, qu'étant donné que cette intégration est temporelle, aussi bien que spatiale<sup>331</sup>, l'analyse de la solution étrangère à la lumière du *standard* local ne doit pas nécessairement aboutir à sa mise en échec. Elle peut aussi bien entraîner l'acceptation de la solution étrangère suivant la modification du *standard*.

L'interférence étatique créée par l'intervention de cette notion constitue l'obstacle le plus important au développement de l'arbitrage parce qu'autant la convention que la sentence arbitrale ne seront exécutées que si elles sont conformes à l'ordre public du *for*. On pourra ainsi s'attendre à ce que la tendance interventionniste des États modernes en matière économique<sup>332</sup> aboutisse inévitablement à entraver l'arbitrage.

<sup>331</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 33. À propos de "l'influence de l'écoulement du temps sur l'exécution de la sentence", voir J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 527.

<sup>332</sup>

On pourra souligner que cette intervention de l'État signalant la fin du principe du "*laissez-faire*" a servi de base à la naissance de la distinction entre l'ordre public politique et l'ordre public économique. Alors que le premier " *vise à protéger l'ensemble des institutions qui constituent la base des règles du jeu social*", le second est directement lié à la réglementation des échanges économiques. "[Ce dernier] se caractérise en général par une réglementation détaillée et précise et marque l'interventionnisme, parfois même le dirigisme de l'État" : ainsi J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, *op. cit.*, note 302, p. 82 et s. Le même auteur note (à la page 84), qu'effectivement, "(d)epuis quelques années, l'ordre public économique a pris une grande extension. Les lois concernant la protection du consommateur, la réglementation du contrat de bail, les assurances, la protection du territoire agricole en sont autant d'exemples. Voir, sur le sujet, Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 30. D'après cet auteur, l'ordre public économique est "*l'expression juridique de l'ordre économique fondamental d'une société donnée*". Aussi, Jean VASSOGNE, "L'arbitre, le juge et l'ordre public économique", (1987) *Rev. Arb.* 87-91 ; B. LEFEBVRE, "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec", *op. cit.*, note 302, p. 152 et s. Sur la distinction entre "ordre public de protection" et "ordre public de direction", voir la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] R.C.S.499 ; (1993) C.A.Q. 1, et celle rendue par la Cour supérieure de Montréal dans l'affaire *Luc Mousseau c. société de gestion Paquin Ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.M. 500-05-000097-947) ; celle rendue par la Cour d'appel de Québec dans *Fortin c. Chretien*, C.A.Q., 17 décembre 1998, No. 200-09-001237-962 (235-05-000106-964 C.S.F.), [1998] A.Q. no. 4010 ; et celle rendue par la Cour d'appel de Montréal, dans l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Starr*, No. 500-09-006487980 ( 500-22-001469-975 C.S.M.), [1999] J.Q. No 222.

Pourtant, malgré la prolifération des matières considérées aujourd'hui d'intérêt fondamental par les États, l'évolution de l'arbitrage commercial est une preuve indéniable de son acceptation au niveau international. Essayons donc maintenant, de comprendre comment cette évolution a été rendue possible, en examinant comment l'ordre public intervient en pratique.

*Section 3 - L'application de l'ordre public par les tribunaux et l'évolution de l'arbitrage commercial international.*

C'est par une sorte de transposition sur le plan international du processus de distinction utilisé en droit interne entre lois impératives et facultatives que l'œuvre créatrice des juges permet un examen des intérêts en jeu<sup>333</sup>. C'est donc grâce à cette œuvre créatrice que l'on a pu développer l'idée d'un ordre public international distinct de l'ordre public interne.

Comme l'a souligné M. Battifol<sup>334</sup>, "*la portée des relations individuelles sur les intérêts généraux est inégale*". Plus cette portée est indirecte, plus il est probable que les lois soient facultatives. Il faut néanmoins souligner que l'utilisation d'une loi facultative dans la réglementation de certaines matières ne signifie pas une absence d'intérêt de l'État. Au contraire, "*l'intérêt général n'est pas [...] perdu de vue, mais il paraît assuré au mieux par le développement de l'initiative individuelle*"<sup>335</sup>.

De même, lorsque le tribunal décide que certaines règles impératives du *for* ne doivent pas s'appliquer aux rapports de droit international privé, il ne perd pas de vue l'intérêt général. Il considère portant que cet intérêt est mieux assuré, au niveau de rapports internationaux, par l'initiative individuelle<sup>336</sup>.

<sup>333</sup>

À propos du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans l'application de l'ordre public et de la *public policy*, voir entre autre : Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, note 302, p. 49 et s. et 103 et s. ; G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 156 et s., et p. 390 et s. ; Francis RIGALDIES et José WOHERLING, "Le juge interne canadien et le droit international", (1980) 21 *C. de D.* 293-329, p. 294 ; Jules DESCHENES, "Le rôle législatif du pouvoir judiciaire", (1974) 5 *R.D.U.S.* 1-25, p. 4 ; Ethel GROFFIER, "Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit international privé", (1980) 21 *C. de D.* 331-346. Dale GIBSON, "Judges As Legislators ; Not Whether But How", (1986-87) 25 *Alta. L. Rev.* 249-263 ; R. SILBERMAN ABELLA, "Public Policy and the Judicial Role", *op. cit.*, note 313.

<sup>334</sup>

H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, note 16, p. 266.

<sup>335</sup>

*Ibid.*, p. 268. Au moment de l'évaluation de cet intérêt général, les nécessités du commerce international et leurs implications sur l'économie interne deviennent un élément dont l'importance doit être considérée sur le même plan que les autres intérêts nationaux.

<sup>336</sup>

Ainsi J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, *op. cit.*, note 190, p. 164 : "Rules affecting public policy and public morals in the internal legal sphere need not always have the same character

L'atteinte portée aux intérêts de l'État par des actes privés de nature contractuelle diffère d'un cas à l'autre. S'il est vrai que les effets d'un rapport de droit interne se réfléchissent directement sur la communauté, cela ne l'est pas nécessairement lorsqu'il s'agit d'effets naissant d'un rapport "international" : l'intensité de l'offense est, en principe, moins forte dans cette dernière hypothèse.

Lorsqu'il s'agit de rapports de droit international privé, il faut, de plus, prendre en compte des intérêts différents (par exemple, les nécessités du commerce international) qui, bien que n'étant pas propres au droit interne n'en sont pas moins fondamentaux pour la communauté<sup>337</sup>.

C'est la volonté croissante d'adapter la défense aux circonstances particulières à chaque espèce qui demande que l'on utilise un moyen de défense flexible, autant du point de vue de son contenu, que de sa méthode d'application. La recherche de la solution la plus appropriée dans chaque cas est alors devenue une nécessité qui mène les tribunaux à distinguer entre l'ordre public international et l'ordre public interne. La conscience de cette nécessité a permis aussi de comprendre l'importance de considérer les effets concrets de la solution étrangère sur l'ordre juridique du *for* au moment de l'exécution de la convention et de la sentence arbitrale.

La distinction entre ordre public au sens interne et au sens international a désormais trouvé sa place dans les législations étatiques.

Nous pourrions citer à ce propos, l'article 1498 du Code civil français qui prévoit que : "[l]es sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international"<sup>338</sup>.

Au Québec également, cette distinction est maintenant codifiée à l'article 3081 du Code civil : "[l]'application des dispositions de la loi d'un État étranger est

---

in the external sphere [...]. If foreign law is to be refused any effect on public policy grounds, it must at least violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, or some deep - rooted tradition of the forum. This is especially true when the foreign law or judgement involved is that of a sister province" Voir aussi, *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf*, précité, note 267.

<sup>337</sup> Voir H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., note 16, p. 224, qui, à propos de la nullité de la clause-or (principe maintenant considéré en France d'ordre public interne) souligne que, dans l'appréciation par le tribunal des intérêts en matière du droit international privé, "la défense du franc lui a paru un objectif sinon moins impérieux, du moins finalement subordonné au maintien du commerce extérieur".

<sup>338</sup> Voir aussi l'article 1502 alinéa 5 du Code civil français, à propos de l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance et l'exécution.

*exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales*"<sup>339</sup>. L'évaluation de l'acte en fonction de l'intérêt de l'État mène donc à une utilisation de l'ordre public susceptible de tenir compte des circonstances.

Pourtant, si d'un côté on constate un allègement dans l'application de l'exception de l'ordre public, on reconnaît aussi la possibilité que, dans certains cas, l'ordre public puisse intervenir directement sans passer par la règle de conflit, par le moyen des règles d'application nécessaire. Dans ce cas, la conformité ou non de la solution étrangère à l'ordre public du tribunal est insignifiante, et l'examen de la loi étrangère inutile, parce que la solution du *for* s'impose en tout cas, indépendamment de la nature interne ou internationale du rapport.

Examinons maintenant la méthode d'application de l'ordre public en distinguant entre son intervention directe et celle exercée par voie d'exception<sup>340</sup> ; puis les conséquences de cette intervention sur l'arbitrage commercial international.

<sup>339</sup>

Cet article contient l'essence des deux versions qui l'ont précédé. L'article 5 du Projet de Code civil (*Rapport sur le Code civil du Québec, Projet de Code civil, Livre 9, Du droit international privé*, Québec, Éditeur officiel, 1978) se lisait ainsi : "L'application du droit étranger est écartée lorsque ses dispositions sont manifestement incompatibles avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les *relations internationales*".

L'article 3444 de l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé, Assemblée nationale, 2e session, 33ème législature, Éditeur officiel du Québec, 1988, prévoyait, par contre : "L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un *résultat contraire à l'ordre public*".

La doctrine québécoise était divisée quant à savoir laquelle était préférable. M. Groffier (*Précis, op. cit.*, note 208, p. 116) penchait pour la première et critiquait la seconde en précisant qu'il "aurait fallu souligner les différences entre ordre public interne et ordre public au sens des relations internationales pour attirer l'attention des juges et éviter qu'ils n'aient de l'ordre public une vision étroite tendant à l'application extraterritoriale et peu réaliste des lois du Québec".

Voir aussi, Jeffrey A. TALPIS et Gérald GOLDSTEIN ("Analyse critique de l'Avant-projet de la loi du Québec en droit international privé", (1988-89) 91 *R. du N.* 293-351 et 606-646, p. 326). En soulignant la difficulté à déterminer les conséquences pratiques de la référence à une notion ainsi floue que celle d'ordre public au sens international, ces auteurs retiennent, au contraire, que ce serait l'accent sur le *résultat* de la contrariété à l'ordre public plutôt que sur le *contenu* de la loi étrangère en question qui permettra au tribunal québécois d'apprécier et d'appliquer la distinction entre ordre public plein et ordre public atténué, distinction qui demeure "essentielle à la vocation internationaliste du Québec".

<sup>340</sup>

Cette différence dans la méthode d'application de l'ordre public reflète la distinction entre l'ordre public "positif" qui se manifeste, précisément par "une norme péremptoire" et l'ordre public "négatif" qui se concrétise dans le refus d'appliquer la norme étrangère. Voir Franco MOSCONI, "Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules", (1989) V *Recueil de Cours de l'Académie du Droit International de La Haye* 9-214, p. 124.

Par. 1 - L'exception d'ordre public dans l'arbitrage commercial international.

La défense optimale des intérêts de l'État exige que les moyens utilisés pour l'assurer soient proportionnés à l'offense.

Le processus d'adaptation de l'ordre public est particulièrement important du point de vue du développement de l'arbitrage commercial international parce qu'il permet de limiter notablement l'intervention étatique au moment du contrôle sur l'arbitrage. En effet, la préoccupation de réduire au maximum l'intervention de l'ordre public au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale découle très clairement de l'examen des travaux préparatoires de la Convention de New York<sup>341</sup>.

La question se pose de savoir quelle est la meilleure façon d'atteindre ce résultat dans ce contexte particulier.

Parmi les théories qui ont tenté de justifier la moindre intervention de l'ordre public dans les rapports de droit international privé, il faut souligner la théorie française de l'effet atténué de l'ordre public et la théorie germanique de la *Binnenbeziehung*.

Examinons plus en détails, leur application dans ce contexte spécifique.

A - L'application de la théorie de l'effet atténué en matière d'arbitrage.

La notion d'effet atténué de l'ordre public<sup>342</sup> agit sur l'application de l'ordre public en atténuant ses effets suivant un critère temporel et un critère spatial<sup>343</sup>. Elle

<sup>341</sup>

Ainsi, l'article IV du document présenté à la discussion par la Commission des Nations Unies prévoyait, parmi les motifs de refus de la sentence, l'incompatibilité "claire" entre la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale, ou de la matière dont il s'agit et la *public policy* ou les principes "fondamentaux" de la loi (ordre public) du tribunal (paragraphe h). Voir G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.A.1.7. En introduisant les qualificatifs "claire" et "fondamentaux", la Commission entendait souligner sa volonté de voir l'utilisation des concepts d'ordre public et de *public policy* réduit au minimum (G. GAJA, *International Commercial Arbitration The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.A.1.5.). Dans une rédaction successive, le motif tiré de l'exception d'ordre public avait été repris dans le paragraphe e). Ce paragraphe limitait l'exception d'ordre public au cas unique d'une sentence arbitrale qui aurait eu pour effet d'obliger les parties à violer l'ordre public du tribunal. (*Ibid.*, p. III.B.1.13, Doc. E/CONF. 26/L.17, 26 mai 1958 : "e) the award would have the effect of compelling the parties to act in a manner contrary to public policy in the country of enforcement").

<sup>342</sup>

Cette notion trouve ses racines dans l'arrêt *Rivière c. Roumiantzeff*, (Cass. civ., 1ère ch., 17 avril 1953, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1953.412, note Battifol ; *Chunet* 1953.860, note Plaisant ; J.C.P. 1953.II.7863, note Buchet ; et dans, Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, éd. Sirey, 1987, p. 193), par lequel la Cour

a été expliquée ainsi par M. Lagarde : pour entraver un droit déjà acquis, sans fraude à l'étranger, selon la loi compétente, la violation de l'ordre public devrait être plus importante que celle qui justifie son intervention dans le domaine des rapports de droit purement interne<sup>344</sup>.

Deux observations s'imposent relativement à l'application de cette théorie en matière d'arbitrage international.

1 - Premièrement, il faut noter que les critères à suivre pour justifier l'effet atténué de l'intervention de l'ordre public ne devraient pas être les mêmes lorsqu'il est appliqué à la reconnaissance des jugements étrangers ou à la reconnaissance des sentences arbitrales internationales.

---

de Cassation française décida, en matière de statut personnel, que : "[I]a réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français".

<sup>343</sup>

Voir F. MOSCONI, "Exceptions to the Operation of Choiche of Law Rules", *op. cit.*, note 340, p. 87 ; G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 34.

<sup>344</sup>

P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, note 315, p. 43. Voir aussi Dennis LLOYD, *Public Policy, A Comparative Study in English and French Law*, London, University of London, The Athlone Press, 1953, p. 91, où il note qu'en matière de droits acquis, les résultats sont les mêmes dans les systèmes anglais et français. Voir aussi J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, *op. cit.*, note 190, p. 164 : "[T]here should be a difference of intensity in the application of the notion of public policy depending upon whether the court is asked to recognize a foreign right or legal relationship or to create or enforce one based on some foreign law. Public policy is relative and in conflict cases represents a national policy operating on the international level".

Voir aussi E. GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, note 208, p. 113, et *Samuel Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302. Par cet arrêt, la Cour d'appel a accueilli une action en homologation d'un jugement émis par un tribunal du New Jersey, ordonnant le paiement d'une dette de jeu. Après avoir souligné que "[l]'action en exemplification de l'intimée n'était pas une réclamation fondée sur une dette de jeu", mais qu'"elle visait plutôt à faire déclarer exécutoire un jugement valide", M. le Juge Rothman a conclu : "Le déni d'un droit d'action pour dette de jeu est une question d'ordre public pour les contrats de jeu conclus au Québec, mais cette règle ne s'applique pas aux contrats régis par des lois étrangères. L'ordre public est une notion évolutive. Vu le nombre grandissant de loteries et de jeux divers ici et ailleurs, on ne peut se surprendre du fait que les contrats de jeu sont permis et qu'ils sont susceptibles d'action devant des tribunaux étrangers. *Aucune principe d'ordre public ne justifie que l'on étende nos règles nationales à des contrats régis par des lois étrangères*". (Nos italiques). Mme la Juge Mailhot ajoute : "Tous les contrats de jeu ne sont pas illégaux ou immoraux au Québec. L'article 1928 C.C. prévoit même que certains peuvent donner lieu à des poursuites devant les tribunaux québécois. L'article 1927 C.C., puisqu'il dénie un droit d'action, doit être strictement interprété. Il ne s'applique pas à un contrat soumis à une juridiction étrangère lorsque le jugement rendu ne viole pas nos principes d'ordre public. En matière d'exemplification de jugement, l'ordre public est moins exigeant. *Les tribunaux québécois agissent avec plus de retenue devant ce concept évolutif quand il s'agit de l'appliquer à la reconnaissance de droits valablement acquis à l'étranger*". (Nos italiques).

En effet, il ne faut pas l'oublier, l'arbitre est un juge privé. À la différence des tribunaux étatiques, il n'est pas lié par les règles d'un système déterminé en qualité de représentant et défenseur de ces intérêts particuliers. Lorsqu'il rend une décision sur un litige découlant d'un rapport international, le lieu où sa sentence a été rendue n'est pas important.

L'acquisition préalable et licite d'un droit (critère temporel) devrait alors suffire pour appliquer à l'arbitrage commercial international la théorie de l'effet atténué. Peu importe donc, que ce droit ait été acquis à l'étranger : le critère spatial ne devrait pas être significatif dans ce contexte.

Notons néanmoins que ce n'est pas dans cet esprit que la Cour d'appel de Versailles<sup>345</sup> a interprété l'article 1502-5 du Nouveau code de procédure civile français prévoyant l'admissibilité de l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution "*si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international*". La Cour note :

*"[...] qu'il convient de relever que l'article 1502. 5 du Nouveau code de procédure civile fait appel à la notion d'ordre public international, c'est-à-dire à un ordre public apprécié de manière moins rigoureuse que l'ordre public en droit interne, dès lors qu'il ne s'agit pas de l'acquisition d'un droit en France mais de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis régulièrement à l'étranger [...]"<sup>346</sup>.*

Nous sommes alors d'accord avec Mme Idot, qui critique cet arrêt comme suit :

*"La transposition de cette notion en matière d'arbitrage international est pour le moins inattendue, et il n'est pas certain qu'elle soit opportune. Elle conduit en effet à opérer une distinction entre les arbitrages étrangers et les arbitrages internationaux se déroulant en France. Admissible pour les premiers, l'effet atténué ne pourrait pas intervenir pour les seconds"<sup>347</sup>.*

<sup>345</sup>

*Sté Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, 15 mars 1988, Cass. civ., 1ère ch., 2 oct. 1989 ; Versailles, ch. réunies, *Rev. Arb.* 1990.115, note Idot ; Cass. civ. 1ère ch., 19 novembre 1991, *Rev. Arb.* 1992.76, note Idot.

<sup>346</sup>

*Ibid*, p. 119.

<sup>347</sup>

Laurence IDOT, note sous *Sté Grands Moulins de Strasbourg c. Continental France*, *Rev. Arb.* 1990.125-133, p. 129. L'auteur souligne "le caractère inadéquat d'une telle solution" et l'inutilité de la référence à l'effet atténué : "Il suffisait de rappeler, comme l'ont fait à juste titre les juges versaillais, que l'ordre public international doit être apprécié de manière moins rigoureuse que l'ordre public interne".

Soulignons que l'opinion de Mme Idot a été successivement partagée par la Cour de Cassation qui, saisie de la même affaire, a fini pour rejeter le pourvoi en soulignant pourtant qu'il était "*inadéquat en la cause le motif pris de l'effet atténué de l'ordre public international au regard des droits régulièrement acquis à l'étranger*"<sup>348</sup>.

2 - Deuxièmement, il faut aussi reconnaître que cette reconnaissance, même conditionnelle de la théorie de l'effet atténué en matière d'arbitrage international, est admissible uniquement dans la mesure où l'on admet qu'une sentence arbitrale non homologuée puisse être une source véritable de droits acquis ; ce qui est fort discutable.

L'utilité de l'application de la théorie de l'effet atténué en matière d'arbitrage commercial international nous semble donc assez limitée.

B - L'application de la doctrine germanique de la *Binnenbeziehung* en matière d'arbitrage.

La manière la plus appropriée d'atteindre la relativité spatiale de l'ordre public (par rapport au milieu de reconnaissance de la convention et de la sentence arbitrale) consiste à appliquer la doctrine germanique de la *Binnenbeziehung*. Elle se base sur la nécessité de l'existence d'un lien territorial entre le rapport litigieux et le *for* pour pouvoir appliquer l'ordre public<sup>349</sup>. Le tribunal pourra donc appliquer la loi étrangère, même si cela est choquant, à moins que la situation litigieuse ne soit liée à son territoire<sup>350</sup>.

<sup>348</sup>

*Sté Grands Moulins de Strasbuourg c. Continental France*, Cass. civ. 1ère ch., 19 novembre 1991, précité, note 345. Voir aussi J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 531.

<sup>349</sup>

Voir P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, op. cit., note 315, p. 55. L'auteur note que KAHN ("Die Lehre vom ordre public" *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* 1928, Band I, 171), soutient l'application extensive de cette doctrine en se basant sur l'examen de deux arrêts anglais, *Madrazo c. Willes* 1820 (cité par Kahan, p. 189) et *Santos c. Illidge* (*ibid*, p. 181). D'après M. Kahn, ces arrêts démontrent que, même si les tribunaux n'admettaient pas l'esclavage dans leur pays, ils n'arrivaient pas à nier le droit de propriété qu'une personne peut avoir acquis sur une chose comme conséquence de l'esclavage.

<sup>350</sup>

Voir H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., note 16, p. 200 et s. ; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit International Privé*, op. cit., note 229, p. 445 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, op. cit., note 315, p. 69.

M. Lagarde critiqua cette théorie en soulignant l'impossibilité de parvenir à déterminer des liens territoriaux qui autoriseraient l'application de l'ordre public dans un cas concret<sup>351</sup>.

En plus de son caractère incomplet, M. Lagarde reprocha à la doctrine germanique, sa vision sceptique de la valeur des institutions, suivant laquelle "[a]ucune disposition [...] n'a une valeur absolue"<sup>352</sup>.

Or, s'il est raisonnable d'admettre qu'il existe effectivement des institutions dont la protection ne doit pas être subordonnée à l'existence d'un lien territorial avec le *for*<sup>353</sup>, la doctrine germanique donne une explication raisonnable pour une utilisation plus souple de l'ordre public dans le domaine du droit international privé.

Alors que la doctrine française, formulée par M. Lagarde (qui a changé d'avis et qui s'est montré depuis, favorable à la théorie allemande)<sup>354</sup>, fait abstraction de la nécessité d'avoir un contact avec le *for* et qu'elle se satisfait de la contrariété entre le résultat de l'application de la loi étrangère et l'ordre public, la doctrine germanique exige, de plus, que ce contact existe<sup>355</sup>.

Comme l'a souligné M. Goldstein<sup>356</sup>, la constatation par le tribunal de la possibilité que la solution étrangère ait un impact réel suivant l'existence d'un lien entre la situation dont il s'agit et l'ordre juridique intéressé, permet d'éviter l'application de l'ordre public en cas de faux conflit<sup>357</sup>.

---

<sup>351</sup> *Idem.* L'auteur nota d'ailleurs que même M. Kahn, le maître de cette doctrine, avait reconnu dans ce point "le danger de sa thèse, car il allait jusqu'à admettre que ce fameux rattachement subsidiaire pût être trouvé dans la compétence du tribunal saisi". Ce qui est indubitablement dangereux parce que cela pourrait mener, en pratique, à une certaine confusion entre exception d'ordre public et lois de police. Le lien le plus utilisé par la jurisprudence germanique, la nationalité des parties, comporte effectivement la possibilité, comme le souligna M. Lagarde, que cette doctrine puisse devenir un instrument pour administrer la justice d'une façon inégale, selon que les parties sont ou non citoyens, ce qui constitue une discrimination à l'égard des étrangers.

<sup>352</sup> *Ibid*, p. 70.

<sup>353</sup> Dans le cas où la solution étrangère constitue une violation de l'ordre public véritablement international et non pas simplement de l'ordre public international du *for*, le contact avec le *for* n'est plus nécessaire : G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 71.

<sup>354</sup> *Ibid*, p. 72.

<sup>355</sup> *Ibid*, p. 56.

<sup>356</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>357</sup> M. Goldstein note encore (*ibid*, p. 60-61), que ce qui manque à la théorie de l'"effet atténué" par rapport à la théorie germanique est l'absence de réponse claire à la question de savoir "pourquoi ces effets sont acceptables".

Le même auteur souligne l'acceptation de plus en plus significative de la théorie allemande par la doctrine et la jurisprudence française<sup>358</sup>. Dans son étude, il démontre aussi que la théorie de la *Binnenbeziehung* est effectivement appliquée, plus ou moins sciemment, par les tribunaux anglais<sup>359</sup> et américains<sup>360</sup>.

L'existence d'un lien entre la situation et le territoire est aussi considérée nécessaire au Québec<sup>361</sup>, bien que, par le passé, le domicile ait été pris, dans certains cas, comme constituant un lien suffisant pour l'utilisation de l'exception d'ordre public<sup>362</sup>. La contrariété à la *public policy* est aussi appréciée d'une façon concrète dans les juridictions canadiennes de *common law*<sup>363</sup>.

Étant donné que la possibilité d'aboutir à une contrariété concrète entre la solution étrangère et l'ordre public dépend de l'existence d'un lien entre la situation et le *for* (plus le lien entre la situation litigieuse et l'ordre juridique concerné est fort, plus la possibilité que les effets qui en découlent aient des conséquences sur la communauté est grande), l'application de cette théorie permet alors de respecter la nature internationale du rapport litigieux et de parvenir finalement, à distinguer entre l'ordre public interne et l'ordre public international<sup>364</sup>.

Nous aurons l'occasion d'examiner les conséquences pratiques de l'approche concrète de l'examen de la violation de l'ordre public au moment du contrôle final sur la sentence arbitrale d'après l'article V (2)(b) de la Convention de New York<sup>365</sup>. Il est pourtant important de considérer aussi les effets concrets de la solution étrangère sur l'ordre juridique du *for*, au moment du contrôle préliminaire à l'arbitrage, c'est-à-dire lors de l'exécution de la convention d'arbitrage.

---

<sup>358</sup> G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, op. cit., note 196, p. 71, et s., où il cite *M.L. c. Mme B.*, Cass. civ. 1ère ch., 10 févr. 1993, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1993.620, note Foyer, et p. 72.

<sup>359</sup> *Ibid*, p. 177 et s.

<sup>360</sup> *Ibid*, p. 282 et s. et p. 336.

<sup>361</sup> *Ibid*, p. 375.

<sup>362</sup> *Ibid*, p. 374 où l'auteur cite *G.M.A.C. c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017.

<sup>363</sup> *Ibid*, p. 415.

<sup>364</sup> *Ibid*, p. 74.

<sup>365</sup> *Infra*, p. 153 et s.

À première vue, le résultat de l'application de la théorie de l'autonomie de la volonté reconnaissant la validité de la convention arbitrale semble être facilement identifiable : la perte de compétence du tribunal en faveur de l'arbitre. Si la question peut être soumise à l'arbitre suivant la loi applicable à la convention d'arbitrage, mais qu'elle ne le peut pas suivant la *lex fori*, il y a un conflit, apparemment suffisant pour justifier l'exception d'ordre public. Une telle conclusion découle cependant d'une conception très rigide et abstraite de l'ordre public.

Selon cette conception, on ne prend en considération que la nature juridictionnelle de l'arbitrage et l'on ne voit que l'effet immédiat de la convention arbitrale. On fait donc abstraction des liens qui existent entre le tribunal saisi et le rapport en litige. En fait, cette approche ne considère pas l'intérêt réel du *for* par rapport au cas concret. Elle en suppose simplement l'existence sur la base de la compétence juridictionnelle du tribunal.

Cette conception peut avoir pour conséquence de rendre l'effet de l'application de l'ordre public sur l'arbitrage commercial international potentiellement envahissant. L'appréciation concrète de la situation par le tribunal revient, au contraire, à répondre à la question de savoir si le *for* a un intérêt fondamental à retenir la compétence suivant la nature du différend en question, en tenant compte de toutes les circonstances relevées dans le cas d'espèce, comme le lieu d'exécution du contrat, et aussi, dans certains cas, (surtout lorsqu'il s'agit d'ordre public de protection), le domicile ou la nationalité des parties.

Parfois, la constatation du contact entre la situation et l'ordre juridique du *for* est faite a priori, sur la base de l'importance des intérêts protégés. Dans ce cas, l'ordre public n'intervient pas par voie d'exception mais par voie directe. C'est ce que nous examinerons dans le paragraphe suivant.

#### Par. 2 - L'application directe de l'ordre public du *for* aux rapports de droit international privé - Les règles d'application nécessaire dans l'arbitrage commercial international.

Dans certaines situations, les intérêts de la communauté sont si importants qu'ils excluent les règles de conflit en faveur de l'application immédiate de la norme impérative interne. On se trouve alors dans le domaine des "lois d'application

immédiate"<sup>366</sup>, appelées aussi "règles d'application nécessaire"<sup>367</sup>, "normes autolimitées"<sup>368</sup> ou simplement "lois d'ordre public"<sup>369</sup>, ou encore "lois de police"<sup>370</sup>.

Leur application, qui demeure exceptionnelle, est une conséquence de leur contenu et donc, finalement, de leur fonction : ces règles s'imposent au tribunal saisi sur la seule base de sa compétence juridictionnelle<sup>371</sup>. Selon l'importance de

<sup>366</sup>

Phocion FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, p. 11. Les *Commentaires du Ministre de la Justice du Québec (Commentaires du Ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, Supplément Droit civil québécois, Les Publications Dafco, 1993), à l'article 3076 C.C.Q. définit (à la p. 1020) les lois d'application immédiate de la façon suivante : "Celles-ci sont des dispositions de notre droit interne qui, en considération du but particulier qu'elles poursuivent, s'appliquent, sans égard à la règle de conflit, de manière directe et impérative quand bien même la situation juridique comporterait des éléments d'extranéité". Voir aussi Henry BATTIFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", (1973) II, *Recueil des Cours, Académie du Droit International de La Haye*, 75-147, p. 136.

<sup>367</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 91 et s. ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, *op. cit.*, note 203, p. 90 et s.

<sup>368</sup>

Jeffrey A TALPIS, "Legal Rules Which Determine their Own Sphere of Application", (1982-83) 17 *R.J.T.* 201-231.

<sup>369</sup>

Giuseppe SPERDUTI, "Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public", (1977) 66 *Rev.cr.dr.int.pr.* 258-270.

<sup>370</sup>

Pierre MAYER, "L'interférence des lois de police", dans C.C.I. *L'arbitrage commercial international L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Les dossiers de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Paris, 1986, 31-66, p. 34 : "(U)ne loi de police est une disposition impérative dont l'application s'impose à une relation internationale quelle que soit la loi régissant celle-ci. Autrement dit, les lois de police sont des lois d'ordre public, mais d'un ordre public si fort qu'elles doivent être appliquées même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'est pas compétent, n'est pas désigné par la règle de conflit : leur impérativité entraîne leur compétence. [...] Parmi les lois de police que l'on rencontre le plus fréquemment, on peut citer : les lois sur la concurrence, sur le contrôle des changes, les lois protectrices de l'environnement, les mesures d'embargo, de blocage, de boycott, ou encore, dans un registre assez différent, les lois protectrices d'une partie présumée faible, tel le salarié ou l'agent commercial".

<sup>371</sup>

E. GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, note 208, p. 32 et s. et p. 150 : "Par la règle de conflit, le législateur du *for* s'efforce, en se référant à une loi interne, de rendre bonne justice aux intérêts privés, tandis que par la règle d'application immédiate, il assimile la relation internationale à une relation interne parce que, dans sa finalité, la loi doit s'appliquer à l'une comme à l'autre sans aucune distinction". Voir aussi G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 91 ; G. SPERDUTI, "Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public", *op. cit.*, note 369 ; F. MOSCONI, "Exceptions to the Operations of Choice of Law Rules", *op. cit.*, note 340, p. 140, où l'auteur parle des "peremptory rules" comme d'une limite à l'autonomie des parties aussi bien qu'au pouvoir discrétionnaire du tribunal : "The peremptory rules [...] are an analytical and fragmentary set of positive rules, aimed at the immediate governing of real situation and relations". Il faut souligner que l'identification de ces règles sur la base de leur contenu ou de leur fonction ne fait pas l'objet d'une opinion concordante en doctrine. Voir par exemple, Yves DERAIS, "Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale", dans *Le droit des relations économiques internationales Études offertes à Berthold Goldman*, *op. cit.*, note 16, 29-46.

l'intérêt protégé, leur existence est justifiée par la nécessité "de contrebalancer la liberté additionnelle, par rapport au droit interne, donnée aux parties dans l'ordre international"<sup>372</sup>.

Leur importance augmente avec l'intervention de l'État dans des domaines qui étaient autrefois de prérogative individuelle. Les règles d'application nécessaire constituent une méthode de défense des intérêts de la communauté différente et certainement plus brutale que celle utilisée par l'application de l'exception d'ordre public agissant seulement a posteriori, après l'application de la règle de conflit<sup>373</sup>. Les règles d'application nécessaire imposent, d'une façon automatique, la solution de droit interne. Cela est particulièrement évident lorsque l'on examine l'application des *statutes* dans les juridiction de *common law*<sup>374</sup>.

Quel que soit le nom qu'on lui attribue, l'application directe des normes impératives internes aux rapports internationaux est un phénomène de plus en plus marqué<sup>375</sup>.

Cette technique d'application de l'ordre public est utilisée d'une façon plus ou moins consciente aussi bien par les juridictions canadiennes de *common law*<sup>376</sup> qu'au Québec<sup>377</sup>, où l'admissibilité des règles d'application nécessaire résulte du Code civil. L'article 3076 du Code civil du Québec prévoit en effet, que l'application des règles contenues dans le livre dixième, "Du droit international privé", est

---

<sup>372</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, op. cit., note 196, p. 94.

<sup>373</sup>

G. GOLDSTEIN, "L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur : commentaire de *G.M.A.C. c. Arnold*", (1984-85) 30 *McGill L.J.* 143-157, p. 155. G. SPERDUTI, "Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public", op. cit., note 369, p. 262. L'auteur fait remonter la distinction entre exception d'ordre public et règle d'application nécessaire à celle entre principes d'ordre public et lois d'ordre public.

<sup>374</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, op. cit., note 196, p. 200 et s. L'auteur souligne le danger présenté par l'application automatique des *statutes* dans le domaine du droit international privé et examine les techniques d'interprétation plus ou moins favorables au développement des règles d'application nécessaire.

<sup>375</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, op. cit., note 196, p. 98. L'impact sur le développement du commerce international de la théorie des intérêts gouvernementaux aux États-Unis est presque semblable à celui de l'intervention des règles d'application nécessaire. *Ibid.*, p. 232 et s.

<sup>376</sup>

*Ibid.*, p. 521 et s.

<sup>377</sup>

Voir Kathleen DELANEY-BEAUSOLEIL, "Articles 940 ss. C.p.c. : l'arbitrage et l'ordre public", dans *Les Journées Jean Robert*, Cours de perfectionnement en arbitrage, le 25 septembre 1987, p. 2, où l'auteure note que ces règles ne sont guère nombreuses au Québec. Voir aussi la liste des règles qui devraient être d'application nécessaire ("subject to the requisite link to the *lex fori*"), proposée par Jeffrey A. TALPIS, "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*", (1994) 96 *R. du N.* 183-227, p. 206.

subordonnée "aux règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier"<sup>378</sup>.

Lorsque la matière litigieuse est régie par une règle d'application nécessaire, la question se pose de déterminer, autant ses effets sur la compétence de l'arbitre (peut-il l'appliquer ? Doit-il l'appliquer, même si elle ne fait pas partie de la loi choisie pour les parties pour régir le fond ?)<sup>379</sup>, que ses effets éventuels, au niveau de la reconnaissance de la sentence lorsque l'arbitre n'a pas appliqué la règle ou ne l'a pas appliquée correctement.

Nous aurons l'occasion de constater que l'applicabilité des règles d'application nécessaire n'écarte pas automatiquement la compétence de l'arbitre. Ces règles ne posent donc pas nécessairement un obstacle à la reconnaissance de la convention d'arbitrage. Mais, parce que leur application est nécessaire, la question se pose de savoir si leur méconnaissance éventuelle de la part de l'arbitre s'opposera automatiquement à la reconnaissance de la sentence arbitrale.

La réponse à cette question dépend, comme nous le verrons lors de l'examen de l'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale, de l'approche (concrète ou abstraite) suivie par le tribunal, au moment de la constatation de la violation de l'ordre public, lors du contrôle sur la sentence arbitrale, en application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York.

Les règles d'application nécessaire doivent être distinguées des "règles matérielles à but international". Parce que ces règles ont un rôle de plus en plus important dans le domaine de l'arbitrage commercial international, nous les examinerons brièvement dans le prochain paragraphe.

### Par. 3 - Les règles matérielles à but international.

---

<sup>378</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, op. cit., note 196, p. 484 et s. ; E. GROFFIER, *Précis*, op. cit., note 208, p. 37.

<sup>379</sup>

Le devoir de l'arbitre d'appliquer les lois de police appartenant à la loi choisie par les parties n'est pas mis en doute. Quant à l'applicabilité des lois de police qui ne font pas partie de cette loi, voir la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire 6320 de 1992, *Clunet* 1995.987, obs. D.H.

Les règles matérielles à but international<sup>380</sup> sont créées pour régir uniquement les situations internationales<sup>381</sup>. Leur fonction n'est pas celle de défendre les intérêts de la communauté, mais plutôt de parvenir à une solution plus adéquate, étant donné les circonstances<sup>382</sup>. En effet, à la différence des règles d'application nécessaires, les règles matérielles à but international écartent aussi les dispositions du *for* applicables

380

Y. LOUSSOUARN, "Cours général de droit international privé", (1973) II *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 273-385. H. BATTIFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *op. cit.*, note 366, p. 107 et s. ; G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 114.

381

Les règles matérielles sont définies dans les *Commentaires du Ministre de la Justice*, précités, note 366, p. 1020, comme "ces règles [...] spécifiquement prévues pour donner la solution d'un litige de droit international privé".

382

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 114. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, note 203, p.112 et s. Notons que la doctrine est divisée quant à la méthode d'application de ces règles. Ainsi, en partant de la prémisse selon laquelle le contenu des règles matérielles à but international "n'est pas de protéger un intérêt vital de l'État", M. Goldstein (G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 121.), soutient, par exemple, que leur utilisation ne doit pas nécessairement exclure la règle de conflit. Leur application automatique est, selon cet auteur, critiquable en tant qu'expression d'une conception "totalement inégalitaire et narcissique de la société internationale". Ainsi, par exemple, à propos de la capacité de l'État français à compromettre, M. Goldstein soutient que la règle matérielle qui reconnaît cette capacité en matière internationale devrait être appliquée uniquement lorsqu'il s'agit de décider de la capacité de l'État français et que seul ce dernier "est directement concerné par la question de sa propre capacité de compromettre, même si les conséquences de cette incapacité affectent une autre partie contractante". G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 119. Voir aussi François RIGAUX, *Précis de droit international privé*, Bruxelles, Maison Ferdinand Lancer, 1968, p. 104 et s. ; François RIGAUX, *Droit international privé*, tome I, 2ème éd., Maison F. Larcier, Bruxelles, 1987, p. 178 et s. Ainsi, Hélène GAUDEMET-TALLON, qui dans sa note sous l'arrêt *Municipalité de Khoms El Mergeb c. société Dalico*, (Cass. civ., 1ère ch., 20 décembre 1993, *Rev. Arb.* 1994.118-125, p. 121), se pose la question suivante : "[Mais,] si la règle matérielle est française [...] était-il logique de l'appliquer dans un litige impliquant une entreprise danoise et une municipalité libyenne pour des travaux devant être effectués en Libye?". Dans le même sens, Hervé SYNDET, note sous l'arrêt *Société Gatoil c. National Iranian oil company*, (Paris, 1ère ch. supp., 17 décembre 1991, 1993, *Rev. Arb.* 1993.281), *Rev. Arb.* 1993.288-299. Mais d'autres auteurs les considèrent, au contraire, comme étant une méthode alternative à l'utilisation des règles de conflit. H. BATTIFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *op. cit.*, note 366, p. 82 ; E. GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, note 208, p. 31 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 245 et s.

En ce qui concerne la méthode d'application de ces règles par les Cours québécoises, il nous est impossible de la circonscrire précisément. Pourtant, bien que l'article 3076 du Code civil ne spécifie pas quel est le "but" nécessaire pour écarter la méthode conflictuelle et ne le lie pas non plus de façon formelle à l'ordre public, le Commentaire du Ministre de la Justice à cet article précise, qu'à côté des lois d'application immédiate, "[a]uront également préséance sur les règles du présent livre les règles matérielles, ces règles du droit québécois spécifiquement prévues pour donner la solution d'un litige de droit international privé, ainsi que les traités internationaux valablement mis en œuvre et liant le Québec, et ce en vertu du principe d'interprétation qui veut que les dispositions particulières ont préséance sur les dispositions générales". *Commentaires du Ministre de la Justice*, précités, note 366, p. 1020.

aux rapports de droit interne. Elles se justifient par la constatation, par le juge ou par le législateur, du fait que la norme de droit interne ne s'adapte pas aux nécessités du commerce international. Ce fut le cas, en France, des règles concernant la validité de la clause compromissoire mixte et de la clause-or.

Comme nous l'avons indiqué, dans les juridictions canadiennes de *common law*, l'arbitrage commercial international est régi entièrement par des règles matérielles à but international. Au Québec, au contraire, la loi sur l'arbitrage ne porte pas spécifiquement sur l'arbitrage international.

Le recours aux règles matérielles au but international, à l'exclusion de la règle de conflit est une méthode de plus en plus utilisée en droit comparé, lors de la constatation de la validité de la convention d'arbitrage et de la détermination de l'arbitrabilité.

Nous reviendrons donc sur le sujet lorsque nous examinerons la loi applicable à la question de l'arbitrabilité.

### Conclusion du Chapitre introductif.

L'ordre public exerce une fonction de protection des intérêts fondamentaux de la communauté, qui permet aux tribunaux de justifier le refus des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales qui ne sont pas conformes aux standards locaux. Il remplit sa fonction grâce à sa souplesse et à sa fluidité. Ce sont ces qualités qui permettent d'adapter cette notion aux évolutions idéologiques auxquelles tout ordre juridique est sujet avec le temps.

La souplesse et la fluidité de l'ordre public permettent aussi de l'adapter aux circonstances de chaque cas, en distinguant ainsi entre les rapports de droit interne, dont les effets sur la communauté sont forcément immédiats, des rapports de droit international privé dont les conséquences ne s'y réfléchissent pas nécessairement.

Ce processus d'adaptation de l'ordre public a été justifié, entre autre, par la théorie française de l'effet atténué et par la doctrine germanique de la *Binnenbeziehung*.

La théorie de l'effet atténué, utilisée pour expliquer la moindre intervention de l'ordre public lors de la reconnaissance des jugements étrangers (et qui part de l'idée selon laquelle le droit *a déjà été acquis* et que cette acquisition a eu lieu *à l'étranger*), ne se prête pas aussi bien à l'arbitrage que la doctrine germanique. Cette dernière (qui a pour prémisse l'existence d'un lien entre la situation et le *for*), permet de limiter l'intervention de l'ordre public aux cas dans lesquels il existe un conflit réel entre la reconnaissance et l'exécution de la *convention* ou de la *sentence* arbitrale et l'ordre juridique intéressé.

Parfois (lorsque la constatation du lien entre la situation juridique et le *for* est faite *a priori*, par le législateur), l'ordre public perd sa souplesse et intervient de façon directe. L'ordre public international et l'ordre public interne coïncident.

Les intérêts fondamentaux du *for* sont alors exprimés par une règle dont l'application exclut la règle de conflit (règle d'application nécessaire). La présence d'une telle règle peut influencer sur l'arbitrage, autant du point de vue de la compétence de l'arbitre, qu'au moment de la reconnaissance de la sentence arbitrale, si l'arbitre ne l'a pas respectée.

Les règles d'application nécessaire doivent être distinguées des règles matérielles à but international, créées pour régir uniquement les situations internationales dans le but de parvenir à la solution la plus adéquate dans les circonstances données.

Le recours aux règles matérielles à but international (comme méthode alternative à la méthode conflictuelle) est de plus en plus fréquent lors de la détermination de la validité de la convention d'arbitrage et de l'arbitrabilité. On renvoie donc l'examen de ces règles à la partie concernant la loi applicable à l'arbitrabilité.

## **Titre 1 - L'ordre public dans les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et en droit comparé.**

Quels sont les intérêts protégés par les États lorsqu'ils refusent d'exécuter une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale ?

Ces intérêts, sont-ils mieux protégés en limitant l'autonomie des parties lors de la conclusion de leur convention d'arbitrage (et, parallèlement, la compétence de l'arbitre), ou par le contrôle final sur la sentence arbitrale ?

Nous essayerons de répondre à ces questions en distinguant l'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage (Chapitre 1) de son intervention sur la sentence arbitrale (Chapitre 2).

Notre plan est donc le suivant :

Chapitre 1 - L'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage.

Chapitre 2 - L'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale - Article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.

## Chapitre 1 - L'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage.

En tant que contrat, la convention d'arbitrage ne sera valide que dans la mesure où elle est conforme aux conditions nécessaires à sa formation. Ainsi, on s'attendra à ce que les parties à la convention d'arbitrage soient *capables*, qu'elles aient donné valablement leurs *consentements*, que la *cause* et *l'objet* de la convention soient licites<sup>383</sup>, et que la *forme* soit celle prévue par la loi applicable à cette question<sup>384</sup>. (Section 1). On s'attendra, de plus, à ce que, *compte tenu des circonstances particulières* de chaque espèce, l'ordre public ne soit pas violé lors de *l'exécution* de la convention d'arbitrage dont il s'agit. (Section 2).

### *Section 1 - Les conditions de validité de la convention d'arbitrage.*

Parmi les intérêts protégés par l'ordre public lors de son intervention au niveau de la convention d'arbitrage, certains sont assez spécifiques, notamment, ceux qui touchent à la validité de *l'objet* de la convention : *la renonciation des parties à la justice publique en faveur de la justice privée pour la résolution d'un ou de plusieurs différends entre elles.*

Par les règles régissant la validité de *l'objet* de la convention d'arbitrage, la loi limite l'autonomie contractuelle des parties en interdisant qu'elles soustraient à la justice publique des litiges à la résolution desquels l'État a un intérêt. La compétence de l'arbitre en est parallèlement limitée.

D'un point de vue général, peu importe la raison du refus d'exécution de la convention d'arbitrage, le résultat sera le même : le contrat ne sera pas reconnu par le tribunal étatique qui retiendra donc sa compétence.

D'un point de vue plus spécifique, cette distinction peut se révéler importante, parce que ces limites posées à l'autonomie des parties quant à *l'objet de la convention*, font partie de la notion d'*arbitrabilité* et que cette notion est souvent

---

383

Paul VEZINA, "La clause compromissoire et l'exécution de la sentence", dans *Les Journées Jean Robert*, Cours de perfectionnement en arbitrage, Le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, 13 mai 1987, 34-41, p. 34.

384

Ainsi, par exemple, au Québec, l'article 3109 du Code civil prévoit que "[l]a forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé. Est néanmoins valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés les biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte. [...]".

posée comme une notion distincte de l'intervention plus générale de l'ordre public sur le contrat nommé "convention d'arbitrage", par les législations régissant l'arbitrage commercial international.

Pour cette raison, nous renvoyons l'examen de la question de la validité de la convention d'arbitrage du point de vue de son objet, à la troisième partie de notre étude, consacrée à l'examen de la notion d'arbitrabilité.

L'examen des règles régissant la validité des contrats d'un point de vue général sort du domaine de notre étude.

Quant à la présence d'*autres règles spécifiques* à ce type de contrat, notons que la tendance relevée en droit comparé (si on ne considère pas la question de la validité de l'objet de la convention d'arbitrage que nous examinerons séparément) va dans le sens de ne pas poser de limites plus strictes que celles normalement applicables aux contrats. Cela limite évidemment l'intervention de l'ordre public sur la convention arbitrale.

Il est vrai que parfois, afin d'éviter tout abus dans une matière ainsi délicate que celle de la renonciation à la justice publique, le législateur peut considérer qu'il est opportun de poser des règles spécifiques quant à la *forme* de la convention arbitrale<sup>385</sup>.

Mais ces règles ne trouvent application qu'en matière de *droit interne* de l'arbitrage ; elles ne font pas partie de la pratique législative des États, en matière *d'arbitrage commercial international*. Dans ce contexte, la tendance est, au contraire, de limiter au maximum les formalités et de référer le plus possible aux usages du commerce. Ce qui a amené, par exemple, à la reconnaissance explicite de la clause compromissoire par référence<sup>386</sup>, c'est-à-dire, de la "clause qui ne figure

<sup>385</sup>

*Doctor's Associates and Nick Lombardi v. Paul Casarotto*, 517 U.S. 681, 116 S. Ct. 1652 (1996).

<sup>386</sup>

Ainsi la jurisprudence américaine dans *Verome Botlek B.V. v. Lee C. Moore Corp.*, (1996) XXI *Yearbook* 824, (Northern D. of Okl. 1995) : "The Courts finds the arbitration clause at issue satisfies the writing requirement of the Convention even though it was not contained in a "signed" document and even though the text of it was not contained in Verolme's initial quotation [...]". Dans le même sens, voir la jurisprudence française. Voir, par exemple, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sté Dalico Contractors*, précité, note 114 ; *Sté Lucernex c. société Négobeureuf*, Cass. Com., 17 juin 1997, *Rev. Arb.* 1998.539 ; *Sté Prodexport c. société FMT productions*, Cass. Civ. 1ère ch., 3 juin 1997, *Rev. Arb.* 1998.537. Article 7.2 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Voir aussi Xavier BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", (1998) *Rev. Arb.* 495-516 ; Kamel KHIARI, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", dans Barreau du Québec, Service de

pas formellement dans le contrat conclu entre les parties mais dans un autre document auquel celui-ci fait référence (contrat-types, usages codifiés, conditions générales ou particulières ...)"<sup>387</sup>.

De même, dans certains pays, des limites existent quant à la *capacité* de l'État de compromettre. Mais aussi ces limites (qui rentrent dans la notion d'arbitrabilité et sur lesquelles nous reviendrons dans la seconde partie) n'interviennent *généralement* que dans le domaine des rapports de droit interne.

En droit américain, il est même *spécifiquement* exclu que les conventions d'arbitrage rentrant dans le domaine d'application du *Federal Arbitration Act* puissent être limitées par des moyens plus rigoureux que ceux prévus pour tout autre type de contrats.

La section 2 du *Federal Arbitration Act* établit en effet que :

*"writtent provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction [...] shall be valid, irrevocable and enforceable, save upon such grounds as exist in law or in equity for the revocation of any contract"*.

En pratique, cela signifie que les États peuvent passer tout type de contrat, y compris les convention d'arbitrage, selon les principes généraux, et que les tribunaux des États peuvent exclure la validité des conventions d'arbitrage *"upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract"*. En revanche, les États *ne peuvent pas décider* que toutes les clauses d'un contrat soient justes (*fair*) et de ne considérer injuste *que* la clause compromissoire<sup>388</sup>.

---

la formation permanente, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, *op. cit.*, note 212, 13-26, p. 17.

<sup>387</sup>

K. KHIARI, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *op. cit.*, note 386, p. 17.

<sup>388</sup>

*Allied Bruce Terminix Companies Inc., and Terminix International Company v. Michael Gibson*, 513 U.S. 265 (1995) ; 115 S. Ct. 834 : "States may regulate contracts, including arbitration clauses, under general contract law principles and they may invalidate an arbitration clause "upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract". What States may not do is to decide that a contract is fair enough to enforce all its basic terms (price, service, credit), but it is not fair enough to enforce its arbitration clause. The Act makes such policy unlawful, for that kind of policy would place arbitration clauses on an unequal "footing", directly contrary to the Act's language and the Congress' intent". Voir aussi *Doctor's Associates and Nick Lombardi v. Paul Casarotto*, *précité*, note 385, "Congress precluded States from singling out arbitration provision for suspect status [...]".

Finalement, les seuls motifs susceptibles d'être acceptés par une cour américaine, pour nier la validité d'une convention d'arbitrage, sont ceux qui sont reconnus au niveau international, "*such as duress, mistake, fraud or waiver*"<sup>389</sup>.

Cette même tendance à réduire au maximum l'intervention de l'ordre public lors de l'examen de la convention d'arbitrage caractérise aussi la jurisprudence française d'après laquelle "*[l]'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*"<sup>390</sup>.

Notons par ailleurs, un cas assez particulier, qui peut résulter de la contrariété de la convention d'arbitrage à l'ordre public : celui qui concerne la nomination de l'arbitre et sa possible partialité. Ainsi, non seulement les parties doivent être en position d'égalité, en ce qui concerne le choix et la nomination des arbitres<sup>391</sup> mais, la question se pose aussi de savoir, lorsque des rapports existent entre l'une des parties et un arbitre nommé dans la convention d'arbitrage, dans quelle mesure, ces rapports peuvent entraîner une situation d'iniquité telle qu'elle aboutisse à la nullité de cette dernière.

Il s'agit d'hypothèses particulières parce qu'elles dépendent autant, de la nature des rapports eux-mêmes (qui doivent être tels qu'ils justifient la méfiance de l'autre partie), que des circonstances dans lesquelles la convention d'arbitrage a été conclue.

D'après la jurisprudence américaine<sup>392</sup> par exemple, on ne peut pas assimiler le cas dans lequel il existe une "*income producing relationship*" entre l'arbitre et une des parties à celui dans lequel une des parties est membre de la même association que l'arbitre (par exemple, une chambre de commerce).

---

<sup>389</sup> *Meadows v. Baccala & Shoop Ins. Serv., Inc.*, 760 F. Supp. 1036 (1991) ; (1992) XVII *Yearbook* 686.

<sup>390</sup> *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sté Dalico Contractors, précité*, note 114.

<sup>391</sup> *BKMI Industrieen Lagen GmbH c. société Dutco Construction Co (Pvt)*, Paris, 1ère ch. civ., 5 mai 1989 ; Cass. civ., 1ère ch., 7 janvier 1992, *Clunet* 1992.707, note Jarrosson.

<sup>392</sup> Voir *Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F. Supp. 160 (SDNY 1987) ; (1988) XIII *Yearbook* 543, p. 554,

Si, dans le premier cas, la convention d'arbitrage peut être considérée nulle<sup>393</sup>, la seconde hypothèse n'est pas considérée, en principe, comme constituant une raison suffisante pour conclure que la sentence est contraire à l'ordre public ; à moins, il faut le souligner, qu'il ne s'agisse d'une convention d'arbitrage *inclue dans un contrat d'adhésion*.

En effet, si *dans des circonstances ordinaires*, aucune des parties n'est obligée de se soumettre aux conditions demandées par le cocontractant (néanmoins, une fois qu'elle les a acceptées, elle est obligée de les respecter)<sup>394</sup>, il n'y a inéquité que lorsque la partie la plus faible n'a pas d'autres choix.

À part le cas du contrat d'adhésion, le consentement à la nomination de l'arbitre ne sera pas considéré comme valablement donné lorsque les rapports entre l'une des parties et l'arbitre nommé dans la convention *sont inconnus* de l'autre partie<sup>395</sup>.

Notons finalement que la seule validité d'une convention d'arbitrage ne suffit pas à garantir que les parties seront renvoyées devant l'arbitre.

### *Section 2 - L'exécution de la convention d'arbitrage.*

Il est évident que le tribunal étatique retiendra sa compétence si *l'exécution* de la convention d'arbitrage aboutit à une injustice flagrante.

Une telle injustice peut découler de *toute sorte de contrat* mais, dans le cas de la convention d'arbitrage, elle entraîne la conséquence assez particulière d'influer sur le droit fondamental d'avoir recours à la justice publique.

Pourtant, une convention d'arbitrage ne sera pas automatiquement considérée inique (et donc contraire à l'ordre public) chaque fois que son exécution a pour effet de *limiter l'accessibilité* à la justice. Ainsi, il ne suffit pas, en principe, que la situation du siège arbitral rende l'arbitrage inaccessible à l'une des parties, ni que le

<sup>393</sup>

*Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Company*, 393 U.S. 145 ; 89 S.Ct. 337 ; 21 L.Ed. 2d 301 (1968).

<sup>394</sup>

*Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, précité, note 392. La Cour note que Calabrian "did not have to agree to the terms proposed by Brandeis, but having done so, is bound by them".

<sup>395</sup>

*Société Commercial Agraria Hermanos Lucena c. sté Transgrain France*, Paris 1ère ch. civ., 12 décembre 1996, *Rev. Arb.* 1998.698 : "[l]'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à [l'indépendance d'esprit de l'arbitre] vicie le consentement donné par celle-ci à la convention d'arbitrage".

coût de la procédure d'arbitrage ne se révèle disproportionné par rapport au montant litigieux : *si les parties ont choisi librement l'arbitrage*, ces difficultés ne feront pas obstacle à l'exécution de leur convention.

La jurisprudence américaine expose de façon claire les limites très restreintes dans lesquelles cette défense est accueillie par les tribunaux.

L'arrêt *Mitsubishi* illustre bien cette position :

*"A party resisting arbitration of course may attack directly the validity of the agreement to arbitrate. [...] Moreover, the party may attempt to make a showing that would warrant setting aside the forum-selection clause - that the agreement was "[a]ffected by fraud, undue influence, or overweening bargaining power" ; that "enforcement would be unreasonable and unjust" ; or that proceedings " in the contractual forum will be so gravely difficult and inconvenient that [the resisting party] will for all practical purposes be deprived of his day in court. But absent such a showing [...] there is no basis for assuming the forum inadequate or its selection unfair"*<sup>396</sup> .

Ceci parce que, comme le réaffirme l'arrêt *TWI Lite Int. v. Anam*<sup>397</sup> :

*"the signatory nations have jointly declared a general policy of enforceability of agreements to arbitrate."*

La solution dépend alors des circonstances. Généralement (à l'exception des situations de forte inégalité contractuelle ou lorsqu'il s'agit de contrat d'adhésion), les tribunaux sont assez prudents lorsqu'il s'agit d'annuler une convention d'arbitrage<sup>398</sup> .

<sup>396</sup>

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 605 ; L.Ed. 2d 444 ; 105 S.Ct. 3346, 3357 (1985). (*Nos emphases*).

<sup>397</sup>

*TWI Lite International v. ANAM Pacific Corp.*, 1996 WL 637843 (N.D. Cal. 1996). Voir aussi *Hart Enterprises Int., Inc. v. Anhui Provincial Import & Export Corp.*, 888 F. Supp. 587 (S.D.N.Y. 1995), 1996 WL 229872, (1996) XXI *Yearbook* 767, p. 771 : "Hart finally argues that remitting to arbitration in Beijing would subject it to undue hardship. The short answer to this assertion is that Hart should have thought of that before it signed contracts specifying arbitration in Beijing in the event of a dispute".

<sup>398</sup>

Ceci dit il est très important de faire attention, lorsqu'on rédige une convention d'arbitrage afin d'éviter toute formulation qui pourrait être interprétée comme cause d'injustice. Ainsi, par exemple, l'American Arbitration Association a créé des protocoles visant à limiter cette possibilité lors de la rédaction d'une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage chez cet organisme. L'Association recommande entre autre ce qui suit : "[D]isputes resolution services should be provided at a reasonable cost to consumers, at a reasonably convenient location, that the consumer should be given clear and adequate notice of the arbitration provision and its consequences, including a

Soulignons, pour conclure, que parfois, la convention d'arbitrage peut être affectée par le *même vice* que celui qui affecte le contrat principal auquel elle se rattache. Ainsi, on comprend, par exemple, que si le *consentement* fait défaut, les *deux contrats* pourraient être considérés nuls. Il est toutefois important de noter que, parce que les deux sont des conventions autonomes et distinctes<sup>399</sup>, la nullité de la convention d'arbitrage *ne découle pas de celle du contrat principal*. En principe, pour exclure la compétence de l'arbitre, le vice doit affecter *directement* la convention d'arbitrage .

Cette prémisse est fondamentale pour comprendre dans quelle mesure la nullité du contrat litigieux peut produire des effets sur la notion d'arbitrabilité. Nous reviendrons sur ce sujet dans la troisième partie de notre étude<sup>400</sup> .

---

statement of its mandatory or optional character, and that the arbitrator should be empowered to grant whatever relief would be available in court under law or in equity" : comme cité par Michael F. HOELLERING, "International Arbitration Agreements : A Look behind the Scenes", (1998) 53-Nov. Disp. Resol. J. 64-70, p. 68. Voir aussi *Brower v. Gateway 200, Inc*, 676 N.Y.S. 2d 569 (1st Dept. 1998).

<sup>399</sup> *Gosset c. Sté Carapelli*, Cass. civ., 7 mai 1963, *précité*, note 110 ; *Prima Paint v. Flood & Conklin*, *précité*, note 111. Article 16 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

<sup>400</sup> *Infra*, p. 385 et 477.

### **Conclusion du premier chapitre.**

Du point de vue de la validité des conditions contractuelles de la convention d'arbitrage (autres que celles concernant la validité de son objet), le droit comparé révèle la tendance à ne pas soumettre les conventions d'arbitrage à des règles plus restrictives que celles normalement applicables à tout autre contrat international. Les usages du commerce sont aussi pris en considération lors de l'examen de la convention d'arbitrage ; ce qui permet, par exemple, de reconnaître la clause compromissoire par référence.

Un cas assez particulier dans lequel l'autonomie contractuelle des parties est limitée par des considérations d'ordre public découle d'une clause d'arbitrage qui met les parties dans une position d'inégalité quant à la nomination de l'arbitre. Il est pourtant nécessaire que cette inégalité soit *réelle* et que la partialité ou la possible partialité de l'arbitre soit prouvée ; elle ne se présume pas.

L'intervention de l'ordre public est alors plutôt limitée.

Ainsi, même lorsque la convention d'arbitrage a pour effet de rendre assez difficile (et finalement de décourager) le recours à la justice à l'une des parties (en raison de la situation du siège de l'arbitrage, ou parce que le coût de l'arbitrage s'avère disproportionné par rapport à la valeur du litige), si la clause compromissoire a été conclue librement (les conventions d'arbitrage incluses dans les contrats d'adhésion semblent être considérées différemment), elle devrait être respectée.

Cela ne signifie pas pourtant que la partie la plus faible sera nécessairement laissée sans protection : le législateur pourra, en effet, intervenir sur *l'objet de la convention*, en prévoyant des exclusions spécifiques qui limiteraient l'autonomie des parties de renoncer à la justice étatique. Ce type de nullité rentre dans la notion d'arbitrabilité et sera examiné dans la troisième partie.

## Chapitre 2 - L'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale - L'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.

La tendance à limiter l'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage et le conséquent élargissement inévitable des compétences reconnues à l'arbitre a mis l'accent sur l'importance du contrôle exercé sur la sentence arbitrale en matière de conformité à l'ordre public du *for*.

La façon dont ce contrôle est exercé est évidemment cruciale au développement de l'arbitrage. Comme l'a remarqué M. David<sup>401</sup>, la phase de contrôle sur la sentence arbitrale présente un caractère d'anormalité. Dans des circonstances normales, la sentence est exécutée volontairement par les parties, de la même façon que les parties liées par un contrat en satisfont spontanément les obligations.

Mais, comme le relève l'auteur, une différence importante existe entre les deux hypothèses. Alors que le contrat est créé par les parties mêmes, la sentence arbitrale est rendue par un tiers ; elle n'a qu'une fonction déclaratoire et ne vise pas à créer une situation nouvelle. En effet, lorsque les parties ont recours à l'arbitrage, elles ne renoncent pas à leurs prétentions ; au contraire elles "*entendent obtenir ce qui leur est dû et s'attendent à ce que les arbitres appliquent certaines règles*"<sup>402</sup>.

On comprend alors aisément que la partie perdante puisse être tentée de soutenir que les règles n'ont pas été correctement appliquées et qu'elle refuse d'exécuter volontairement la décision de l'arbitre.

Mais, comme nous le verrons dans ce sous-titre, la non observation ou la mauvaise application d'une règle d'ordre public du *for* ne constitue un motif de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence que dans des cas assez particuliers. Sur ce point également, nous montrerons comment l'attitude des tribunaux découle d'une volonté de limiter au maximum l'intervention étatique.

Notre but est donc de déterminer ce qui constitue une violation de l'ordre public capable de conduire au refus de la reconnaissance de la sentence arbitrale au sens de l'article V (2)(b) de la Convention de New York. Nous commencerons en examinant comment les tribunaux étatiques constatent effectivement la violation. Pour cela, nous examinerons les principes généraux suivis par les tribunaux étatiques

---

<sup>401</sup>

R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Collection d'Études juridiques comparatives, Paris, éd. Economica, 1982, p. 496 et s.

<sup>402</sup>

*Idem.*

au moment d'établir si l'action ou la non-application de la norme impérative constitue, dans chaque cas d'espèce, une véritable violation de l'ordre public au sens international. (Section 1).

Nous poursuivrons en indiquant des exemples dans lesquels la constatation de la violation s'est traduite, en pratique, par le refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence. (Section 2).

*Section 1 - La constatation de la violation de l'ordre public au sens international et l'application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958 - examen concret ou examen dans l'abstrait de la violation ?*

La prémisse qui justifie la compétence arbitrale en matière de règles d'ordre public est que l'arbitre est aussi capable de les appliquer que le juge du tribunal étatique.

En pratique, dans le meilleur des cas, le tribunal saisi pour reconnaître ou exécuter la sentence arbitrale constatera que l'arbitre a correctement appliqué les règles d'ordre public international du *for*. Mais il peut tout aussi bien advenir que l'arbitre n'ait pas appliqué correctement, ou n'ait pas appliqué du tout la loi du tribunal. Cependant, il est important de souligner que la non-application ou l'application incorrecte des règles d'ordre public par l'arbitre ne signifie pas que la sentence sera automatiquement refusée.

L'examen des méthodes possibles de l'intervention de l'ordre public montre que la moindre intervention de l'ordre public sur l'arbitrage est rendue possible, d'une part, par l'examen de la violation de l'ordre public d'une façon concrète et non plus abstraite et, d'autre part, par l'application de la notion d'ordre public international et non par celle d'ordre public interne, ce qui revient à exiger une *grave* intensité d'opposition entre la solution adoptée par l'arbitre et les intérêts du *for*.

Pour que le tribunal étatique constate la violation, deux éléments sont donc nécessaires :

- premièrement, la qualification de la règle d'ordre public *au sens international* ;
- deuxièmement, la constatation que la non-application de la règle par l'arbitre a pour *résultat* d'empêcher de façon concrète que les buts de la règle soient atteints.

En principe, la violation sera donc constatée uniquement à la suite d'un *examen concret* ; un *examen dans l'abstrait* n'étant plus suffisant.

La différence entre les deux décisions rendues dans l'affaire française *Grands Moulins*<sup>403</sup> nous donne un exemple significatif de ces deux types d'examen (Par. 1). Nous examinerons ensuite l'approche à suivre dans la constatation de la violation d'une règle d'application immédiate (Par. 2).

Par. 1 - "Examen concret" ou "examen dans l'abstrait" de la violation - l'arrêt français *Grands Moulins*.

La sentence arbitrale objet de la demande d'*exequatur* dans l'affaire *Grands Moulins* concernait un contrat d'achat de blé dur par la Société des Grands Moulins de Strasbourg, ayant son siège social à Paris, à la Compagnie Continentale France, avec livraison au Havre, le 16 juin 1982. Le prix était établi en francs français.

Le 12 juin 1982, le franc français fit l'objet d'un réajustement monétaire. Le 14 juin, les prix intérieurs furent bloqués par un arrêté ayant effet rétroactif au 11 juin. Le 15 de ce même mois, un règlement C.E.E. établissait l'institution des montants monétaires compensatoires.

En l'espèce, ces montants compensatoires furent perçus par la Société des Grands Moulins, qui avait procédé au dédouanement et qui était en possession d'une procuration délivrée par la Compagnie Continentale France. Cette procuration établissait clairement que ces montants compensatoires étaient perçus au nom de cette dernière.

Une sentence arbitrale, rendue à Londres, le 2 décembre 1983, avait reconnu l'obligation contractuelle de l'acheteur de restituer à la Compagnie Continentale France (vendeur importateur) les montants ainsi perçus. L'ordonnance d'*exequatur* ordonnée par le Président du Tribunal de Grande Instance fut confirmée par la Cour d'appel saisie en vertu de l'article 1502-5 du Nouveau Code de procédure civile français. Mais la Cour de Cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel et renvoya les parties devant la Cour d'appel de Versailles. Le raisonnement de la Cour de Cassation fut le suivant<sup>404</sup> :

---

<sup>403</sup>

*Sté Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, précité, note 345. Voir aussi *Sté Courrèges Design c. sté André Courrèges et autres*, précité, note 82.

<sup>404</sup>

*Sté Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, 15 mars 1988, précité, note 345.

1) La Cour s'est d'abord posée la question de savoir si la règle applicable était ou non une règle d'ordre public international.

2) Le cas échéant, elle examinerait si cette règle a bien été appliquée par l'arbitre. Si tel n'était pas le cas, il y avait nécessairement violation de la règle en question et donc invalidité de la sentence arbitrale.

La Cour d'appel de Versailles<sup>405</sup>, elle, examina le problème de la détermination de la violation sous un angle très différent. Selon cette Cour, la violation de l'ordre public par la sentence arbitrale ne découlait pas automatiquement de la violation de la norme par l'arbitre. La reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale serait refusée seulement si elle avait pour *résultat* de bouleverser le but de la norme.

Dans ce cas particulier, la règle d'ordre public avait pour but "*d'éviter une hausse des prix intérieurs français résultant du prix plus élevé payé par eux en raison de nouveaux taux de change et de la dévaluation du franc*"<sup>406</sup>.

Un tel but n'aurait pu être bouleversé par la non-application de la règle par l'arbitre, étant donné que "*dans la présente affaire, le marché, la facturation de la marchandise et le paiement ont eu lieu avant la dévaluation du franc de telle sorte que la société appelante n'a subi aucune perte de change susceptible d'être répercutée sur sa propre clientèle*"<sup>407</sup>. Ainsi, selon la Cour de Versailles :

*"[...] ne saurait être contraire à l'ordre public international tel que conçu en France, l'exécution d'une sentence arbitrale attribuant des montants compensatoires à la Compagnie Continentale France sans porter atteinte, dans ce cas particulier, aux résultats recherchés et aux objectifs poursuivis par une réglementation interne d'ordre public ; qu'en effet, seule une atteinte ainsi caractérisée, abstraction faite d'une violation purement formelle de cette réglementation, apporterait un désordre suffisamment important dans l'équilibre monétaire et économique recherché et serait contraire à la conception française de l'ordre public international"*<sup>408</sup>.

Nous voyons comment la Cour de Versailles a abandonné l'"*approche purement formelle*" du contrôle de conformité de la sentence à l'ordre public, qui consiste à

---

<sup>405</sup> *Sté Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, 2 octobre 1989, précité, note 345.

<sup>406</sup> *Ibid*, p. 120.

<sup>407</sup> *Idem*.

<sup>408</sup> (Nos emphases).

"confronter le contenu de la sentence au texte invoqué"<sup>409</sup>, en faveur de l'"approche concrète" dans laquelle il faut "analyser la sentence à la lumière des objectifs poursuivis par la règle méconnue"<sup>410</sup>.

Selon l'approche concrète, le tribunal saisi doit se poser les questions suivantes :

1) La norme violée est-elle ou non d'ordre public international, c'est-à-dire "un ordre public apprécié de manière moins rigoureuse que l'ordre public en droit interne"<sup>411</sup> ?

2) Si oui, quel est le but de la norme ?

3) Enfin, la décision de l'arbitre mène-t-elle à des résultats contraires au but que la norme se propose d'atteindre ?

De plus, n'oublions pas que, selon le principe de l'*actualité de l'ordre public international*<sup>412</sup>, l'éventuelle violation de l'ordre public par la sentence arbitrale doit avoir lieu au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence même.

C'est donc le *résultat* au moment où la décision produit ses effets qui doit être considéré, indépendamment des règles appliquées par l'arbitre. La contrariété du résultat au standard du *for* peut porter atteinte à la cohérence du système juridique ; cohérence que l'exception d'ordre public vise précisément à protéger<sup>413</sup>.

Le recours à l'*examen concret* de la violation à l'étape de la *reconnaissance de la sentence arbitrale* ne ressort pas aussi clairement de l'étude de la jurisprudence américaine. Notons pourtant que le principe est bien établi aux États-Unis, que la

<sup>409</sup>

L. IDOT, note sous *Sté Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, *op. cit.*, note 347, p. 131.

<sup>410</sup>

*Idem.* Que l'intérêt de l'État ne réside pas tant dans la *correcte* application de la loi mais plutôt dans la possibilité d'insérer la décision dans son propre ordre juridique sans le bouleverser est prouvé par le fait que la sentence ordonnant l'exécution d'un contrat illicite sera contraire à l'ordre public, mais la sentence qui, interprétant erronément la même règle déclare l'illicéité d'un contrat licite, ne le sera pas. Voir Pierre MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", (1994) *Rev. Arb.* 615-652, p. 631.

<sup>411</sup>

*Sté Grands Moulins*, Versailles, 2 octobre 1989, *précité*, note 345, p. 119.

<sup>412</sup>

*Ibid.*, p. 120 : "(C)onformément à l'article 1502-5 du N.C.P.C., l'ordre public international ne doit être pris en considération qu'au moment de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale" ; L. IDOT, note au même arrêt, *op. cit.*, note 347, p. 132 ; P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 627 ; J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 527.

<sup>413</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 31 et s. ; E. GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, note 208, p. 301.

défense basée sur la *public policy* doit être interprétée "*narrowly*"<sup>414</sup> et que la *violation de la loi* ne constitue pas nécessairement une violation de la *public policy* au sens de l'article V (2) (b) de la Convention de New York.

La tâche du tribunal de l'exécution semble être limitée à établir que l'arbitre n'a pas *ignoré* la loi américaine applicable : dans la mesure où il a pris connaissance d'une possible violation de l'ordre public américain et qu'il s'est borné à résoudre le problème, la sentence sera reconnue. L'application effectivement faite (ou non faite) par l'arbitre des règles impératives ne sera pas remise en discussion<sup>415</sup>, comme le montre l'inopposabilité du moyen tiré du *manifest disregard of the law* lors de la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence<sup>416</sup>.

## Par. 2 - La constatation de la violation et les règles d'application nécessaire.

D'après une partie de la doctrine, il est fait exception à l'application de la méthode de l'examen concret dans la constatation de la violation lorsqu'une règle d'application nécessaire intervient<sup>417</sup>.

Ainsi, comme le soutient M. Mayer, dans ce contexte la règle d'application immédiate (ou loi de police) joue un rôle qui ne lui est pas traditionnel. Cet auteur soutient, qu'au contraire de ce qui se passe dans le cadre du conflit de lois, où la règle d'application immédiate constitue un *procédé de désignation* de la loi

<sup>414</sup> J. PAULSSON et J.B. de BALANDA, "L'exécution des sentences arbitrales dans les pays de *common law* (Angleterre et États-Unis)", *op. cit.*, note 126, p. 79 ; *Parsons v. Whittemore Overseas Co. v. société Générale de l'Industrie du Papier (RATKA)*, 508 F. 2d 969, (2d Cir. 1974) ; *Andros Compañía Marítima, S.A. v. Marc Rich & Co., A.G.*, 579 F. 2d 691 (2d Cir. 1978) ; *Waterside Ocean Navigation Co. v. International Navigation Ltd.*, 737 F. 2d 150 (1984) ; *Celulosa del Pacífico S.A. v. A. Ahlstrom Corporation*, (1996) 11 *International Arbitration Report* E-1 ; (1997) XXII *Yearbook* 954.

<sup>415</sup> J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 545.

<sup>416</sup> *M & C Corp. v. Erwin Behr GmbH & Co., KG*, *précité*, note 117. Notons que cette interprétation marque une différence importante aux États-Unis entre la procédure d'annulation et celle de reconnaissance et exécution, parce que, comme nous l'avons indiqué dans la première partie, *manifest disregard of the law* constitue un motif d'annulation. H.M. HOLTZMANN, "United States", *op. cit.*, note 124, p. 28 ; L.A. NIDDAM, "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", *op. cit.*, note 70, p. 58 ; J. PAULSSON et J.B. de BALANDA, "L'exécution des sentences arbitrales dans les pays de *common law* (Angleterre et États-Unis)", *op. cit.*, note 126, p. 72. Sur la possibilité de recourir à ce motif pour annuler une sentence rendue aux États-Unis en matière de droit international privé, voir *Alghanim v. Toys "R" US*, *précité*, note 128. Voir aussi R.B. von MEHREN, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards in The United States", *op. cit.*, note 128 ; T. CARBONNEAU, "Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention", *op. cit.*, note 128, p. 282 et s.

<sup>417</sup> P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 644.

applicable, "en matière de reconnaissance des sentences arbitrales, la violation d'une loi de police intervient comme une cause d'éviction de la sentence en fonction de son contenu"<sup>418</sup>.

D'ailleurs, rien n'exclut que le tribunal décide d'examiner la décision par une approche concrète : après avoir constaté que, dans le cas d'espèce, la non-application de la règle d'application nécessaire n'a pas pour *résultat* de violer l'ordre public du *for*, il reconnaît le jugement ou la sentence dont il s'agit.

Une question se pose au sujet de la violation par l'arbitre d'une règle d'application nécessaire *étrangère*. En effet, comme le souligne M. Mayer, s'"il est certain que le juge français n'a pas à tenir compte des principes fondamentaux d'un ordre juridique étranger", on pourrait au contraire s'imaginer que le tribunal refuse une sentence qui viole une loi de police étrangère, telle la sentence qui reconnaît un contrat ayant des effets anticoncurrentiels dans un autre État, en violation de la loi antitrust de ce dernier"<sup>419</sup>.

Cependant, selon la formulation de l'article V (2)(b) de la Convention de New York, le refus d'office de la sentence arbitrale ne sera justifié que lorsqu'il y aura violation de l'ordre public du tribunal"<sup>420</sup>. Conséquemment, la loi impérative étrangère aura un effet d'éviction sur la sentence arbitrale *seulement si* sa violation trouble l'ordre public du *for*, comme dans le cas où la sentence viole des principes fondamentaux de l'ordre public international"<sup>421</sup>.

D'après M. Mayer"<sup>422</sup>, la "*prise en considération des lois de police étrangères constituerait également le meilleur moyen de coopérer à la lutte contre des agissements tels que la corruption et la contrebande*". Pourtant, lors de l'application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York, la tendance des

---

418

*Ibid*, p. 643.

419

*Ibid*, p. 648.

420

*Société PARIS c. société Razel*, Paris, 1ère ch. civ., 20 juin 1996, *Rev. Ar.* 1996.657, note

D.B.

421

Dans ce sens, voir aussi, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 454 et s. où l'auteur examine la jurisprudence française, américaine et suisse pour montrer que les lois de police étrangères "ont été rejetées lorsque le droit du *for*ne poursuivait pas un intérêt identique à celui poursuivi par la loi étrangère".

422

P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 644.

tribunaux est dans le sens de nier tout effet de la violation de la loi impérative étrangère *per se*<sup>423</sup>.

Ainsi que l'explique la Cour fédérale américaine, dans l'arrêt *Brandeis*<sup>424</sup> :

*"It is one thing to ask an American judge to hold American arbitrators guilty of manifest disregard of American law. It is quite another to ask an American judge to determine whether foreign arbitrators manifestly disregarded the internal, substantive law of a foreign nation by which the parties agreed in their contract to be bound"*.

Comme le confirme un arrêt plus récent, un tel examen signifierait, en pratique, *"to undertake a de novo inquiry into whether the law the arbitrators said they were using was or was not properly applied by them. The plain answer is that the Convention does not, and could not, contemplate such a chaos"*<sup>425</sup>.

Par conséquent, si la prise en considération des lois de police étrangères par l'arbitre fait partie de ses devoirs déontologiques, lorsque la sentence doit être reconnue et exécutée aux États-Unis, le défaut de leur application n'est pas nécessairement sanctionné. Il constituera, au contraire, un motif de refus de la sentence arbitrale d'après l'article V (2)(b) uniquement dans le cas où la violation de ces lois se heurte aux principes d'ordre public du *for* établis par la jurisprudence américaine.

Ces conclusions relativement à la prise en compte des lois de police étrangères par les tribunaux étatiques sont d'ailleurs conformes à la tendance actuelle suivie par les tribunaux américains et français de donner exécution aux sentences annulées dans le pays d'origine<sup>426</sup>.

<sup>423</sup>

*Ibid*, p. 649.

<sup>424</sup>

*Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, précité, note 392, 656 F. Supp. 160 p. 167 ; voir aussi *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Bobker*, 808 F. 2d 930 (2d Cir. 1986) ; *Exportkhleb v. Maistros Corporation*, (1993) XVIII *Yearbook* 550 (C.A. 2d Cir., 16 Oct. 1992, n° 927592). L.A. NIDDAM, "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", *op. cit.*, note 70, p. 51 et s.

<sup>425</sup>

*International Standard Electric Corporation (ISEC) v. Bidas*, 745 F. Supp. 172 ; *Rev. Arb.* 1994.740, note Derains, (S.D.N.Y. 1990), et *Northrop Corp. v. Triad International Marketing*, 811 F.2d 1265 (9th Cir. 1987), comme cités par L.A. NIDDAM, "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", *op. cit.*, note 70, p. 59 et 61. Voir aussi *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v. Tradeway, Inc.*, 1996 WL 107285 (S.D.N.Y. 1996).

<sup>426</sup>

Voir *supra*, p. 51 et s.

Dans la section suivante, nous essayerons d'avoir une idée plus complète de ce qui constitue (ou ne constitue pas), dans la pratique, une violation de l'ordre public susceptible d'entraîner le refus de la sentence. Cette étude nous permettra d'identifier quelques-uns des principes d'ordre public dont le respect est actuellement considéré comme essentiel.

*Section 2 - Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence en application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.*

Notons premièrement que l'utilité de distinguer la reconnaissance de l'exécution de la sentence arbitrale a été mise en doute par la doctrine<sup>427</sup>. Pour sa part, M. Van den Berg<sup>428</sup> considère l'inclusion de la reconnaissance dans la Convention comme *une clause de style*, traditionnellement présente dans les traités concernant les arrêts et les sentence arbitrales étrangères.

Pourtant, même s'il faut admettre avec cet auteur que la possibilité d'avoir une procédure vouée exclusivement à la reconnaissance ne peut être envisagée que dans des cas très particuliers, cette distinction doit être retenue<sup>429</sup>. Comme le notent les auteurs Redfern et Hunter, la reconnaissance vise à conférer la qualité de chose jugée à la décision arbitrale<sup>430</sup>. Lorsqu'on demande l'exécution, on demande à l'État d'exercer ses pouvoirs de coercition. Par conséquent, "l'exécution va plus loin que la reconnaissance"<sup>431</sup>. S'il est vrai que seule l'exécution de sentences susceptibles

<sup>427</sup>

Remarquons aussi que seule l'exécution était mentionnée dans le titre de la Convention de Genève de 1927, et que l'article 1 de la même Convention distingue entre les deux lorsqu'il établit les prémisses nécessaires pour obtenir "cette reconnaissance ou cette exécution". (Nos emphases).

<sup>428</sup>

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention*, *op. cit.*, note 17, p. 244. Voir aussi, sur le sujet, Mauro RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law*, *op. cit.*, note 98, p. 484 ; Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 54, p. 405.

<sup>429</sup>

*Commentaire Analytique*, précité, note 119, p. 164-65 ; Schreter v. Gasmac, précité, note 228. A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage international*, *op. cit.*, note 1, p. 364. Voir aussi, Donna SALEH, *International Commercial Arbitration : The intervention of the Courts*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1997.

<sup>430</sup>

A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage international*, *op. cit.*, note 1, p. 364. Voir aussi O.L.O. De WITT WIJEN, "La sentence et son exécution", dans Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et Association américaine d'arbitrage (AAA), *Colloque mondial sur l'arbitrage des litiges de propriété intellectuelle*, Genève, 3 et 4 mars, 1994, 213-226, p. 215.

<sup>431</sup>

A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage international*, *op. cit.*, note 1, p. 364.

d'être reconnues est possible, il se peut qu'une partie ne soit intéressée à obtenir *que* la reconnaissance. Il se peut aussi qu'une sentence puisse être reconnue sans pour autant pouvoir être exécutée.

On pourrait penser, par exemple, au cas d'une sentence par laquelle l'arbitre a constaté une dette à la charge de la partie faillie. Si rien ne s'oppose à ce que cette sentence soit reconnue par le tribunal de l'État de l'exécution, son exécution n'en découle pourtant pas automatiquement : elle sera en effet limitée par les principes applicables aux procédures collectives (tels que le principe de l'égalité des créanciers et celui de la suspension des poursuites individuelles).

Les motifs qui conduisent à la contrariété à l'ordre public de la *seule exécution* (opposée à la *reconnaissance et à l'exécution*) sont assez particuliers : pour cette raison, nous nous y arrêterons dans le paragraphe 2. Le premier paragraphe sera consacré à l'examen des cas dans lesquels la non-conformité de la sentence à l'ordre public du *for* justifie le refus autant de sa reconnaissance que de son exécution.

Par. 1 - La non-conformité de la sentence à l'ordre public et l'application l'article V (2)(b) de la Convention de New York tel qu'interprété par la jurisprudence.

Le contrôle de la sentence par l'ordre public et la *public policy* se réalise sur deux plans. Il exige, premièrement, que la sentence soit conforme au standard du *for* du point de vue de la procédure ; et ce, aussi bien en ce qui concerne les droits de la défense qu'en ce qui concerne la sentence elle-même (forme, motifs)<sup>432</sup>. Deuxièmement, il exige que la solution donnée par l'arbitre soit conforme à l'ordre public du *for*, quant au fond. Nous examinerons donc les violations possibles en distinguant l'ordre public au fond (A) de l'ordre public procédural (B).

A - Non-conformité de la sentence à l'ordre public au fond.

La non-conformité de la sentence à l'ordre public présente au moins deux cas de figures :

– La sentence est contraire à l'ordre public parce qu'elle scelle un comportement illicite des parties (1).

<sup>432</sup>

Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., note 5, p. 525.

– Le comportement des parties est licite mais l'illicéité est intrinsèque à la décision elle-même (par exemple, parce que l'arbitre a excédé ses pouvoirs) (2).

Cette distinction peut se révéler importante d'un point de vue pratique. En effet, dans la seconde hypothèse, le comportement des parties n'est pas en cause. Les conclusions de l'arbitre ne sont refusées que parce qu'elles sont contraires à l'ordre public. Il peut s'avérer alors que la sentence soit reconnue partiellement et que seuls certains éléments de la décision soient refusés.

### 1 - Comportement illicite des parties.

Un exemple du premier cas de figure est celui où le contrat *a pour but et pour objet* la violation d'une règle d'ordre public international.

Dans le cas où une telle violation est soulevée et prouvée par l'une des parties, l'arbitre (si ce pouvoir lui est reconnu)<sup>433</sup> doit la sanctionner. Son défaut de sanction se traduira par une décision qui, parce qu'elle a pour effet de sceller le comportement illicite des parties, sera elle-même contraire à l'ordre public.

En raison de l'attitude des tribunaux qui tentent de limiter au maximum l'intervention de l'ordre public, les règles et les principes d'ordre public dont l'ignorance entraîne le refus de la sentence ne sont pas nombreux. La jurisprudence n'est donc guère abondante sur ce point. Parmi ces principes, on trouve cependant celui de l'éthique des affaires internationales<sup>434</sup>. Cette affirmation, qui résultait déjà de la jurisprudence arbitrale<sup>435</sup> a été confirmée par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui, dans l'arrêt *SEGT c. Westman*<sup>436</sup> dit ceci :

*"En droit français, la corruption est sanctionnée pénalement et, sur le plan civil, les contrats tendant à la corruption ou au trafic d'influence sont annulés pour immoralité ou illicéité de la cause ou de l'objet si le but immoral ou illicite est connu des parties et donnent lieu à l'application de*

<sup>433</sup> Voir *infra*, p. 379 et 462 pour l'examen des pouvoirs des arbitres face à une violation de l'ordre public dans le contrat principal soulevée par les parties. Et *infra*, p. 387 et 476 pour l'examen de l'hypothèse dans laquelle la violation de l'ordre public n'est pas soulevée par les parties.

<sup>434</sup> Voir, sur le sujet, V. HEUZÉ, "La morale, l'arbitre et le juge", (1993) *Rev. Arb.* 179-198.

<sup>435</sup> Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3916 de 1982, *Clunet* 1984.930, obs. Jarvin.

<sup>436</sup> *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, Paris, 1ère ch. civ., 30 septembre 1993, *Rev. Arb.* 1994.359, note Bureau ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.349, note Heuzé ; Cass. Civ. 1ère ch. civ., 19 déc 1995, *Rev. Arb.* 1996.49, note Bureau ; *R.T.D. com.* 1996.IV.667, obs. Dubarry et Loquin.

*l'adage "nemo auditur suam turpitudinem allegans" ; en conséquence, de tels contrats sont contraires à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales, telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale"*<sup>437</sup>.

Pourtant la condamnation de la corruption, qui résulte très clairement de cet arrêt, risque souvent de rester lettre morte : la difficulté majeure de cette matière est en effet due à la grande difficulté de preuve qui la caractérise. Effectivement, ni l'arbitre, ni la Cour d'appel, ne sont parvenus, dans cette instance, à constater l'illicéité de la cause ou de l'objet du contrat.

Un second cas de figure est possible. Celui où la décision arbitrale scelle un comportement illicite alors même que le but final des parties n'était pas contraire à l'ordre public. C'est le cas, par exemple, de l'affaire française *Courrèges*<sup>438</sup>, où les obligations des parties étaient régies par *un ensemble* de contrats. L'arbitre doit alors tenir compte du schéma contractuel entier parce que la sentence qui ordonne la résolution ou l'exécution d'une seule transaction risque de produire un résultat inacceptable.

La sentence arbitrale en question portait sur un différend surgissant d'un contrat par lequel le contrôle majoritaire de la société française André Courrèges avait été cédé à la société japonaise Itokin.

En raison de la nécessité d'obtenir l'autorisation du Ministre français de l'économie et des finances pour investir à l'étranger, les sociétés contractantes étaient contraintes de conclure plusieurs conventions, dont le but était de maintenir le contrôle national sur une marque aussi prestigieuse que celle de André Courrèges.

Par ces conventions, la société japonaise, qui se trouvait désormais propriétaire de 75% du capital social de la société André Courrèges, céda la propriété des marques "André Courrèges" à la société Courrèges Design, contrôlée par Monsieur et Madame Courrèges. Cette dernière société céda, pour sa part, à la société André

<sup>437</sup>

*Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.349, *précité*, note 436, p. 349. Notons comment, par cette décision, la Cour d'appel de Paris semble insister sur la différence entre l'ordre public international français et l'ordre public vraiment international, partagé "*par la plus grande partie des États de la communauté internationale*". En effet, comme le souligne Dominique BUREAU (note sous l'arrêt *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, *Rev. Arb.* 1994.371-379, p. 374), la portée de l'ordre public réellement international est limitée par la constatation que sa reconnaissance n'est pas universelle.

<sup>438</sup>

*Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, Paris, 5 avril 1990, *précité*, note 82.

Courrèges, la licence exclusive d'exploitation des mêmes marques, pour une durée de 75 ans. En raison de graves différends, les parties durent conclure un compromis. Les demandes des parties étaient les suivantes :

- La société Courrèges Design demanda la résiliation de la convention de licence de marques aux torts exclusifs de la société André Courrèges et l'indemnisation du préjudice.

- La société André Courrèges s'opposa "*à la résiliation du contrat de licence avec dommages-intérêts et, à titre subsidiaire, à la résiliation du contrat de cession de marques*"<sup>439</sup>.

Le tribunal arbitral prononça la résolution de la convention de licence d'exploitation des marques aux torts de la société André Courrèges, ainsi que la résiliation du contrat de vente des marques par la société André Courrèges à la société Courrèges Design.

D'après cette sentence, les parties s'étaient remises dans la situation créée par le contrat initial, donnant ainsi à la compagnie japonaise le contrôle de la compagnie française ; et ce, en violation des règles que la Cour considérait d'ordre public international<sup>440</sup>, d'où le refus d'accueillir cette sentence dans l'ordre juridique français.

L'affaire Courrèges présente deux intérêts majeurs. Le premier résulte du fait que la sentence, bien que considérée comme étant en violation de l'ordre public international par la Cour d'appel de Paris, avait été rendue selon la loi française, que les arbitres avaient considérée applicable aussi bien à la procédure qu'au fond. Mais les arbitres n'ont pas tenu compte de l'ensemble des contrats existants entre les parties et, ce faisant, ont fini par méconnaître le but de la loi qu'eux-mêmes avaient estimé applicable au fond. Or, *en espèce*, comme le note la Cour, cette méconnaissance a abouti à *consacrer une solution* contraire à l'ordre public. C'est donc *la conclusion concrète* atteinte par la décision de l'arbitre (la remise de la propriété des marques françaises à une compagnie sous contrôle étranger), qui est

---

439

*Ibid*, p. 111.

440

*Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, Paris, 5 avril 1990, *précité*, note 82 : "[L]es règles relatives au contrôle des pouvoirs publics sur les investissements étrangers expriment par des dispositions impératives, la conception d'un ordre public économique international, en ce qu'elles tendent à assurer, dans l'intérêt de la collectivité, l'équilibre des relations économiques et financières avec l'étranger par la maîtrise des mouvements de capitaux à travers les frontières ; en conséquence, l'exécution en France d'une sentence arbitrale consacrant une violation de ces dispositions est contraire à l'ordre public international".

prise en considération par la Cour, et non pas simplement, la non application des règles impératives applicables<sup>441</sup>.

Mais, comme le souligne Mme Kessedjian, on pourrait se demander pourquoi, lors de la détermination des effets concrets de la décision arbitrale sur l'ordre juridique français, la Cour n'a pas tenu compte des *événements postérieurs* à la sentence. En effet, en l'espèce il "semblerait [...] - d'après l'auteure -, qu'entre le début du litige et la décision de la Cour d'appel, les Japonais aient cédé tout ou partie de leur participation à une holding française ; ce qui aurait eu pour effet de modifier la nationalité du contrôle de la société"<sup>442</sup>.

D'après Mme Kessedjian, la Cour aurait dû tenir compte des faits postérieurs au prononcé de la décision, en raison du principe de l'effet utile, "*selon lequel chaque fois que l'on peut «sauver» une décision étrangère lors de son insertion dans un ordre juridique différent, on doit le faire*"<sup>443</sup>.

En effet, puisque c'est *le résultat final* qui doit être considéré, il est logique de ne pas limiter l'examen à la seule *décision de l'arbitre*<sup>444</sup>. Puisque ce sont les effets de l'*exécution* de la décision qui doivent être considérés, pourquoi ferait-on abstraction de circonstances survenues ultérieurement, si ces circonstances permettent de "*concilier les objectifs poursuivis par l'administration et la mise en œuvre normale des procédures judiciaires ou arbitrales*"<sup>445</sup> ?

Le second élément intéressant découle du fait que l'arrêt touche à la question des effets du droit public sur les contrats internationaux. En l'espèce, l'autorisation du

---

<sup>441</sup> Catherine KESSEDJIAN, note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *op. cit.*, note 82, p. 588.

<sup>442</sup> *Ibid*, p. 591.

<sup>443</sup> *Ibid*, p. 592. Dans le même sens : H. SYNDET, note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *op. cit.*, note 82, p. 124, et J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 530.

<sup>444</sup> Ceci était, au contraire le cas, dans l'affaire *Epoux Vogeeler c. Guide de l'automobiliste européen*, Cass. civ., 1ère ch., 2 juin 1987, *Rev. Arb.* 1988.283, note Mayer. Mais cet affaire rentrait dans le domaine d'application de la Convention franco-belge de 1899 qui exige que la décision elle-même soit conforme à l'ordre public du pays de l'exécution. Voir C. KESSEDJIAN, note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *op. cit.*, note 82, p. 592 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 529.

<sup>445</sup> H. SYNDET, note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *op. cit.*, note 82, p.124. Comme le souligne M. MAYER, ("La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 627), "l'annulation de la sentence n'est pas conçue comme une sanction d'une décision mal rendue. Elle est destinée à protéger l'ordre public, *tel qu'il est conçu au moment où l'exécution va s'effectuer*". (Nos emphases).

Ministre de l'économie et des finances (nécessaire lors d'un investissement étranger en France) avait été obtenue à condition que la propriété des marques André Courrèges ne passe pas sous contrôle étranger. Comme le note M. Synvet, si "*l'octroi d'autorisation sous condition est pratique courante*", "*prétexter d'une telle condition pour interdire la résolution d'un contrat paraît beaucoup moins satisfaisant*"<sup>446</sup>.

L'auteur se demande ainsi si la solution de la Cour n'était pas en contradiction avec l'évolution jurisprudentielle qui a eu lieu dans ce domaine. D'après lui, par cet arrêt, la Cour aurait "*perdu de vue l'évolution de la jurisprudence sur la question des sanctions civiles de la violation de la réglementation des relations financières avec l'étranger*"<sup>447</sup>.

L'auteur souligne que des arrêts récents de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation ont nié la nullité des conventions sur la seule base du défaut d'autorisation administrative. Il souligne également le danger d'attribuer des effets, sur le terrain du droit civil, à la méconnaissance d'une modalité de l'autorisation<sup>448</sup>.

La question qui se pose au tribunal est alors celle d'établir, dans chaque cas, dans quelle mesure la violation d'une telle règle doit se traduire par la nullité d'un contrat de droit civil. Elle a aussi été examinée par la doctrine québécoise<sup>449</sup> et nous y reviendrons lorsque nous étudierons les effets de l'ordre public sur l'arbitrage, en droit canadien.

Finalement, un autre problème majeur se pose lorsque les parties ont adopté un comportement illicite : celui de *l'étendue du contrôle* sur la sentence arbitrale. Ce problème a été examiné par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Westman*<sup>450</sup>. La Cour s'est exprimée ainsi :

---

<sup>446</sup> H. SYNDET, note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *op. cit.*, note 82, p. 122-123.

<sup>447</sup> *Idem.*

<sup>448</sup> *Idem.* Voir aussi Pierre-Gabriel JOBIN, "Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public?", (1985) 45 *R. du B.* 656-704. L'auteur note, à la page 675, que la jurisprudence française a clairement établi le principe selon lequel il "n'y a pas matière à nullité du contrat quand la disposition pénale qui est enfreinte ne prévoit pas clairement que des contrats passés à son encontre seront nuls".

<sup>449</sup> P.-G. JOBIN, "Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public?", *op. cit.*, note 448.

<sup>450</sup> *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, Paris, 30 septembre 1993, *précité*, note 436.

*"Le pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre, d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité, implique dans le cadre du recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international (art. 1502-4 N.C.P.C.), un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat"<sup>451</sup>.*

Comme le souligne M. Heuzé, par cette décision la Cour a refusé d'exercer son contrôle sur la base d'une interprétation littérale, *"excessivement restrictive"*<sup>452</sup> de ce qui constituerait une sentence contraire à l'ordre public international suivant l'article 1502-5 du Nouveau Code de procédure civile français (cet article prévoit le refus de la sentence dont "la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international").

La Cour de Paris indique clairement dans sa décision, que l'examen de la seule sentence en tant qu'*instrumentum* faisant abstraction du rapport litigieux<sup>453</sup>, ne suffit pas à déterminer si l'ordre public a été effectivement violé.

Cela signifie que, lorsqu'il s'agit de déterminer, comme en l'espèce, si les "commissions" payées (ou à payer) constituent vraiment la rémunération pour le travail accompli (ou à accomplir), ou si elles ne sont que des pots-de-vin, l'*examen à nouveau des faits* est indispensable pour déterminer si le *contrat*, et donc la *sentence arbitrale qui en ordonne l'exécution*, sont ou non conformes à l'ordre public. Ce seraient donc les pouvoirs majeurs de l'arbitre en matière d'ordre public

<sup>451</sup>

*Société European Gas Turbines SA c. société Westman International, Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.349, précité, note 436, p. 349. Comme l'a noté Dominique BUREAU dans sa note sous le même arrêt (Paris, 30 septembre 1993, *op. cit.*, note 437, p. 373), cette décision se range à la solution offerte par la Cour de Cassation dans l'affaire des *Pyramides* (Cass. civ. 1ère, 6 janvier 1987, *Rev. Arb.* 1987.469, note Leboulanger ; J.D.I. 1987.638, note Goldman). Dans ce dernier arrêt pourtant la question concernait la compétence de l'arbitre et non la conformité de sa décision à l'ordre public. Voir P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 629, et J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 552. Voir aussi Laurence IDOT (note sous *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche, Rev. Arb.* 1991.448-452, p. 449), qui souligne que dans l'affaire des *Pyramides* la solution se justifie précisément parce que "la Cour d'appel n'est pas liée par la décision de l'arbitre sur sa propre compétence".

<sup>452</sup>

Vincent HEUZÉ, note sous l'arrêt *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International, Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.360-367, p. 362.

<sup>453</sup>

*Idem.*

international (notamment, sa compétence pour constater la violation de l'ordre public et la sanctionner<sup>454</sup>) qui justifieraient que le tribunal étatique ne soit pas lié par la qualification donnée par l'arbitre aux faits de l'espèce<sup>455</sup>.

Notons, par ailleurs, que la jurisprudence ultérieure (autant en matière d'arbitrage interne<sup>456</sup> que d'arbitrage international<sup>457</sup>) limite la portée de l'arrêt *Westman* car elle exclut clairement que le tribunal de l'annulation puisse remettre en discussion la "qualification que les arbitres ont souverainement donnée des conventions liant les parties"<sup>458</sup>, ou contrôler les conditions de la mise en œuvre par les arbitres de la règle de droit applicable"<sup>459</sup>.

Ainsi, en matière de droit interne, par exemple, une décision rendue par la Cour de Paris en 1995<sup>460</sup>, reprend presque textuellement un arrêt rendu en 1989 (confirmé par la Cour de Cassation)<sup>461</sup> dans lequel la Cour de Paris s'était exprimée ainsi :

*"Lorsque le moyen tiré d'une violation de l'ordre public ne vise pas à remettre en cause le pouvoir juridictionnel des arbitres, le contrôle de la Cour, sur le fondement de l'article 1484-6 N.C.P.C., exclusif de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public"*<sup>462</sup>.

<sup>454</sup> Voir *infra*, p. 379 et s.

<sup>455</sup> V. HEUZÉ, note sous l'arrêt *Société European Gas Turbines S.A. c. société Westman International*, *op. cit.*, note 452, p. 362 ; D. BUREAU, note sous le même arrêt, *op. cit.*, note 437, p. 375 ; P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 629.

<sup>456</sup> Voir, entre autre : *SNC Danton Défense c. SA Cotelle, Bella et Delpha*, Paris, 1ère ch. civ., 20 mai 1994, *Rev. Arb.* 1994.397 ; *Société Editic et autres c. A. Moreau*, Paris, 1ère ch. civ., 2 février 1995 ; *société Ardi et autres c. société Scapnor et autre*, Paris 1ère ch. civ., 12 janvier 1995, *Rev. Arb.* 1996.72.

<sup>457</sup> *Fabre et autre c. Espitalier et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 30 mars 1995, *Rev. Arb.* 1996.130 ;

<sup>458</sup> Ainsi dans *Société Editic et autres c. A. Moreau précité*, note 456.

<sup>459</sup> *Salama El Radi Khalil Ali Darwish c. sté Huurre Oy*, Paris, 1ère ch. civ., 16 février 1995, *Rev. Arb.* 1996.129, note Pellerin.

<sup>460</sup> *Société Ardi et autres c. sté Scapnor et autre*, précité, note 456.

<sup>461</sup> *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, Paris, 7 juillet 1989, *Rev. Arb.* 1990.115, note Idot ; Cass. civ., 2ème ch., 20 février 1991, *Rev. Arb.* 1991.447, note Idot.

<sup>462</sup> *Idem.*

Acceptable lorsque la compétence de l'arbitre est mise en question, la révision au fond est exclue lorsque la décision a été rendue par un arbitre compétent. L'étendue du contrôle dépend alors, comme le souligne Mme Idot, de "*la distinction entre l'ordre public dans la convention d'arbitrage* [article 1484-1 N.C.P.C.] *et l'ordre public dans la sentence arbitrale* [article 1484-6 N.C.P.C.]"<sup>463</sup>.

En matière *d'arbitrage international*, les pouvoirs du tribunal étatique lors du contrôle sur la sentence (rendue par un arbitre dont la compétence n'a pas fait objet de discussions) sont également limités, comme le montre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Fabre et autre c. Espitalier et autres*<sup>464</sup>, qui reprend presque textuellement la formulation des décisions rendues en matière d'arbitrage interne.

Or, comme le relève M. Pellerin<sup>465</sup>, admettre que l'arbitre puisse apprécier souverainement les faits qui déclenchent l'application de la règle et qu'il puisse procéder ensuite à leur qualification signifie reconnaître qu'il est "*indirectement, maître d'application de la règle*". Le contrôle de conformité de la décision arbitrale à l'ordre public est fait alors uniquement en fonction des éléments que l'arbitre lui-même a retenu.

Cette tendance à limiter le contrôle étatique caractérise aussi la jurisprudence américaine. Si la possibilité d'un contrôle au fond n'est pas exclue *a priori*<sup>466</sup>, le principe est clair : ce contrôle doit être minimal<sup>467</sup>.

---

<sup>463</sup>

L. IDOT, note sous *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, *op. cit.*, note 451, p. 449, où l'auteure souligne que cette distinction, "[m]aintes fois développée [...] est incontestablement consacrée par le droit positif".

<sup>464</sup>

*Fabre et autre c. Espitalier et autres*, précité, note 457. "Le contrôle de la Cour, exclusif de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public". En l'espèce, l'arbitre avait annulé l'une des clauses du contrat au fond qu'il avait décidé être en violation du droit communautaire de la concurrence. Comme l'établit la Cour d'appel, il rentrait dans ses pouvoirs, "d'apprécier [...] si cette clause constituait ou non un élément déterminant sans lequel les parties auraient renoncé à concrétiser leur accord et si sa nullité entraînait ou non celle de l'ensemble des accords".

<sup>465</sup>

Jacques Pellerin, note sous *Société Editic et autres c. A. Moreau*, *Rev. Arb.* 1996.129-131, p. 131.

<sup>466</sup>

Voir L.A. NIDDAM, "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", *op. cit.*, note 70, p. 55.

Cette solution peut être critiquée du point de vue du résultat, surtout en considération du fait que (comme nous le verrons lorsque nous examinerons la notion d'arbitrabilité) c'était précisément l'idée selon laquelle la décision arbitrale est sujette au contrôle de l'État lors de l'exécution de la sentence, qui a justifié la reconnaissance des pouvoirs de l'arbitre dans l'application des règles impératives.

En effet, comme le souligne M. Heuzé, lorsqu'on exclut le pouvoir du tribunal étatique de revoir les faits et de remettre en discussion la qualification qui leur est donnée par l'arbitre, la sentence arbitrale sera contraire à l'ordre public uniquement lorsque "*ses mentions ou les obligations qu'elle mettrait à la charge de la partie condamnée, heurteraient les principes fondamentaux de l'ordre juridique français*"<sup>468</sup>.

M. Pellerin critique aussi les limites posées au pouvoir du tribunal sur la qualification, et se demande si, "*sans possibilité de vérifier, au-delà des affirmations des arbitres, les faits et les catégories juridiques sur lesquelles s'appuie la décision*", il est vraiment possible de déterminer si la solution donnée heurte l'ordre public.

Cet auteur pense que "*[l]e contrôle de la qualification devrait faire partie du contrôle de la violation de l'ordre public, tout comme l'opération de qualification fait partie de l'application de la règle*"<sup>469</sup>.

Cette opinion est partagée par M. Racine, d'après lequel, "*pour que le contrôle soit effectif, le juge étatique doit se substituer en entier à l'arbitre dans l'appréciation tant du droit que du fait*"<sup>470</sup>.

Et d'ailleurs, comme le souligne M. Mayer, "*le gardien véritable de l'ordre public est le juge ; il remplit cette tâche en appliquant lui-même les règles qui l'expriment et plus spécialement en exerçant son contrôle sur les actes privés : contrats ou sentences*"<sup>471</sup>.

467

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105 S.Ct. 3346, précité, note 396 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 544. Voir *supra*, p. 169 et s.

468

V. HEUZÉ, note sous l'arrêt *Société European Gas Turbines S.A. c. société Westman International*, op. cit., note 452, p. 362.

469

J. Pellerin, note sous *Société Editic et autres c. A. Moreau*, op. cit., note 465, p. 131.

470

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p.

551.

471

P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", op. cit., note 410, p. 630. Voir aussi L. IDOT, note sous *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, op. cit., note 451, p. 451 ; William W. PARK, "Private Adjudicators And The Public Interest : The Expanding Scope of

Ces critiques doivent être partagées. Bien que la doctrine soit loin d'être unanime<sup>472</sup> et malgré qu'il soit important de ne pas sous-estimer les dangers associés à "la résurgence d'une évaluation judiciaire des sentences au fond"<sup>473</sup>, la question de savoir si le contrôle final sur la sentence est suffisant pour garantir le respect de l'ordre public ne peut être examinée qu'à la lumière des pouvoirs reconnus à l'arbitre dans ce domaine.

Comme nous le verrons, les développements les plus importants dans ce contexte sont relativement récents. On ne peut donc vraiment pas exclure que les tribunaux ne reviendront pas sur leurs pas pour suivre la jurisprudence *Westman*<sup>474</sup>.

En attendant d'ultérieurs développements jurisprudentiels, la question reste donc ouverte.

## 2 - Illicéité intrinsèque de la sentence.

La seconde hypothèse que nous examinerons en matière de conformité de la sentence à l'ordre public au fond est celle où la violation qui apparaît dans la décision arbitrale ne découle pas d'une illicéité portant sur le fond du contrat ou sur son exécution par les parties mais découle d'une violation imputable à l'arbitre lui-même.

Donnons l'exemple de la sentence par laquelle l'arbitre a excédé ses pouvoirs.

---

International Arbitration", (1986) 12 *Brooklyn Journal of International Law*, 629-673, p. 642. et Thomas E. CARBONNEAU, "L'arbitrage en droit américain", (1988) *Rev. Arb.* 3-50, p. 49.

<sup>472</sup> Voir L. IDOT, note sous *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, *op. cit.*, note 451, p. 452, où l'auteur souligne l'hostilité manifestée dans les milieux de l'arbitrage à l'idée de tout contrôle au fond de la sentence.

<sup>473</sup> Alain PRUJNER, "Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales", dans Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, *Competition and arbitration law*, 283, comme cité par J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op.cit.*, note 88, p. 554. Voir aussi, A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 361.

<sup>474</sup> Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability", dans Pieter SANDERS ed., *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, International Council for Commercial Arbitration (I.C.C.A.), Congress Series n° 3, Kluwer, Deventer, 1987, 178-204, p. 183, où l'auteur note que, lorsqu'une question concerne l'ordre public, le législateur peut parfois choisir entre l'interdiction de l'arbitrage ou le contrôle final par le tribunal étatique sur la décision de l'arbitre. Ces deux méthodes ne sont pas nécessairement alternatives (il existent en effet certaines questions qui ne peuvent pas, suivant leur nature être remises à l'arbitre), mais elles sont néanmoins liées. Ainsi l'auteur n'exclut pas qu'une approche plus libérale dans la détermination des litiges arbitrables se traduit par une approche moins libérale lors du contrôle sur la sentence.

Les pouvoirs de l'arbitre peuvent être limités par une loi ou par l'intervention d'une autorité judiciaire étatique. Ils peuvent également être restreints par la volonté des parties. Soulignons immédiatement que seules les limites découlant d'une loi ou de l'intervention d'une autorité judiciaire nous intéressent, parce qu'elles seules peuvent conduire au refus de la sentence pour contrariété à l'ordre public aux sens de l'article V (2)(b). Les pouvoirs de l'arbitre limités par la volonté des parties sortent du notre sujet pour rentrer dans l'hypothèse prévue par l'article V (1)(c)<sup>475</sup>.

On peut prendre pour exemple du premier cas de figure où les limites aux pouvoirs de l'arbitre découlent d'une loi, la détermination du montant de dommages-intérêts<sup>476</sup>. Bien que le pouvoir de l'arbitre en matière de dommages moratoires soit généralement reconnu<sup>477</sup>, une sentence qui condamne une partie au paiement d'intérêts moratoires à un taux usuraire incompatible avec l'ordre public international sera évidemment refusée<sup>478</sup>. Cependant, en ce qui a trait aux autres réparations pécuniaires, notamment les dommages punitifs, la question qui se pose touche au pouvoir même de l'arbitre.

---

<sup>475</sup>

Cet article prévoit le refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence lorsqu'elle "porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées". (*Nos italiques*).

Voir aussi les articles 34 (1) (iii) et 36 (1) (iii) de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. et l'article 946.4.(4) du Code de procédure civile du Québec.

À propos de l'excès de pouvoirs de la part de l'arbitre résultant de la violation des limites posées par les parties voir *Jamaica Commodity Trading Co. Ltd. v. Connel Rice & Sugar Co. Inc. and L. & L. Marine Service, Inc.*, précité, note 128 ; *Ethyl Corp. v. United Steelworkers*, 768 F. 2d 180, 187 (7th Cir. 1985) ; *United Paperwork Int'l Union v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29 (1987).

<sup>476</sup>

Yves DERAÏNS, "Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, éd. Litec, 1991, 100-121 ; Louis MARQUIS, "L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 C.p.c.", *op. cit.*, note 173.

<sup>477</sup>

*Brandeis Intsel Ltd. v. Calabrian Chemicals Corp.*, précité, note 392 ; *International Standard Elec. Corp. (ISEC) v. Bidas*, précité, note 425. Mais voir *Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, S. A. v. Southwire Co.*, 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980) et R. B. von MEHREN, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards in The United States", *op. cit.*, note 128. Voir aussi A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 326, où les auteurs soulignent, par exemple, qu'une sentence de condamnation au paiement d'intérêts moratoires ne serait pas reconnue dans les pays musulmans comme l'Arabie, parce qu'elle serait en violation de la loi sur l'usure.

<sup>478</sup>

Y. DERAÏNS, "Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", *op. cit.*, note 476, p. 103. Mais il faut noter que la détermination de ce qui constitue un taux usuraire lors d'un prêt international n'est pas nécessairement faite suivant les règles du *for* régissant les prêts de droit interne : *Société Iro-Holding c. sté Sétilex*, Paris, 1ère ch. supp., 9 juin 1983, *Rev. Arb.* 1983.497, note Vasseur.

Comme le souligne M. Derains, malgré que la jurisprudence arbitrale reconnaisse le pouvoir d'infliger des dommages punitifs, "ce pouvoir ne va pas de soi"<sup>479</sup> et "la conformité à l'ordre public international d'une décision qui condamnerait à des dommages disproportionnés par rapport au préjudice subi risque d'être discutée au moment de l'exécution de la sentence"<sup>480</sup>. Selon les circonstances, l'excès de pouvoir de l'arbitre pourra conduire au refus de la sentence dans sa totalité ou simplement au refus de la partie de la sentence contraire à l'ordre public.

Autrement que par la volonté des parties ou par les actes législatifs, les pouvoirs de l'arbitre peuvent également être limités par l'acte d'une autorité judiciaire. Une décision américaine nous en donne un exemple. Par un arrêt rendu en 1983, le *Southern District* de New York a annulé une sentence arbitrale qui, en contravention d'un ordre émanant d'une Cour hollandaise, ordonna au défendeur d'effectuer le paiement d'une dette non-contestée en faveur du demandeur<sup>481</sup>. La Cour de New York rendit sa décision sur la base de la Section 10 (d) du *Federal Arbitration Act*<sup>482</sup>, prévoyant précisément la possibilité d'annulation lorsque les arbitres ont excédé leurs pouvoirs.

Dans cette espèce, le demandeur, Sea Dragon Inc., propriétaire du navire *Dimos Halcoussis*, avait conclu un contrat d'affrètement avec le défendeur pour le transport de sucre. Le paiement devait être effectué en deux versements. Avant le paiement du premier versement, une troisième partie, Uni-Ocean Line Singapore Pte. Ltd., obtenait d'une Cour hollandaise, un ordre de séquestration portant sur une somme d'argent contre Sea Dragon. Le défendeur détenait la somme objet de l'ordre de

<sup>479</sup>

Y. DERAIS, "Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", *op. cit.*, note 476, p. 118.

<sup>480</sup>

*Ibid.*, p. 121. Aux États-Unis, le pouvoir des arbitres en matière de dommages punitifs avait été nié par l'arrêt *Garrity v. Lyle Stuart Inc.*, (précité, note 479) même en présence d'un accord des parties en ce sens. Le monopole étatique dans ce domaine se justifiait, suivant cette doctrine, par le caractère sommaire du contrôle exercé par les tribunaux sur la sentence arbitrale. Ce contrôle, suffisant par rapport à la détermination des dommages réels, (quantifiables par l'application de standards objectifs) n'aurait, au contraire, pas été adéquat pour les dommages punitifs, dont la mesure dépend de l'application de critères subjectifs. Cette décision, critiquée par la doctrine (Thomas J. STIPANOWICH, "Punitive Damages in Arbitration- *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.* Reconsidered", (1986) 56 *Boston University Law Review*, 953-1012), n'a pas été suivie par la jurisprudence plus récente : *Belko v. AVX Corp.*, 204 Cal. App. 3d 894, 251 Cal. Rptr 557 (1988) ; *Raytheon Company v. Automated Business Systems Inc.*, précité, note 479. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton Inc et al.*, 115 S. Ct. 1212 (1995), (1995) 131 L. Ed. (2d).

<sup>481</sup>

*Sea Dragon, Inc. v. Gebr Van Weelde Scheepvaartkantoor B.V.*, (1985) *Yearbook* 94 (S.D.N.Y. 1983).

<sup>482</sup>

U.S.C. § 10(d).

séquestration et le demandeur entama une procédure d'arbitrage, à New York, dans laquelle il demanda une sentence intérimaire pour le paiement de la somme retenue et alléguait le dol et la collusion de la part du défendeur et de Uni-Ocean.

La sentence arbitrale qui accueillit la demande<sup>483</sup> fut annulée par la Cour de New York parce que "[b]y directing present payment to petitioner, the arbitration panel, in effect, directed respondent to violate the Dutch decree.[...]" dont le respect s'imposait en vertu de la doctrine de la *comity*. Elle était donc contraire à la *public policy*<sup>484</sup>.

Les actes d'ouverture d'une procédure collective constituent un autre type d'actes émanant d'une autorité judiciaire susceptibles de limiter les pouvoirs de l'arbitre et donc, d'interférer avec la reconnaissance de la sentence arbitrale.

Comme nous le verrons plus en détails lors de l'examen de la notion d'arbitrabilité, le but des procédures collectives est de protéger les créanciers lorsque le débiteur vient à se trouver dans un état d'insolvabilité. La loi désigne un tribunal qui prendra contrôle sur tous ses biens afin de les partager entre les créanciers en respectant la force de leurs titres respectifs et en les plaçant ainsi sur un plan d'égalité.

Lorsqu'une partie à une convention d'arbitrage est ou devient insolvable, l'arbitre est contraint de reconnaître les limites qui découlent de l'ouverture de la procédure collective et de respecter les règles posées pour la protection des créanciers. Ces règles peuvent avoir un effet sur la compétence de l'arbitre : dans cette hypothèse, s'il ne veut pas que sa sentence soit annulée ou refusée, il devra se dessaisir.

---

483

Sentence arbitrale partielle n° 1784 rendue le 4 février 1983 par la Society of Maritime Arbitration, Inc., New York dans l'affaire *Sea Dragon, Inc. v. Gebr Van Weelde Scheepvaartkantoor B. V.*, précité, note 481. Voir (à la p. 94), l'opinion de l'arbitre Jack Berg, dissident : "Any direction of this Panel ordering Charterers to pay the sum which is acknowledged as due and owing but which is nevertheless the subject of the Sequestration Order would in effect expose the Charterers to the dilemma of conflicting orders - whether to pay as the Panel orders or to retain the funds as the Rotterdam Court has decreed. I am reluctant to expose a party to the net results of such a choice".

484

*Sea Dragon, Inc. v. Gebr Van Weelde Scheepvaartkantoor B. V.*, précité, note 481 : "I find that the case at bar violates public policy and warrants deviation from the general rule of confirmation of arbitration awards. [...]. More importantly, the doctrine of comity [...] militates against disregard of the Dutch order. Comity is to be accorded a decision of a foreign court so long as the court is a court of competent jurisdiction and as long as the laws and public policy of the forum state and the rights of its residents are not violated. [...] [Owner] did not challenge the Dutch court's jurisdiction nor demonstrated that the Dutch decree violates American law or policy. Absent any evidence to the contrary, it is the firm and established policy of American courts to respect a valid foreign decree".

Mais, parfois, l'arbitre demeure compétent *malgré* l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, par exemple (comme nous aurons l'occasion de le voir), il est généralement reconnu que l'arbitre puisse rendre une décision quant à l'existence ou au montant d'une créance. Il ne pourra pas, par contre, qualifier les créances ou ordonner la condamnation au paiement, parce que ces types de jugements sont impérativement réservés au tribunal étatique compétent pour la procédure collective<sup>485</sup>.

Lorsqu'il constate l'existence d'une créance contre le débiteur soumis à une procédure collective, la seule sentence arbitrale possible sera donc celle constatant le montant. Ce principe a été interprété et appliqué par la jurisprudence française de façon très stricte. En effet, la Cour de Cassation française a décidé, dans l'arrêt *Thinet*, en 1988<sup>486</sup>, que *toute sentence de condamnation au paiement sera refusée*<sup>487</sup>.

Notons que cette solution a été considérée par la doctrine comme étant "*exagérément formaliste*". Selon M. Ancel, la Cour aurait pu considérer la condamnation au paiement faite par les arbitres comme "*une maladresse de langage*"<sup>488</sup>. L'annulation de toute la sentence est effectivement une sanction extrême. En effet, la Cour aurait pu au moins reconnaître la partie de la décision arbitrale relative à l'existence et au montant des sommes dues<sup>489</sup>.

Malgré ces critiques, le principe a été confirmé par la jurisprudence plus récente, sur la base de la qualification d'ordre public international des principes de l'égalité

---

485

*Infra*, p. 338 et s.

486

*Société Thinet c. Labrely ès-qualités*, Cass. civ., 1ère ch., 8 mars 1988, *Rev. Arb.* 1989.473, note Ancel ; D.S. 1989.577, note Robert : "La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation, lorsque son exécution est contraire à l'ordre public international, ce qui vise notamment l'hypothèse où les arbitres ont violé une règle d'ordre public international, comme, en l'espèce, le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite".

487

Philippe FOUCHARD, "Arbitrage et faillite", (1998) *Rev. Arb.* 471-494, p. 490, où l'auteur note que, parce qu'aucun paiement ne peut avoir lieu hors du contexte de la procédure de faillite, les arbitres font aussi attention à ne pas ordonner la compensation ( Sentence C.C.I. rendue en 1993 dans l'affaire 7250, *Clunet* 1993.1031), ni à condamner la partie faillie au paiement des frais d'arbitrage (Sentence C.C.I. rendue en 1993 dans l'affaire 7563, *Clunet* 1993.1054, obs. Derains).

488

Pascal ANCEL, note sous l'arrêt *Thinet, c. Labrely ès-qualités*, *Rev. Arb.* 1989.475-480, p. 476.

489

Dans le même sens, Jean-Hubert MOITRY, note sous l'arrêt *Sté Saret c. SBBM*, (Cass. com., 4 février 1992, *Rev. Arb.* 1992.663), *Rev. Arb.* 1992.663-665, qui se demande, à la p. 665 : "[l]a protection de la suspension des poursuites individuelles, pour légitime qu'elle soit, justifie-t-elle cet excès de procédure ?"

des créanciers<sup>490</sup> et du respect des limites posées par la compétence exclusive du juge-commissaire<sup>491</sup>.

Il faut ajouter que, lorsque les circonstances lui permettent de retenir sa compétence, l'arbitre est aussi tenu de veiller au respect d'autres règles qui agissent au niveau de la *procédure* d'arbitrage. Ces règles visent à porter la procédure d'arbitrage à la connaissance des autres créanciers et à leur permettre d'y participer pour protéger leurs intérêts. La violation de ces normes "à la fois d'ordre public interne et international", conduit inévitablement au refus de la sentence<sup>492</sup>. Nous y reviendrons lorsque nous examinerons le respect du principe du contradictoire.

### B - Violations d'ordre procédural.

La décision de l'arbitre violera l'ordre public procédural du *for* chaque fois que, soit à cause du comportement des parties et/ou de l'arbitre, soit en raison d'une application incorrecte des règles d'ordre public, les garanties procédurales fondamentales ne seront pas respectées.

<sup>490</sup>

*Sté Saret c. SBBM*, Cass. com., 4 fev. 1992, *précité*, note 489 : "Le principe de l'égalité des créanciers dans la masse qui résulte des articles 41 al. 2 et 74 al 1 de la loi du 13 juillet 1967, est à la fois d'ordre public interne et international.

Doit être cassé l'arrêt qui rejette le recours en annulation formé contre une sentence qui a condamné une partie au paiement d'une somme, alors que la créance trouvait son origine dans l'inexécution de contrats antérieurs au règlement judiciaire et devait, comme telle, si elle n'était pas éteinte, être soumise à la loi du concordat".

<sup>491</sup>

*M. Sohm ès-qual. c. société Simex*, Paris, 1ère ch. supp., 27 février 1992, *Rev. Arb.* 1992.590, note Ancel : "L'article 101 de la loi du 25 janvier 1985 donne compétence au juge commissaire pour décider de l'admission ou du rejet des créances ; les textes relatifs à cette procédure sont d'ordre public interne et international.

Doit être annulée comme contraire à l'ordre public international, la sentence qui a prononcé une condamnation pécuniaire à l'encontre d'une société en redressement judiciaire sans que le juge commissaire ait préalablement statué sur la nature de la créance".

Une exception se présente lorsque la créance est née après l'ouverture de la faillite. Dans ce cas, parce que cette créance doit être payée à son échéance (article 40 *Loi de 1985*), la décision rendue à défaut de paiement peut être une sentence de condamnation : *Société Sermi et Maître Hennion ès qual. c. société Ortec*, Paris, 1ère ch. civ., 15 mai 1997, *Rev. Arb.* 1998.558, note Fouchard.

Une sentence de condamnation pourra aussi être reconnue si la partie faillie est condamnée conjointement et solidairement avec une autre partie. Sentence C.C.I. rendue en 1993 dans l'affaire 7563, *précitée*, note 487.

<sup>492</sup>

*Société des Ets Marcel Sebin et autres c. société Irridelco International Corp. et autres*, Paris, 1ère ch. civ, 23 mars 1993, *Rev. Arb.* 1998. 540, note Fouchard ; *Société Intertradex c. société Romanian Shipping Company*, Paris, Trib. Gr. Inst. (ord. réf.), 20 février 1996, *Rev. Arb.*, 1998.577, note Fouchard. Voir aussi, Ph. FOUCHARD, "Arbitrage et faillite", *op. cit.*, note 487, p. 481 ; Vesna LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 267.

Les principes dont la violation peut conduire au refus de la sentence arbitrale ne sont guère nombreux<sup>493</sup>. Là encore, comme en matière de violation de l'ordre public au fond, la jurisprudence n'est pas abondante. Les rares arrêts rendus établissent que les exigences des tribunaux étatiques sont limitées.

Toujours est-il que l'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable à la procédure ne parviendra pas à empêcher le refus de la sentence rendue en violation de certains principes fondamentaux de l'ordre juridique. En effet, en ce qui concerne ces derniers, "l'ordre public international a le même contenu que l'ordre public interne"<sup>494</sup>.

Nous commencerons par l'examen de ces principes fondamentaux dont la violation peut conduire au refus de la sentence (1). Nous nous arrêterons ensuite sur des exemples qui établissent, au contraire, comment la distinction entre ordre public interne et ordre public procédural permet d'exclure l'application de plusieurs autres règles qui demeurent applicables aux rapports internes (2).

1 - Les règles d'ordre public au sens international, applicables à la procédure arbitrale.

Les principes généralement reconnus comme étant d'ordre public international et dont la violation par l'arbitre mène au refus de la reconnaissance et de l'exécution (ainsi qu'à l'annulation de la sentence arbitrale) sont les suivants :

- La sentence doit avoir été obtenue sans fraude (a).
- Les arbitres doivent respecter les règles de base relatives à la charge de la preuve (b).
- Les arbitres doivent avoir respecté le principe du contradictoire (c).
- Les arbitres doivent avoir respecté les principes de l'égalité des parties (d).
- La décision arbitrale doit être rendue dans le respect des règles de procédure posées par les parties (e).

a - La fraude dans la procédure.

<sup>493</sup>

*Trans Chemical Ltd. v. China National Machinery Import and Export Corp.*, 979 F. Supp. 266 (S.D. Texas 1997) : "In reviewing arbitration proceeding awards under Federal Arbitration Act (FAA), courts ask whether arbitration proceedings were fundamentally fair". *Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, 141 F. 3d 1434 (11 Cir. 1998) : "Arbitration proceedings need not follow 'niceties' of federal courts : they need provide only fundamentally fair hearing".

<sup>494</sup>

P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 645.

La nécessité de respecter le principe *fraus omnia corrumpit*, a motivé une décision de la Cour d'appel de Paris ultérieurement confirmée par la Cour de Cassation<sup>495</sup>, qui a considéré contraire à l'ordre public international, une sentence rendue par un arbitre sur la base de documents mensongers<sup>496</sup>. La Cour motiva sa décision de la façon suivante :

*"En application du principe général selon lequel la fraude fait exception à toutes les règles, les dispositions de la sentence arbitrale obtenues par fraude sont contraires à l'ordre public international français et doivent être annulées".*

Évidemment, le principe de la *bona fide* s'applique aux parties et à leurs avocats (qui sont obligés, eux aussi, de déclarer leurs rapports avec l'autre partie, si ces rapports peuvent causer un possible conflit d'intérêts)<sup>497</sup> aussi bien qu'à l'arbitre qui a le devoir de rendre une décision impartiale ; la partialité de l'arbitre ou sa collusion avec l'une des parties n'étant qu'une forme de fraude<sup>498</sup>. Ainsi, comme l'a souligné un arrêt américain de 1955, *"no man can be a judge in his own case and no man is permitted to try cases where he has an interest in the outcome"*<sup>499</sup>.

Pourtant, pour que cette défense puisse être efficace lors du contrôle sur la sentence, la jurisprudence américaine et française exigent d'abord que l'exception soit présentée de bonne foi.

<sup>495</sup>

*Société European Gas Turbines Sa c. société Westman International*, précité, note 436. Voir aussi *Fougerolle S.A. c. Procofrance S.A.*, (Paris, 1ère ch., Sect. C, 25 mai 1990, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1990.753, note Oppetit ; *Rev. Arb.* 1990.892, note Boisséson ; Cass. civ., 1ère ch., 25 mai 1992, *Rev. Arb.* 1993.91 ; Cass. civ., 25 mai 1992, *Rev. Arb.* 1993.91, note Oppetit ; *Clunet* 1992.974, note Loquin.

<sup>496</sup>

Ces documents visaient à prouver des dépenses qui n'avaient jamais été faites et qui avaient pourtant été reconnues par l'arbitre.

<sup>497</sup>

*Fitzroy Engineering, Ltd. v. Flame Engineering, Inc.*, (1996) *Yearbook* 744 ; 1994 U.S. Disr. LEXIS 17781 ; 10 *International Arbitration Report* (1995, no. 1) A-1 ; 1994 WL 700173, (N.D. Ill. 1994 No. 94 C 2029).

<sup>498</sup>

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 377. L'auteur note que, bien que l'absence d'impartialité de l'arbitre puisse être également soulevée selon l'article V (1)(b) de la Convention de New York (due process), elle est presque toujours soulevée comme contraire à l'article V (2)(b) de la même Convention. Voir aussi Stephen M. SCHWEBEL and Susan G. LAHNE, "Public Policy and Arbitral Procedure", dans P. SANDERS ed., *Comparative arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, *op. cit.*, note 474, 205-226, p. 210.

<sup>499</sup>

*In re Murchinson*, 349 U.S. 133, 136 ; 99 L. Ed. 942 ; 75 S.Ct. 623 (1955).

La question de la partialité ne sera donc pas examinée dans la phase du contrôle sur la sentence si la partie qui l'oppose connaissait la nature des rapports entre l'arbitre et l'autre partie en temps utile et qu'elle a choisi de ne pas exercer son droit de récusation<sup>500</sup>.

Deuxièmement, il faut que la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale démontre "*that a clear, direct conflict existed that could have affected the outcome of the proceedings*"<sup>501</sup>. Les Cours se montrent en effet très prudentes dans la détermination d'une partialité de la part de l'arbitre. Ainsi, on distingue *l'apparence* de partialité du *manque effectif* d'impartialité. Un arrêt américain souligne :

*"Whilst clearly confirming this principle in the cases decided under the Convention, the Courts generally distinguish between the case where the circumstances which might have created the lack of impartiality on the part of the arbitrator ("imputed bias" or "appearance of bias"), and the case where the arbitrator has effectively not acted in an impartial manner ("actual bias"). As a rule, only in the latter case the courts are prepared to refuse enforcement of the award"*<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup>

Pour la jurisprudence française voir : *Sociétés T.A.I., E.S.W., et I.E.C. c. sociétés S.I.A.P.E., Engrais de Gabès, Me. Lafont ès qual. et Ferrari*, Paris, 1ère ch. supp., 2 juin 1989, *Rev. Arb.* 1991.87 ; *Société Siab et autres c. société Valmont et autre*, Paris, 1ère ch. civ., 8 juillet 1994, *Rev. Arb.* 1996.428, note Fouchard ; *Cassiau et autre c. société Le Parc des Pyrénées*, Cass. Com., 29 mars 1994, *Rev. Arb.* 1996.527, note Fouchard ; *Gouvernement de l'État du Qatar c. Creighton*, Paris, 12 janvier 1996, D.S. 1996. I.R. 65 ; *Rev. Arb.* 1996.428 ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1997.811 ; *Société Commercial Agraria Hermanos Lucena c. sté Transgrain France*, Paris 1ère ch. civ., 12 décembre 1996, *Rev. Arb.* 1998.698.

Pour la jurisprudence américaine, voir *Imperial Ethiopian Government v. Baruch Foster Corp.*, 535 F. 2d 334 (5th Cir.1976) ; (1977) II *Yearbook* 252 ; *Andros Compañía Marítima, S.A. v. Marc Rich & Co., A.G.*, précité, note 414 ; *AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostroyexport v. Int'l Development and Trade Services Inc.*, 139 F.3d 980 (2nd Cir. 1998) : "A party to arbitration in foreign tribunal waived its right to assert public policy exception as basis for rejecting arbitration award, where party had knowledge of facts indicating that tribunal was corrupt prior to commencement of arbitration hearing, but remained silent until adverse award was rendered, notwithstanding party's claim that waiver not voluntary and intentional".

<sup>501</sup>

*Transmarine Seaways Corp. of Monrovia v. Marc Rich & Co. A. G.*, 480 F. Supp. 352, 1979 A.M.C. 1496 (S.D.N.Y. 1979) ; *Fitzroy Engineering v. Flame Engineering, Inc.*, précité, note 497.

<sup>502</sup>

*Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, précité, note 392. Voir aussi *Trans Chemical Ltd. v. China National Machinery Import and Export Corp.*, précité, note 493 : "As ground for vacating arbitration award [...] 'fraud' requires showing of bad faith during arbitration proceedings, such as bribery, undisclosed bias of arbitrators, or willfully destroying or withholding evidence".

Le cas d'espèce concernait un différend entre Brandeis, une compagnie anglaise membre du London Metal Exchange (LME) et une compagnie américaine (Calabrian).

La sentence arbitrale dont Brandeis demandait la reconnaissance, avait été rendue par le LME. Calabrian soutenait la partialité des arbitres précisément en raison de l'affiliation de Brandeis au LME. Selon Calabrian, cette partialité aurait été encore plus évidente parce que l'employeur d'un des arbitres était membre, avec Brandeis, d'un comité de 28 membres du LME nommé le "Ring". Toutes ces circonstances auraient indiqué la présence d'un "old boys network" et, conséquemment, d'une "impermissible appearance of bias", telle qu'elle avait été définie dans l'arrêt *Commonwealth Coating corp. v. Continental casualty Company*<sup>503</sup>.

*"However, there is no substance to Calabrian's claim. [...] True enough, Brandeis is a member of LME and Calabrian is not ; but that is hardly a sufficient basis to invalidate LME arbitration procedures as contrary to domestic public policy.*

*Undoubtedly arbitrators Lubett and Beale were more familiar with the principals of Brandeis, a fellow LME member, that they were with Calabrian. But that is not enough to create an impermissible 'appearance of bias' as the Supreme Court used that phrase in Commonwealth Coatings. The arbitration award was vacated in Commonwealth Coatings because an arbitrator failed to disclose a direct, income-producing relationship between himself and one of the parties. [...]*

*The members of LME, while known to each other commercially, sometimes deal with each other, and sometimes compete with each other directly."*

L'appartenance de Brandeis à l'association commerciale qui a rendu la sentence arbitrale n'était donc pas suffisante, à elle seule, pour conclure que les arbitres étaient partiaux<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup>

*Commonwealth Coating corp. v. Continental casualty Company*, 393 U.S. 145, 150, précité, note 393. (Nos emphases).

<sup>504</sup>

Voir *Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, précité, note 392, (1988) *Yearbook* 543, p. 544 où est cité *Taylor v. Nelson*, 615 F. Supp. 533 (W.D. 1985), pour conclure précisément, qu'à la différence de ce dernier, le cas de l'espèce ne présentait pas les caractéristiques d'un contrat d'adhésion. Le juge continue en notant que "Calabrian, a New York corporation maintaining its principal office in Huston and a sales representative in London, would appear to enjoy some degree of commercial sophistication and clout".

La même prudence inspire la jurisprudence française. Ainsi, malgré qu'il soit fait devoir à l'arbitre d'informer les parties de toutes les circonstances capables d'affecter sa décision, "*un manquement à cette obligation d'information n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence*"<sup>505</sup>.

La partialité ne se présume pas, il faut qu'elle soit démontrée dans le cas concret.

La Cour décide en effet qu'il "*appartient [...] au juge étatique de mesurer les effets de cette réticence et d'apprécier si à elle seule, ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance allégué*"<sup>506</sup>.

b - Les règles de base relatives à la charge de la preuve.

Le principe selon lequel les arbitres doivent respecter les règles de base relatives à la charge de la preuve a été très clairement exprimé par la Cour de Cassation française dans un arrêt rendu en 1990<sup>507</sup>.

Dans le cas d'espèce, le contrat litigieux concernait la livraison d'une certaine quantité de béton par la société Béton à la société Chantiers modernes. La société Chantiers modernes ayant estimé le béton livré défectueux, les deux sociétés saisirent la juridiction arbitrale.

Les deux décisions arbitrales obtenues font l'objet d'un recours en annulation par Béton, et sont ultérieurement annulées par la Cour d'appel qui, statuant aussi au fond, condamne la société Chantiers modernes au paiement des sommes dues à la société Béton. La Cour de Cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel. La Cour note que la non-conformité du béton n'était pas établie et que c'était à la société Chantiers modernes de faire constater en temps utile la non-conformité alléguée. La Cour de Cassation s'exprime ainsi :

*"Les dispositions de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile en vertu desquelles il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention sont, selon l'article 1460, alinéa 2, du même Code,*

---

<sup>505</sup> *Gouvernement de l'État du Qatar c. Creighton Ltd*, Paris, 1ère ch. civ., 12 janvier 1996, *Rev. Arb.* 1996.428, note Fouchard.

<sup>506</sup> *Idem.*

<sup>507</sup> *Société Chantiers Modernes c. société Bétons chantiers*, Cass. civ., 2ème ch., 28 février 1990, *Bull. civ.* II n° 24; *Rev. Arb.* 649, note Pellerin. Voir aussi, *Payart c. société Morgan Crucible Company*, Paris, 1ère ch. supp., 29 nov. 1990, *Rev. Arb.* 659, obs. Derains.

*toujours applicables à l'instance arbitrale, même si l'arbitre statue comme amiable compositeur*"<sup>508</sup>.

Cet arrêt est particulièrement intéressant parce qu'il concerne le respect de certaines règles procédurales (celles relatives à la charge de la preuve) par un arbitre appelé à statuer en équité.

Comme le note M. Pellerin, alors que l'article 9 du Nouveau Code de procédure civile prévoit qu'"il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention", cette référence à la loi n'est pas reprise par l'arrêt<sup>509</sup>. D'après cet auteur, cette omission pourrait être interprétée comme indiquant que l'amiable compositeur est alors uniquement tenu au respect des règles de base (notamment, les règles *Actor incumbi probatio* et *Reus in excipiendo fit actor*). Il ne serait par contre pas obligé de respecter les dispenses et les présomptions légales.

#### c - Le principe du contradictoire.

Le respect du principe du contradictoire se traduit par le devoir de l'arbitre de mettre les parties en position de connaissance des demandes de l'autre partie et d'y répondre adéquatement<sup>510</sup>.

Ainsi, par exemple, la Cour d'appel de Paris a décidé que doit être annulée, la sentence rendue sans que l'arbitre ait entendu les parties et leurs conseils<sup>511</sup>.

<sup>508</sup>

Les deux premiers alinéas de l'article 1460 du Nouveau Code de procédure civile prévoient : "Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage. Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale". (*Nos italiques*).

<sup>509</sup>

Jacques PELLERIN, observations sous l'arrêt *Société Chantiers modernes c. société Bétons chantiers*, *Rev. Arb.* 1991.649-650.

<sup>510</sup>

*Gouvernement de l'État du Qatar c. Creighton Ltd. précité*, note 500. Voir aussi sur le sujet Catherine KESSEDJIAN, "Principe du contradictoire et arbitrage", (1995) *Rev. Arb.* 381-410 ; Serge GUINCHARD, "L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)", (1997) *Rev. Arb.* 185-198. Le respect de ce principe s'impose aussi en vertu de l'article V (1)(b) de la Convention de New York. Ceci n'exclut pourtant pas le caractère d'ordre public de cette défense. Le tribunal qui se déclare convaincu, sans que la partie intéressée en fournisse la preuve, que le principe *audi alteram partem* a été violé, ne pourra certainement pas reconnaître la sentence arbitrale. Placer ce motif parmi ceux qui sont à la charge des parties, souligne la volonté de faciliter la tâche du juge étatique.

<sup>511</sup>

*Sté ImmoPlan c. Sté Mercure*, Paris, 1ère ch. supp., 19 janvier 1990, *précité*, note 82. Le principe est violé si la partie n'a pas eu la possibilité "to be heard at a meaningful time or in a meaningful manner" : *Iran Aircraft Industries v. AVCO Corp.*, 980 F. 2d 141 (2nd Cir. 1992). *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v. Tradeway, Inc.*, *précité*, note 425.

De même, l'arbitre qui rend sa sentence avant d'avoir terminé l'instruction viole le principe du contradictoire<sup>512</sup>. Il est aussi nécessaire que les parties soient mises en connaissance de tous les moyens, tant en fait qu'en droit, utilisés par l'arbitre pour aboutir à sa décision<sup>513</sup>.

Cependant, pour refuser de la reconnaître, il n'est pas suffisant que la sentence ait été rendue par défaut :

*"[L]a sentence rendue par défaut n'est pas contraire à l'ordre public international, si le défendeur a été dûment informé du déroulement de la procédure arbitrale et n'a pas été dans l'impossibilité matérielle de se faire représenter devant le tribunal arbitral siégeant à l'étranger"*<sup>514</sup>.

Ne constitue pas non plus une violation du principe du contradictoire, le refus de l'arbitre d'accorder un délai pour satisfaire les exigences du témoin d'une des parties<sup>515</sup> ; ni le fait que les arbitres aient interprété le contrat sans débat contradictoire préalable des parties, dans la mesure où "les termes du contrat étaient

<sup>512</sup>

*Petitdidier et autre c. Lumbroso et autre*, Paris, 7 novembre 1996, *Rev. Arb.* 1997.239 (8ème espèce) ; S. GUINCHARD, "L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)", *op. cit.*, note 510, p. 191.

<sup>513</sup>

*X c. Y*, Paris, 28 mars 1996, *Rev. Arb.* 1997.239. (5ème espèce). Dans ce cas, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'avait violé le principe du contradictoire, l'arbitre qui avait fondé "partiellement sa décision sur une jurisprudence dont il était l'auteur sans la communiquer aux parties, ni leur permettre de la discuter contradictoirement".

Aussi, a été cassé un arrêt par lequel la Cour d'appel de Rennes avait rejeté un recours en annulation dans lequel l'une des parties se plaignait de n'avoir pas été mise au courant de conversations téléphoniques entre l'arbitre et l'autre partie. La Cour d'appel n'a pas annulé la sentence arbitrale parce qu'elle se fondait sur les éléments régulièrement discutés entre les parties, et non pas sur ces conversations téléphoniques. Mais, d'après la Cour de Cassation, le respect du principe du contradictoire imposait au tribunal arbitral d'"informer les parties à l'arbitrage des investigations ainsi poursuivies par l'un de ses membres, les informations obtenues fussent-elles d'ordre général" : *Société Duarib c. sté des Etablissements Jallais*, Cass. civ., 2ème ch., 10 novembre 1998, *Rev. Arb.* 1998.681, note Betto. Le principe du contradictoire n'est pas violé, au contraire, lorsque l'arbitre prend en considération une règle invoquée par les parties elle-mêmes : *Société Arabian Construction c. sté Saipem*, Paris, 1ère ch. civ., 30 mai 1996, *Rev. Arb.* 645, note Bureau.

<sup>514</sup>

*Dovet et Tabordeau c. Confex*, Paris, 1ère ch. supp., 7 févr. 1991, *Rev. Arb.* 1992.634, obs. Pellerin ; *Société Sorvia c. Weinstein International Disc Corp.*, Paris, 1ère ch. supp., 25 mars 1983, *Rev. Arb.* 1984.363, note Robert. Voir aussi *International Standard Electric Corporation (ISEC) v. Bridas*, précité, note 425.

<sup>515</sup>

*Parsons & Whittemore Overseas Co., v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RATKA)*, précité, note 414.

clairs et précis sur les points litigieux"<sup>516</sup>. De même, le principe du contradictoire n'est pas violé du fait que les arbitres aient choisi de délibérer en secret<sup>517</sup>.

Par contre, une situation qui a été considérée par la jurisprudence française comme susceptible de donner lieu à une possible violation du principe du contradictoire est celle qui découle de l'application du principe de la suspension des poursuites individuelles en cas de procédures collectives.

Le respect de ce principe, reconnu comme étant d'ordre public international par la Cour de Cassation dans l'arrêt *Thinet*<sup>518</sup>, empêche le déroulement d'une multitude de procédures concernant le débiteur et sauvegarde l'égalité des créanciers en leur permettant de connaître la procédure d'arbitrage et, le cas échéant, d'y participer<sup>519</sup>.

La portée du principe de la suspension des poursuites individuelles sur le déroulement de la procédure arbitrale a été précisée par la Cour de Cassation par un arrêt plus récent<sup>520</sup>.

En l'espèce, la procédure arbitrale fut interrompue (dans le respect des règles posées en vu d'assurer la protection des créanciers) à la suite de la déclaration de redressement et de mise en liquidation de la société demanderesse (Ema). L'arbitrage fut pourtant repris. Cependant, la sentence n'a pu être rendue dans le délai de six mois, prévu par le règlement d'arbitrage applicable. Elle ne le fut que quelques jours plus tard. La société Almira présenta donc une demande d'annulation fondée, entre autre, sur le fait que la sentence avait été rendue après l'expiration de ce délai.

À la suite du rejet de cette demande par la Cour d'appel de Paris, la société Almira se pourvut en cassation. La Cour rejeta le pourvoi au motif suivant :

*"[...] les arbitres devaient [...] en vue de déterminer la date d'expiration de leur mission, tenir compte, en premier lieu, du fait que les créanciers de la société dont la procédure simplifiée de redressement judiciaire avait été*

<sup>516</sup> *Société Murgue Seigle c. société Coflexip*, Paris, 1ère ch. supp., 14 mars 1989, *Rev. Arb.* 1991.355, obs. J.H.M. et C. V.

<sup>517</sup> *Société Hostin armes blanches c. société Prient Sport*, Paris, 1ère ch. supp., 10 février 1984, *Rev. Arb.* 1985.176, obs. Bernard.

<sup>518</sup> *Société Thinet c. Labrely ès-qualités*, Cass. civ., 1ère ch., 8 mars 1988, *précité*, note 486.

<sup>519</sup> Voir *infra*, p. 338 et s.

<sup>520</sup> *Société Almira Films c. Pierrel, ès qualités*, Paris, 1ère ch. supp., 16 février 1989, *Rev. Arb.* 1989.711, note Idot ; Cass. civ., 1ère ch., 5 févr. 1991, *Rev. Arb.* 1991.626, note Idot : "Les principes de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, de dessaisissement du débiteur et d'interruption de l'instance en cas de faillite, sont à la fois d'ordre public interne et international".

*ouverte, étaient tenus de déclarer leurs créances et de mettre en cause leur représentant puis, en second lieu, la liquidation judiciaire ayant été prononcée, du fait que l'instance devait être reprise par le liquidateur ; le principe supérieur de la contradiction, indispensable au déroulement d'un procès équitable, imposait donc aux arbitres de rechercher dans quelle mesure l'impossibilité d'agir, où s'était temporairement trouvée l'une des parties, avait arrêté le cours du délai ; [...]"<sup>521</sup>.*

La Cour souligna les conséquences du lien entre le principe de la suspension des poursuites individuelles et le principe du contradictoire : le respect nécessaire des principes procéduraux que les tribunaux français considèrent d'ordre public au sens international implique que les normes régissant la suspension des procédures collectives dont la violation constitue également une violation du principe du contradictoire, "*s'imposent même au cas où l'arbitrage se déroulant en France n'est pas soumis à la loi française.*"<sup>522</sup>

Comme le note Mme Idot<sup>523</sup>, le respect de ce même principe pourrait justifier le refus de la sentence arbitrale dans l'hypothèse (non envisagée par la Cour) d'un arbitrage qui se déroule à l'étranger suivant une loi étrangère, chaque fois que le débiteur est soumis à une procédure collective en France<sup>524</sup>. De plus, selon le même auteur, le respect du principe du contradictoire pourrait imposer l'interruption de l'instance arbitrale à la suite de l'ouverture d'une procédure collective, *même dans le cas où le droit français des procédures collectives n'aurait pas à s'appliquer*. L'auteur part de l'exemple d'une requête d'*exequatur* en France d'une sentence

<sup>521</sup>

*Idem.* (Nos emphases). Il est évident qu'une fois que le syndic a la possibilité de prendre connaissance de la procédure arbitrale et d'y participer, cette procédure n'est plus qualifiable de procédure individuelle. Voir Jean ROBERT, note sous l'arrêt *Thinet et Cie et autre c. Labrely, ès qual.*, D.S. 1989.578-581, p. 580.

<sup>522</sup>

*Société Almira Films c. Pierrel*, Cass. civ., 1ère ch., 5 février 1991, précité, note 520.

<sup>523</sup>

Laurence IDOT, note sous *Société Almira Films c. Pierrel*, *Rev. Arb.* 1991.628-632, p. 630.

<sup>524</sup>

*Idem* : "Malgré les références opérées par la Cour aux seuls lois de procédure et lieu de l'arbitrage, l'on devrait déduire, semble-t-il, du caractère d'ordre public international de ces principes, la nécessité pour les arbitres de s'y soumettre. Ceux-ci devraient jouer dès lors qu'il y a interférence entre un arbitrage international et une procédure collective française". Voir aussi Pascal ANCEL, note sous l'arrêt *M. Sohm ès-qual. c. Sté Simex*, Paris, 27 février 1992, *Rev. Arb.* 1992.593-597, p. 596 : "[L]orsqu'un arbitrage interfère avec une procédure se déroulant en France, cet arbitrage doit respecter les règles posées par la loi de 1985, qu'il s'agisse d'un arbitrage interne ou international, qu'il se déroule en France ou à l'étranger". D'après M. Ancel, le devoir de l'arbitre de "respecter, non seulement les grands principes [...] mais toutes les règles légales", découle du fait que "la méconnaissance de l'une d'elles suffit à compromettre l'équilibre délicat que le législateur a voulu instaurer entre les différents intérêts en présence".

arbitrale rendue à l'étranger, selon une loi de procédure étrangère. Dans une telle hypothèse, lorsque la procédure collective survient également à l'étranger,

*"[l]'affirmation du caractère d'ordre public international des principes fondamentaux de notre droit des procédures collectives ne permettrait pas de justifier que nous imposions une interruption non prévue par le droit étranger, et seul le respect du principe du contradictoire pourrait expliquer un refus d'exequatur"<sup>525</sup>.*

Le lien entre le principe de la suspension des poursuites individuelles et le principe du contradictoire a également été examiné par la jurisprudence américaine.

L'hypothèse de l'interférence entre une procédure collective ouverte aux États-Unis et une procédure arbitrale entamée à l'étranger avant l'ouverture de la procédure collective mais terminée après le début de cette procédure, se présenta dans l'affaire *Fotochrome*<sup>526</sup>. La sentence arbitrale contestée était relative à un différend surgi entre une compagnie américaine (Fotochrome) et une compagnie japonaise (Copal) et avait été rendue au Japon. La compagnie Copal ne s'était jamais implantée aux États-Unis et n'y avait jamais pratiqué le commerce ("*Neither present nor doing business in the United States*").

À la suite de l'ouverture de la procédure collective contre Fotochrome<sup>527</sup>, le commissaire en charge émit un ordre interdisant à tous les créanciers "*from commencing or continuing any action, suits arbitrations, or the enforcement of any claim in any Court against this debtor*"<sup>528</sup>. Le tribunal arbitral informé par Fotochrome de l'ordre de suspension du tribunal américain en nia l'efficacité sur la procédure arbitrale en cours et rendit sa sentence. La compagnie Copal présenta la sentence arbitrale (établissant une créance en sa faveur) au tribunal compétent sur la procédure collective. Fotochrome s'opposa à l'utilisation de la sentence comme preuve de l'existence de la créance et demanda une décision sur le fond.

Le juge-commissaire de la Bankruptcy Court statua en faveur de Fotochrome. Il conclut que l'ordre de suspension émis par la Bankruptcy Court américaine avait pour effet d'évincer la juridiction arbitrale, que la sentence arbitrale n'était pas

<sup>525</sup>

L. IDOT, note sous *Société Almira Films c. Pierrel*, *op. cit.*, note 523, p. 631.

<sup>526</sup>

*Fotochrome Inc. v. Copal Co.*, 517 F. 2d 512 (C.A. 2d Cir. 1975).

<sup>527</sup>

Ch. XI, Bankruptcy Act, 11 U.S.C. § 701 et s.

<sup>528</sup>

*Fotochrome Inc. v. Copal Company*, précité, note 526, p. 514.

contraignante par rapport à Fotochrome et qu'en conséquence, la décision sur le fond rentrait dans la compétence de la Bankruptcy Court elle-même<sup>529</sup>.

Cette décision fut renversée par la Cour du District de New York, (dont l'arrêt fut confirmé par la Cour d'appel). Dans un premier temps, la Cour a noté l'absence de principes directeurs sur la question de savoir si la faillite constitue ou non une situation de *public policy* au sens de l'article V (2)(b) de la Convention de New York. Il était donc impossible d'établir si le principe d'égalité des créanciers constitue un principe de *public policy* suffisant pour refuser la sentence arbitrale étrangère<sup>530</sup>. Cependant, la Cour a poursuivi en jugeant qu'il n'était pas nécessaire, dans le cas d'espèce, de répondre à cette question. Elle est parvenue à cette conclusion en se basant sur les constatations suivantes :

- La suspension ainsi ordonnée, en visant les seuls créanciers, ne nuisait pas à la capacité de Fotochrome.

- Cet ordre ne pouvait pas produire ses effets envers les créanciers sur lesquels la Bankruptcy Court n'avait pas juridiction<sup>531</sup>.

La Cour a conclu de la façon suivante :

*"There appears to be no specific statutory authority for a Bankruptcy Judge to stay a domestic arbitration proceeding, although we assume, arguendo, that he may do so. [...] But such stay cannot be effective, in any event, without in personam jurisdiction over the creditor who has begun an action in a foreign tribunal that is not within the jurisdiction of the United States. Nor it can be argued that the stay must have affected the arbitration because of the Bankruptcy Court's jurisdiction over the debtor's assets. Even within the territorial jurisdiction of the United States, the jurisdiction of the Bankruptcy Court over matters affecting these assets is not necessarily exclusive"*<sup>532</sup>.

Cette décision limite donc les effets de la procédure collective aux matières sur lesquelles le tribunal de la faillite a juridiction exclusive. En ce qui concerne les

<sup>529</sup>

Voir, à ce propos, Jay Lawrence WESTBROOK, "The Coming Encounter : International Arbitration and Bankruptcy", (1983) 67 *Minnesota Law Review* 595-641, p. 599.

<sup>530</sup>

*Idem* : "[t]here is no reference to bankruptcy in the Convention. Nor there is any reference to whether the 'public policy' of the forum state to require equal treatment of creditors in the case of bankruptcy is the kind of 'public policy' that allows non-recognition of foreign arbitral awards. The legislative history of the provision offers no certain guidelines to its construction".

<sup>531</sup>

*Fotochrome Inc. v. Copal Company*, précité, note 526, p. 515. Voir V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, op. cit., note 492, p. 250.

<sup>532</sup>

*Fotochrome Inc. v. Copal Company*, précité, note 526, p. 516-517. (Nos emphases).

autres questions, qui malgré la procédure collective demeurent arbitrables, l'efficacité du principe de la suspension des procédures individuelles est subordonnée à la juridiction *in personam* sur les créanciers, à condition, évidemment, que le débiteur conserve la possibilité de participer à l'arbitrage.

Le respect nécessaire du principe du contradictoire rentrait en effet dans les conclusions de la Cour qui a noté que, dans le cas d'espèce, l'ordre de suspension ne visant pas Fotochrome, cette dernière "*was free, certainly with the permission of the Bankruptcy Court, which it never sought, to complete the arbitration in Japan*".

d - Le principe de l'égalité des parties.

Le principe de l'égalité des parties a été spécifiquement posé comme principe d'ordre public international par la Cour de Cassation française, dans un arrêt de 1992<sup>533</sup>.

Le cas d'espèce concernait un arbitrage multipartite<sup>534</sup>. Le différend surgissait d'un accord de *consortium horizontal*<sup>535</sup> entre trois sociétés (BKMI, Siemens et Dutco). L'accord contenait une clause d'arbitrage liant les trois parties au différend. Cette clause prévoyait la constitution d'un tribunal arbitral composé de trois membres nommés conformément au règlement de la C.C.I.

En raison des difficultés survenues pendant l'exécution du contrat, la Société Dutco présenta une demande d'arbitrage à la Cour Internationale d'Arbitrage et désigna, en même temps un arbitre.

Les demandes présentées à l'encontre des sociétés défenderesses étaient distinctes et il n'était pas question d'envisager une responsabilité solidaire de BKMI et Siemens. La demande d'un arbitrage multipartite était pourtant justifiée, d'après Dutco, par "*l'unicité du marché et de l'accord de consortium et de l'éventualité qu'en cours de procédure des renseignements relatifs aux rapports entre les deux défendeurs soient développés par l'un aux dépens de l'autre*". À ces motifs, Dutco ajoutait le "*souci d'éviter le risque de sentences incompatibles entre elles*"<sup>536</sup>.

533

*BKMI Industriean Lagen GmbH c. société Dutco Construction Co (Pvt)*, précité, note 391.

534

On appelle multipartite l'arbitrage qui oppose plusieurs parties.

535

Un rapport horizontal existe entre les membres d'un consortium qui ont tous signé un seul et même contrat. Il se différencie d'un rapport vertical qui, liant lui aussi plusieurs parties, découle pourtant d'une pluralité de contrats distincts ou de chaînes de contrats.

536

*BKMI Industriean Lagen GmbH c. société Dutco Construction Co (Pvt)*, précité, note 391, p. 714.

La procédure d'arbitrage ainsi instaurée fut contestée par les parties défenderesses, qui soutenaient que Dutco aurait dû engager deux procédures distinctes. Sur invitation de la Cour d'arbitrage, les sociétés défenderesses ont pourtant procédé avec toutefois protestations et réserves au choix d'un arbitre, conformément au Règlement de la C.C.I. Le troisième arbitre (président du tribunal arbitral) a été désigné, toujours en conformité avec le Règlement de la C.C.I., par la Cour d'arbitrage.

Le tribunal arbitral ainsi constitué décida, par une sentence interlocutoire, que la procédure arbitrale était régulièrement instituée et que l'arbitrage pouvait avoir lieu sous la forme d'une procédure multipartite. Cette sentence interlocutoire fut confirmée par la Cour d'appel de Paris saisie d'un recours en annulation.

D'après cette Cour d'appel, le tribunal arbitral avait été institué conformément à la clause d'arbitrage et sa constitution n'heurtait aucun principe d'ordre public international. La Cour souligna en particulier que, dans le cas de l'espèce :

*"[L]a clause d'arbitrage, telle que convenue entre les parties ayant des intérêts communs, autorisait la liaison entre elles d'un contentieux unique et pouvait placer deux d'entre elles dans l'obligation de choisir un seul arbitre ayant leur confiance mutuelle [...].*

*Considérant qu'ainsi le choix d'un seul arbitre par les sociétés défenderesses résultait de leur situation de consorité obligée reflet de leur partenariat contractuel et n'était pas de nature à apporter une quelconque restriction à leur autonomie dans l'organisation de leur défense, l'arbitre choisi étant, dès sa désignation [...] pleinement investi du pouvoir de juger, échappant ainsi au domaine contractuel pour accéder au statut de juge, exclusif par nature de toute dépendance à l'égard des parties, et dont l'indépendance constitue la garantie de la stricte égalité des parties dans le déroulement du procès"<sup>537</sup>.*

D'après la Cour, la seule interprétation possible de la clause compromissoire admet donc que les trois arbitres devaient *nécessairement* être nommés comme prévu par le Règlement de la C.C.I. Et cela, malgré "*l'éventualité* - prévue, précisément par Dutco — *qu'en cours de procédure, des renseignements relatifs aux rapports entre les deux défendeurs soient développés par l'un aux dépens de l'autre*".

Notons que lorsque cette éventualité se réalise, les trois parties au différend se trouvent toutes opposées les unes aux autres. Cependant, alors que la partie qui a

537

*Ibid*, p. 711. (Nos emphases).

entamé la procédure d'arbitrage a eu la possibilité de choisir seule *son* arbitre, les deux autres doivent en *choisir un ensemble*.

On convient avec la Cour d'appel que toute dépendance de l'arbitre à l'égard des parties doit être exclue et que cette indépendance garantit le respect du principe de l'égalité des parties dans *le déroulement du procès*. Mais il faut aussi admettre qu'en l'espèce, on est effectivement parvenu à reconnaître à une partie, individuellement, une faculté (la faculté de choisir l'arbitre) qui a été niée aux autres.

L'arrêt qui a cassé la décision de la Cour d'appel a donc établi que le respect du principe d'égalité des parties n'est pas limité au *déroulement du procès*, mais qu'il régit l'entière procédure, y compris la constitution du tribunal arbitral lui-même. Notons, par ailleurs, que la formulation de la décision a suscité une certaine perplexité de la part de la doctrine.

La Cour de Cassation s'est exprimée de la façon suivante :

*"[L]e principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; [...] l'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige"<sup>538</sup>.*

M. Jarroson souligne la difficulté de concilier les deux affirmations de la Cour. Cet auteur se demande comment l'on peut, après avoir qualifié le principe d'égalité des parties de principe fondamental, admettre qu'une partie puisse y renoncer après la naissance du litige<sup>539</sup>.

Mais il nous semble que la question ainsi posée ne réfléchit pas vraiment le problème. Si la formulation de l'arrêt est peut-être malheureuse, sa signification est cependant très claire, dans la mesure où l'on part de l'idée que ce n'est pas le principe d'égalité qui fait l'objet de la renonciation mais seulement la faculté des parties de désigner des arbitres. Cette décision n'implique pas que dans un arbitrage multipartite chaque partie doive forcément choisir un arbitre, mais que toutes les parties doivent pouvoir utiliser cette faculté de manière égale.

---

<sup>538</sup>

*Ibid*, p. 712.

<sup>539</sup>

Charles JARROSSON, note sous l'arrêt *BKMI Industriean Lagen GmbH et Société Siemens A.G. c. Dutco Construction Co (Pvt)*, (1992) 119 *Clunet* 726-736, p. 733 : "Il y a selon nous une contradiction entre la découverte d'un principe fondamental qui tient à la notion même de justice et la reconnaissance de la faculté d'y déroger. De deux choses l'une en effet : ou bien il existe un principe fondamental d'égalité des parties, et ce principe a un caractère d'ordre public qui n'est pas seulement de protection, car au-delà de tel ou tel justiciable, il sert la justice toute entière, et alors on ne peut jamais y renoncer sous peine de le ruiner, ou bien il ne s'agit que d'un droit dont les parties peuvent disposer et alors importe peu qu'elles y aient renoncé avant ou après la naissance du différend".

C'est précisément le principe d'égalité qui exige que l'on puisse renoncer à cette faculté uniquement après la naissance du litige, parce que seule la naissance du litige permet aux parties de se rendre compte de leur propre position par rapport aux autres parties.

e - Les règles de procédure posées par les parties.

La Cour de Cassation française a confirmé un arrêt par lequel la Cour d'appel de Versailles avait refusé l'*exequatur* d'une sentence arbitrale en établissant que<sup>540</sup> :

*"[l]e principe selon lequel le délai fixé par les parties, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage, et dans lequel les arbitres doivent accomplir leur mission, ne peut être prorogé par les arbitres eux-mêmes, traduit une exigence de l'ordre public aussi bien interne qu'international en ce qui est inhérent au caractère contractuel de l'arbitrage".*

D'après la Cour, il y a violation lorsque les arbitres se sont attribués "*un pouvoir qui n'appartenait qu'aux parties ou, à défaut, à un tiers préconstitué ou à un juge étatique*"<sup>541</sup>.

Pourtant, comme nous le verrons dans les pages suivantes, lorsque le délai n'est pas précisé par les parties, ni prévu par la loi applicable à la procédure arbitrale, on ne considère pas l'existence d'un délai comme une exigence d'ordre public au sens international.

2 - Principes confirmés par la jurisprudence comme étant d'ordre public interne.

Parfois, le tribunal étatique (saisi, soit pour l'annulation de la sentence arbitrale, soit pour sa reconnaissance et son exécution) constate qu'effectivement les arbitres ont violé des règles procédurales considérées d'ordre public. Cette violation constitue un motif suffisant d'annulation ou de refus de reconnaissance uniquement si la règle violée est une règle d'ordre public au sens international.

<sup>540</sup>

*Communauté urbaine de Casablanca c. Société Degrémont*, Cass. civ., 1ère ch., 15 juin 1994, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.680, obs. Cohen. Voir aussi *Société Dubois et Vanderwalle c. sté Boots Frites BV*, Paris, 1ère ch. civ., 22 septembre 1995, *Rev. Arb.* 1996.100, note Gaillard.

<sup>541</sup>

Sur les inconvénients des délais impératifs, voir A REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 319 et s. ; Pierre BIENVENU, "Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux", (1996) 56 *R.du B.* 39-79, p. 72.

Parmi les règles dont la nature d'ordre public simplement interne semble avoir été établie par la jurisprudence, on trouve les règles qui posent un délai (a) et les règles relatives à la motivation de la sentence arbitrale (b), sur lesquelles nous nous arrêterons dans les pages suivantes.

a - Le délai dans lequel l'arbitre doit accomplir sa mission.

Dans un arrêt rendu en 1994, la Cour de Cassation française s'est exprimée de la façon suivante :

*"La loi française n'exige pas, en matière internationale, que les pouvoirs des arbitres soient enfermés, à défaut de délai conventionnel, dans un délai légal"<sup>542</sup>.*

Notons que la position de la jurisprudence française en ce qui concerne l'existence d'un délai non conventionnel n'est pas particulière<sup>543</sup> : nous n'avons trouvé aucun cas dans lequel la reconnaissance de la sentence ait été refusée parce que la décision avait été rendue dans un délai déraisonnable.

On pourrait pourtant objecter que, si la nature contractuelle de l'arbitrage impose le respect de la volonté des parties, sa nature juridictionnelle devrait imposer le respect des principes qui régissent le déroulement de l'activité juridictionnelle elle-même. Ce serait donc précisément la nature juridictionnelle de l'arbitrage qui imposerait à l'arbitre d'accomplir sa mission dans un délai raisonnable, que ce délai ait été précisé ou non<sup>544</sup>. Nous sommes donc d'accord avec M. Cohen<sup>545</sup>, lorsqu'il souligne qu' "*[I]l apparaîtrait contraire à l'idée fondamentale de la justice,*

<sup>542</sup>

*Société nigérienne des produits Pétroliers (Sonidep) c. Société Sigmoid ressources NV*, Cass. civ., 1re ch., 15 juin 1994. Arrêt inédit, cité par Daniel COHEN, observations sous l'arrêt *Communauté urbaine de Casablanca c. Société Degrémont*, (1994) *Rev.cr.dr.int.pr.* 682-687, p. 686.

<sup>543</sup>

Dans ce sens, A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 317 et s.

<sup>544</sup>

Voir, par exemple, l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme :

"*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, [...]*"

Sur les liens possibles entre l'arbitrage et cette Convention, voir Charles JARROSSON, "L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'Homme", (1989) *Rev. Arb.* 573-607.

<sup>545</sup>

D. COHEN, observations sous l'arrêt *Communauté urbaine de Casablanca c. Société Degrémont*, *op. cit.*, note 542, p. 687.

*indépendamment de sa source, de permettre au juge selon son bon vouloir de retarder indéfiniment l'issue du procès"*<sup>546</sup>.

Mais la justice ne serait pas nécessairement mieux servie par l'annulation ou le refus d'exécution de la sentence qui a été rendue après un délai déraisonnable. Notons d'ailleurs que l'article 14 de la loi-type prévoit que, lorsque l'arbitre "*ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable*", les parties peuvent s'accorder pour mettre fin à l'arbitrage. En cas contraire, "*l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou une autre autorité visée à l'article 6 [notamment toute autorité chargée de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage] de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat"*<sup>547</sup>.

Étant donné que les parties ont les moyens de mettre fin au mandat de l'arbitre et qu'elles ne sont donc pas obligées de se soumettre indéfiniment à des délais déraisonnables, il nous semble assez logique que les règles relatives au délai soient considérées d'ordre public simplement interne.

#### b - Les règles relatives à la motivation de la sentence arbitrale.

La distinction entre ordre public au sens interne et au sens international a aussi été appliquée pour limiter les cas de refus de sentences en raison de leur absence de motivation.

Le devoir de l'arbitre de motiver sa décision à peine de nullité est prévu dans plusieurs juridictions de tradition civiliste<sup>548</sup>. Il est justifié par la considération selon laquelle la motivation est un moyen nécessaire dans le contrôle du tribunal sur d'éventuelles violations des droits de la défense par l'arbitre. Par contre, dans les juridictions de *common law*, la pratique des arbitres (qui, du reste, ne fut jamais contestée par les tribunaux étatiques), est plutôt de ne pas motiver les sentences

<sup>546</sup>

*Idem.* L'auteur souligne qu'un tel pouvoir ouvrirait la porte à l'arbitraire et au risque de déni de justice.

<sup>547</sup>

Voir aussi, l'article 942.5 du Code de procédure civile du Québec : "Si un arbitre est dans l'impossibilité de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, une partie peut s'adresser à un juge pour obtenir la révocation de son mandat".

<sup>548</sup>

Article 945.2 C.p.c. du Québec ; Art. 1471 N.C.P.C. français. Voir aussi l'article 31 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

arbitrales<sup>549</sup>. Il s'agit là évidemment d'une différence susceptible de causer de sérieux problèmes dans la phase de reconnaissance et d'exécution de la sentence.

C'est grâce à l'application de la notion d'ordre public international qu'actuellement, une sentence arbitrale non motivée ne sera pas automatiquement refusée. Comme l'a établi la jurisprudence française :

*"S'agissant d'un arbitrage international régi quant à sa procédure par une loi étrangère, le défaut de motivation n'est pas, en lui-même, contraire à la conception française de l'ordre public"*<sup>550</sup>.

La sentence rendue sans motifs sera donc reconnue, à condition que la loi applicable à la procédure arbitrale n'exige pas de motivation<sup>551</sup>, ou qu'elle n'ait été prévue par les parties<sup>552</sup>.

Notons que cette tendance à reconnaître une sentence non-motivée peut être critiquable à la lumière des pouvoirs plus importants reconnus à l'arbitre en matière d'ordre public et compte tenu des limites posées aux pouvoirs de contrôle du tribunal de l'exécution, même lorsqu'il s'agit d'une violation de l'ordre public.

Si l'arbitre n'est pas obligé de motiver sa décision<sup>553</sup> et si le tribunal étatique ne peut pas revoir les faits, ni remettre en question la qualification juridique donnée par

<sup>549</sup>

Cette tradition découle du fait qu'en *common law*, il est possible de refuser la sentence arbitrale en raison d'une erreur d'application du droit par l'arbitre. Étant donné la difficulté d'identifier l'erreur dans une sentence non motivée, les arbitres ont pris l'habitude de ne pas motiver leurs décisions. Okezie CHUKWUMERJE, "Commentary. The Enforcement of International Commercial Awards : *Shreter v. Gasmac Inc.*", (1993) 22 *C.B.L.J.* 295-307, p. 303. A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 381 ; A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 315.

<sup>550</sup>

*Société C.F.I.D. c. société Établissement A. Arnaud*, Paris, 1ère ch. supp., 22 janvier 1988, précité, note 82 ; *Compagnie d'armement maritime c. Compagnie Tunisienne de navigation*, Cass. civ., 1ère ch., 18 mars 1980, *Rev. Arb.* 1980.496, note Mezger ; *Clunet* 1980.874, note Loquin ; *Firme Denis Coakley c. Reverdy*, Reims, ch. civ., 23 juillet 1981, *Rev. Arb.* 1982.303, note Gastambide ; *Soc. Sorvia c. Weinstein International Disc. Corp.*, Paris, 1ère ch. supp., 25 mars 1983, précité, note 514 ; *Payart c. Sté Morgan Crucible Co.*, Paris, 29 novembre 1990, précité, note 507 ; *Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c. Sté Al Tayar*, Paris, 1ère ch. civ., 19 mai 1994, *Rev. Arb.* 1996.66, note Jarroson.

<sup>551</sup>

*Société Total Chine c. sociétés E.M.H. et G.S.C.*, Paris, 28 juin 1988, *Rev. Arb.* 1989.328, note Pellerin.

<sup>552</sup>

*Communauté urbaine de Casablanca c. Société Degrémont*, précité, note 540. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une violation de l'ordre public du for visant à protéger les droits de la défense, mais plutôt de la violation du devoir de l'arbitre de se conformer à sa mission. Voir aussi Y. DERAÏNS, note sous l'arrêt *Société C.F.I.D. c. société Établissements A. Arnaud*, *op. cit.*, note 89, p. 260.

<sup>553</sup>

On a cependant souligné qu'en matière d'arbitrage international, les sentences sont de plus en plus motivées, même dans le cas où la loi applicable ne l'impose pas : Y. DERAÏNS, note sous l'arrêt *Sté C.F.I.D. c. Sté Établissements A. Arnaud*, *op. cit.*, note 89. Sur la loi applicable au

l'arbitre, le seul contrôle qui lui soit possible d'exercer est celui qui consiste à s'assurer que le dispositif de la sentence ne viole pas l'ordre public. Mais, comme le souligne M. Racine, "*le dispositif est, la plupart du temps, « neutre » au regard de l'ordre public*", son contrôle ne suffit pas à déterminer si l'ordre public a été ou non violé : "*[s]euls certains types de condamnation, comme par exemple, le prononcé d'une peine pénale ou la condamnation à exécuter un engagement perpétuel seraient contraires en elles-mêmes à l'ordre public*"<sup>554</sup>.

La question de savoir si le contrôle sur la sentence est suffisant pour garantir que la sentence est vraiment conforme à l'ordre public peut se poser même lorsque la sentence est motivée parce que le tribunal ne semble pas avoir le pouvoir de "contrôler l'exactitude des motifs de la sentence"<sup>555</sup>.

Notons par ailleurs que, si la motivation ne doit pas nécessairement être convaincante ou bien fondée, elle doit être cohérente : l'exactitude des motifs ne doit pas être confondue avec la contradiction des motifs.

Comme le souligne M. Fouchard<sup>556</sup>, "*il est difficile de contester que des motifs contradictoires s'annihilent réciproquement, et de donner force exécutoire à des sentences qui ne seraient qu'une caricature d'un acte juridictionnel*".

Notons que la jurisprudence française assimile la contradiction de motifs à l'absence de motifs<sup>557</sup>. L'arrêt rendu en 1988, par la Cour d'appel de Paris en est un exemple<sup>558</sup> :

---

problème relatif à l'obligation de motiver la sentence, voir *Compagnie d'armement maritime c. Compagnie Tunisienne de navigation*, précité, note 550 : "L'obligation de motiver la sentence relève de la loi choisie par les parties pour régir la procédure arbitrale et non de celle choisie pour régir le contrat au fond".

<sup>554</sup> J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 544. Voir aussi O.L.O. De WITT WJINEN, "La sentence et son exécution", *op. cit.*, note 430, p. 219, où l'auteur se dit "profondément convaincu de la nécessité de motiver les sentences arbitrales".

<sup>555</sup> *GIE commerçants réunis indépendants c. sté Multimob*, Cass. civ., 2ème ch., 25 octobre 1995, *Rev. Arb.* 1996.127, note Pellerin. Voir aussi *Boisson et autres c. société Totem Holding et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 19 octobre 1996, *Rev. Arb.* 1996.79, note Pellerin ; *Sté Grands Moulins Prodhomme c. sté Soja France*, Paris, 12 décembre 1978, *Rev. Arb.* 1979.372., note Boitard ; *Gaz. Pal.* 1979.I.205, note Viatte ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 539.

<sup>556</sup> Philippe FOUCHARD, note sous *Société Sermi et Maître Hennion ès qual. c. société Ortec*, *Rev. Arb.* 1998.562-563.

<sup>557</sup> Voir par exemple, *Diagrama c. Christian Dior*, Paris, 1ère ch. supp., 13 mai 1988, *Rev. Arb.* 1989.250, note Derains ; *Société Total Chine c. sociétés E.M.H. et G.S.C.*, précité, note 551. *Société Sermi et Maître Hennion ès qual. c. société Ortec*, précité, note 491 : "Les parties ayant prévu

*"Une contrariété de motifs de la sentence ne pourrait être retenue comme contraire à l'ordre public international que s'il est démontré que la procédure d'arbitrage relève d'une loi exigeant l'obligation de la motivation".*

Cet arrêt a été critiqué par M. Loquin<sup>559</sup>, qui note que *"la contrariété des motifs n'est pas seulement une absence de motivation"*, mais plutôt *"un vice fondamental qui affecte la sentence"*. Elle indiquerait, d'après l'auteur, *"l'absence de tout lien logique entre la décision des arbitres et les raisons qui ont fondé cette décision"*<sup>560</sup>.

M. Loquin soutient que le fait que l'absence de *motivation* soit admise par le droit français de l'arbitrage ne signifie pas que l'arbitraire soit lui aussi admis. En effet, rien ne s'oppose à ce que la partie intéressée démontre qu'*"une violation de l'ordre public international se dissimule derrière l'absence de motivation"*<sup>561</sup>. Et donc, continue M. Loquin, *"[a] fortiori, le même contrôle s'impose lorsque la sentence est motivée, et cela malgré la possibilité de ne pas la motiver"*.

La contrariété des motifs est donc, d'après M. Loquin, un motif suffisant pour refuser l'*exequatur*, indépendamment du devoir de l'arbitre de motiver la sentence.

Nous sommes d'accord avec M. Loquin, lorsqu'il soutient l'inopportunité d'assimiler l'absence de motivation à la contrariété des motifs. Nous doutons pourtant de l'opportunité d'en tirer une règle générale selon laquelle la contrariété des motifs amènerait automatiquement au refus d'*exequatur*.

Comme le souligne M. Derains, l'arbitraire ne se traduit pas nécessairement par une violation de l'ordre public au sens international. Sur la base de cette constatation l'auteur soutient qu'*il serait extrêmement dangereux d'introduire un tel*

---

l'application du droit français à un arbitrage international, les arbitres avaient l'obligation de motiver leur sentence. La contradiction de motifs s'analysant en une absence de motifs, ce moyen d'annulation de la sentence est recevable dans le cadre de l'article 1502-3". Voir aussi *Société PARIS c. Razel*, précité, note 420.

<sup>558</sup> *Société Unijet S.A.A.A. c. S.A.R.L. International Business Relations (I.B.R.)*, Paris, 1ère ch. supp., 6 mai 1988, *Rev. Arb.* 1989.83, note Loquin.

<sup>559</sup> Eric LOQUIN, note sous l'arrêt *Société Unijet S.A.A.A c. S.A.R.L. International Business Relations (I.B.R.)*, *Rev. Arb.* 1989.87-96.

<sup>560</sup> *Ibid*, p. 95.

<sup>561</sup> *Idem*.

*contrôle par le biais d'une vérification de l'absence de contradiction dans la motivation au nom de l'ordre public international*<sup>562</sup>.

C'est précisément parce que la contrariété de motifs peut prendre plusieurs formes que, selon nous, elle ne doit pas être utilisée pour poser une quelconque règle générale, ni dans un sens, ni dans l'autre.

Si nous ne sommes pas d'accord avec M. Loquin lorsqu'il semble comparer la contrariété de motifs à la contrariété avec l'ordre public international français, nous ne sommes pas d'accord non plus pour nier *a priori* l'opportunité d'un contrôle lorsque la contrariété peut laisser penser qu'une telle violation a eu lieu. Et cela, même lorsque l'arbitre n'était pas obligé de motiver sa décision. Il nous semble qu'une violation de l'ordre public au sens international ne doit pas être ignorée par le tribunal étatique uniquement en raison du fait que l'arbitre n'avait pas le devoir de motiver la sentence.

Les exemples qui précèdent démontrent que seuls des comportements extrêmes des parties ou de l'arbitre entraînent un refus de la sentence arbitrale au motif de sa contrariété à l'ordre public ou à la *public policy* du *for*. Parfois, cependant, ce refus ne découle, ni d'un comportement des parties ou de l'arbitre, ni de la non-conformité de la décision arbitrale mais d'une violation qui concerne la seule exécution de la sentence.

#### Par. 2 - La contrariété de l'exécution de la sentence à l'ordre public.

Par l'expression *exécution contraire à l'ordre public* (comme distinguée de la *reconnaissance et de l'exécution contraires à l'ordre public*), nous faisons référence aux situations dans lesquelles, la décision de l'arbitre est conforme à l'ordre public du *for*, mais où elle ne peut pas être exécutée, en raison d'éléments extrinsèques à la sentence elle-même, l'empêchant de produire ses effets.

On peut prendre pour exemple, le cas d'une sentence arbitrale qui constate une dette à la charge d'une partie soumise à une procédure collective. Même si la *sentence arbitrale se limite à constater la dette et qu'elle est reconnue* par les autorités de l'État de l'exécution, *l'exécution elle-même sera limitée* par

---

<sup>562</sup>

Y. DERAÏNS, note sous l'arrêt *Société C.F.I.D. c. société Établissements A. Arnaud*, *op. cit.*, note 89, p. 266.

l'intervention des principes régissant les procédures collectives (notamment celui de l'égalité des créanciers et celui de la suspension des poursuites individuelles).

Une telle sentence sera donc *reconnue* par le tribunal du *for* normalement compétent pour la reconnaissance et l'exécution. Le même tribunal ne sera cependant pas compétent pour l'exécution, cette dernière rentrant (d'après le principe de la suspension des poursuites individuelles) dans la compétence du tribunal devant lequel la procédure collective se déroule. Ici, la sentence reconnue constituera un titre faisant preuve de la créance elle-même, mais ses effets pourront être limités du point de vue de la satisfaction du créancier (et ce à cause, précisément, du principe d'égalité des créanciers).

Les éléments à retenir sont les suivants :

Le premier, qui a été clairement établi par la jurisprudence américaine dans le cas *Fotochrome*<sup>563</sup>, est que, seule la sentence *reconnue* constituera un titre valable pour l'admission au passif de la créance dont elle fait preuve. Cela en raison du fait que la procédure de reconnaissance permet à l'autre partie de contester la sentence. Dans le cas *Fotochrome*, la Cour s'est exprimée ainsi :

*"In order to file a claim in chapter XI proceeding based on foreign arbitral award rendered in Japan in arbitration commenced before filing of petition but completed afterwards, foreign creditor was required to secure judgment confirming arbitration award, giving debtor in possession the opportunity to contest the award on grounds set out in United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, and, if successful, creditor could then file judgment as proof of claim"*<sup>564</sup>.

- Le second est que, malgré la *reconnaissance* de la sentence par le tribunal normalement compétent pour la reconnaissance et l'exécution, son *exécution* pourra encore être *contraire à l'ordre public*.

Un arrêt américain nous fournit un bon exemple d'un tel refus d'exécution d'une sentence arbitrale rendue contre la partie soumise à une procédure collective en Suède<sup>565</sup>. Dans cette affaire *Victrix*<sup>566</sup>, la Cour refusa d'exécuter la sentence arbitrale

<sup>563</sup> *Fotochrome Inc. v. Copal Copany*, précité, note 526.

<sup>564</sup> (Nos emphases).

<sup>565</sup> La reconnaissance des procédures collectives étrangères est régie par la Sect. 304 du Bankruptcy Reform Act de 1978, 11 U.S.C. §§ 101-700 (1982). Voir Stephen G. HUTCHINSON, "Non-recognition of Post-Bankruptcy Arbitration : *Victrix Steamship Co. v. Salen Dry Cargo A.B.*", (1988) 22 *Int. Law*. 1183-1196.

sur les biens du débiteur (Salen) aux États-Unis. L'exécution de la sentence arbitrale aurait en effet violé le principe d'ordre public international de l'égalité des créanciers que l'ordonnance de la Cour suédoise visait à protéger. La Cour s'est exprimée ainsi :

*"Any distribution of Salens limited assets is likely to affect other creditors, not parties to the proceedings, who obeyed the Swedish court's stay and sought relief only in the bankruptcy proceedings. By attaching Salen's assets after its declaration of bankruptcy, Victrix attempted to secure a "captive fund" to satisfy the anticipated arbitration award. [...] We will not aid Victrix's efforts to evade the writ of the Swedish bankruptcy court".*

Une autre hypothèse dans laquelle l'exécution de la sentence pourrait être considérée comme constituant une violation de l'ordre public international est celle qui touche à l'immunité d'exécution des États.

Nous verrons, à propos de la notion d'*arbitrabilité en raison de la personne*, que la tendance jurisprudentielle, aussi bien étatique qu'arbitrale, est de nier les effets de l'immunité de juridiction de l'État lorsqu'il s'agit d'établir la validité de la convention d'arbitrage<sup>567</sup>. Si la conclusion d'une convention arbitrale est considérée comme une renonciation à l'immunité de juridiction elle ne constitue cependant pas une renonciation au droit à l'immunité d'exécution.

Cette immunité peut pourtant *"exceptionnellement être écartée, lorsque les biens sur lesquels doivent porter l'exécution ont été affectés par l'État à une activité économique et commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice"*<sup>568</sup>.

Le même principe a été posé, par voie législative, aux États-Unis, lors de la réforme de 1988<sup>569</sup>. La matière est donc actuellement régie par la règle suivante<sup>570</sup> :

<sup>566</sup>

*Victrix Steamship Co., v. Salen Dry cargo AB*, 825 F. 2d 709 (2nd Cir. 1987) ; (1988) 14 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 447 ; (1990) XV *Yearbook* 534, p. 538.

<sup>567</sup>

*État français c. Société Européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E.)*, Cass. civ. 18 novembre 1986, *Clunet* 1987.120, note Oppetit ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1987.786, note Mayer ; *Rev. Arb.* 1987.149, note Delvolvé. Jean-Michel JACQUET, "L'État, opérateur du commerce international", (1989) *Clunet* 621-690, p. 687. Voir *infra*, p. 261 et s.

<sup>568</sup>

*Société E.U.R.O.D.I.F. et autres c. République islamique d'Iran*, Cass. civ. 1ère ch., 14 mars 1984, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1984.644, note Bischoff ; *Clunet* 1984.598, note Oppetit ; D. 1984.629, rapport Fabre, note Robert ; J.C.P. 1984.II.20205, concl. Gulphe, note Synvet ; *Rev. Arb.* 1985.69, note Couchez. Hervé SYNDET, "Quelques réflexions sur l'immunité de juridiction de l'État étranger", (1985) *Clunet* 865-887.

<sup>569</sup>

Loi n° 100-669 du 16 novembre 1988, portant amendement des articles suivants : 9 U.S.C. sec. 15 (sur la doctrine des actes de souveraineté), 28 U.S.C. sec. 1605 (a)(6) (sur l'immunité de

*"The property in the United States of a foreign State [...] used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if [...]*

*(6) the judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign state [...]"*.

Il est vrai également que l'exécution sur les biens qui *ne sont pas destinés à un tel but* sera contraire au principe de l'immunité<sup>571</sup>.

Comme l'a décidé la Cour d'appel de Paris<sup>572</sup>,

*"[d]ès lors que la société défenderesse n'établit pas que l'exécution de la sentence sera effectuée sur de tels biens, l'exécution de la sentence en France heurte l'ordre public international en ce qu'elle est contraire à ce principe d'immunité"*<sup>573</sup>.

---

juridiction) et 28 U.S.C. sec. 1610 (a)(6) (sur l'immunité d'exécution). Voir Françoise JOLY, "États-Unis : une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage", (1990) *Rev. Arb.* 607-616. Voir aussi A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 347. Pour un exemple de la situation avant la réforme, voir Jérôme F. BIRN jr., "Sovereign Immunity : Enforcement of Arbitral Awards Against Foreign State - *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, 603 F. 2d 1094 (DC Cir. 1982)", (1983) 24 *Harvard Int. L.J.* 237-244.

<sup>570</sup>

28 U.S.C. sec. 1610 (a)(6).

<sup>571</sup>

Il est intéressant de noter que le droit suisse impose, pour l'exécution sur les biens d'un État étranger sur son territoire la condition ultérieure de la nécessité d'un lien entre le rapport source du différend à l'origine de l'exécution et le territoire suisse : Andreas BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, éd. Helbing et Lichtenhanhn, 1988, p. 150-151. Voir aussi J.-M. JACQUET, "L'État, opérateur du commerce international", *op. cit.*, note 567, p. 689.

<sup>572</sup>

*État du Sénégal c. Seutin, ès-qual de liquidateur de la société S.O.A.B.I.*, Paris, 5 décembre 1989, *Rev. Arb.* 1990.165, note Broches ; *Clunet* 1990.141, note Gaillard.

<sup>573</sup>

(*Nos emphases*). Il faut noter que cette décision a été critiquée par la doctrine. Ainsi, Emmanuel GAILLARD, dans sa note sous cet arrêt (*Clunet* 1990.144-147, p. 145) a reproché à la Cour d'appel d'avoir méconnu le sens de la Convention de Washington "en imposant au demandeur à l'exequatur d'établir qu'il existe, sur le territoire de l'État où elle est demandée, des biens non couverts par l'immunité comme préalable à l'octroi de l'exequatur".

La situation du créancier dont la créance a été établie par une décision arbitrale semble être plus favorable aux États-Unis. L'article 3 de la loi n° 100-669 du 16 novembre 1988, incluant explicitement, parmi les biens saisissables, tous les biens commerciaux de l'État débiteur, ne pose aucune obligation à la charge du créancier. Voir aussi F. JOLY, "États-Unis : une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage", *op. cit.*, note 569. Elle commente, à la page 614 : "[l]e bénéficiaire d'une sentence arbitrale même étrangère contre un État étranger se trouvera généralement dans une situation plus favorable que le bénéficiaire d'un jugement américain" qui (à moins que l'État n'ait renoncé à son immunité d'exécution), ne pourra que saisir les biens commerciaux à l'origine même du titre du créancier.

Comme dans le cas de la procédure collective, la contrariété de l'exécution de la sentence à l'ordre public international découle de circonstances extrinsèques à la sentence même, qui rendent l'exécution impossible, même si certains biens du débiteur existent dans la juridiction où l'exécution a été demandée.

Lorsque l'une des parties à l'arbitrage est un État, l'impasse pourra être évitée en indiquant, si possible *spécifiquement*, les biens de l'État (qui sont utilisés dans le contexte d'une *activité économique et commerciale relevant du droit privé*) sur lesquels la partie qui demande l'exécution entend satisfaire ses droits découlant de la sentence arbitrale. Ce qui, en pratique, on en convient, n'est pas toujours facile.

On comprend néanmoins pourquoi il serait souhaitable d'obtenir, lors de la conclusion d'un contrat avec un État étranger, sa renonciation expresse à l'immunité d'exécution de la sentence<sup>574</sup>.

---

Soulignons l'importance de la qualification de *bien commercial*. Voir, à ce propos, J. F. BIRN jr., "Sovereign Immunity : Enforcement of Arbitral Award against Foreign State. *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, 603 F. 2d 1094 (D.C. Cir. 1982)", *op. cit.*, note 569, p. 241.

<sup>574</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 348.

### **Conclusion du second chapitre.**

Les cas d'intervention de l'ordre public lors du contrôle sur la sentence arbitrale sont peu nombreux.

Le tribunal étatique annulera une sentence ou refusera de l'homologuer, de la reconnaître et d'en ordonner l'exécution, si elle n'est pas conforme à l'ordre public au sens international du *for*, du point de vue de son contenu (parce qu'elle consacre un comportement illicite des parties ou à cause du défaut de l'arbitre de sanctionner l'illicéité du contrat, soulevée par une partie, par exemple) ou si les principes de procédure considérés d'ordre public international n'ont pas été respectés par les arbitres (par exemple, le principe du contradictoire).

Parfois même, une sentence conforme à l'ordre public pourra ne pas être exécutée si c'est l'*exécution* elle-même qui viole les standards locaux (par exemple, lorsque les biens du débiteur font partie de l'actif d'une procédure collective).

De toute façon, seule la violation des principes fondamentaux reconnus par la plus grande partie des États est susceptible de justifier le refus de reconnaître et exécuter une sentence arbitrale.

L'intervention de l'ordre public au sens international est aussi limitée par la tendance, suivie par les cours étatiques, à abandonner *l'approche purement formelle* (qui se traduisait par un examen dans l'abstrait de la violation), en faveur d'un examen concret de la violation de l'ordre public.

Le contrôle est aussi réduit, dans la pratique française et américaine, par la tendance des tribunaux à exclure toute possibilité de révision au fond.

En principe, les faits de chaque espèce ne seront donc pas réexaminés pour vérifier si leur qualification par l'arbitre est exacte. Le tribunal acceptera les conclusions de l'arbitre quant aux faits. Seules les conséquences juridiques de ce que l'arbitre a constaté, seront réexaminées. Cela est, d'ailleurs, d'autant plus difficile que l'arbitre n'est pas obligé de motiver sa sentence et que, de toute façon, la motivation ne doit pas nécessairement être convaincante ou bien fondée.

Il n'est donc pas surprenant que plusieurs auteurs, dont certains habituellement assez favorables à l'arbitrage, aient exprimé des réserves et des critiques assez

sérieuses à l'encontre de la tendance qui semble faire de l'arbitre *le maître d'application de la règle d'ordre public*<sup>575</sup>.

---

575

J. Pellerin, note sous *Société Editic et autres c. A. Moreau*, *op. cit.*, note 465, p. 131.

**Titre 2 - L'ordre public dans le droit canadien de l'arbitrage commercial international.**

Nous examinerons, en deux chapitres, l'intervention de l'ordre public dans les juridictions canadiennes, au moment du contrôle sur la convention d'arbitrage et sur la sentence arbitrale.

Ce Titre 2 sera donc divisé de la façon suivante :

Chapitre 1 - L'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage dans les juridictions canadiennes.

Chapitre 2 - L'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes.

## Chapitre 1 - L'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage dans les juridictions canadiennes.

En droit canadien, comme en droit français et américain, l'ordre public se pose comme limite à la compétence de l'arbitre chaque fois que la convention d'arbitrage ne lui est pas conforme (Section 1) ou que son exécution se heurterait à l'ordre public (Section 2).

### *Section 1 - Les conditions de validité de la convention d'arbitrage.*

La révision des règles générales de validité des contrats sort de notre domaine. De même qu'en droit comparé, les conditions requises pour la validité de la convention d'arbitrage sont les mêmes que celles exigées pour tout autre type de contrat : les *parties doivent être capables* et avoir donné valablement leur *consentement*, la *cause* et l'*objet* de la convention doivent être licites. En droit canadien aussi, la plupart des règles spécifiques limitant l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage concernent son *objet* : elles rentrent donc dans la notion d'arbitrabilité et seront examinées séparément.

Notons, en particulier, que la tendance relevée dans toutes les juridictions canadiennes est de ne pas limiter la capacité de la personne morale à compromettre et d'exiger simplement qu'elles aient donné valablement leurs consentements<sup>576</sup>. La forme de la convention n'est pas régie, non plus, par des normes particulièrement restrictives. Rien ne s'oppose donc, en principe, à la reconnaissance de la clause compromissoire par référence<sup>577</sup>. Notons pourtant que, dans ce cas, les tribunaux canadiens tiendront compte de la nature du contrat et des circonstances de sa conclusion. Ainsi, par exemple, lorsque la clause compromissoire est contenue dans une *clause externe d'un contrat d'adhésion*, la jurisprudence québécoise exige

<sup>576</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "Chapitre XVIII. De la Convention d'arbitrage. Articles 2638-2643", *op. cit.*, note 87, p. 1069.

<sup>577</sup>

Ainsi l'article 7.2 de la loi-type prévoit que "[l]a référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat". Si l'article 2060 du Code civil du Québec ne prévoit pas expressément cette possibilité, elle n'est pourtant pas exclue ; la validité d'un tel type de clause est donc laissée, dans chaque cas, à l'appréciation du tribunal : K. KHIARI, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *op. cit.*, note 386, p. 19. *Gilbert Conseil Select Inc. c. 9034-8111 Québec Inc.*, C.S.Q., 28 mai 1998, No. 200-05-009258-984, [1998] A.Q. no 2002.

qu'elle soit "*portée à la connaissance du co-contractant au moment de la formation du contrat*"<sup>578</sup>. Pour sa part, une décision récente, rendue en Ontario, a reconnu la validité d'une clause compromissoire par référence mais seulement après avoir noté que ce type de clause était, en l'espèce, raisonnable<sup>579</sup>.

De même qu'en droit comparé, les parties qui veulent voir leur convention d'arbitrage reconnue, prendront soin de respecter le principe d'égalité des parties dans la nomination de l'arbitre<sup>580</sup>. Ce principe est codifié au Québec à l'article 2641 du Code civil, d'après lequel "*[e]st nulle la stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres*".

Cet article "vise [...] à assurer aux parties un arbitre indépendant et impartial"<sup>581</sup>, et il ne peut pas être écarté<sup>582</sup>.

Mais, comme le notait M. Vežina<sup>583</sup>, la nullité de la *stipulation* concernant la nomination des arbitres n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention d'arbitrage. Cette dernière sera valide dans la mesure où il est possible de recourir aux règles supplétives prévues par la loi<sup>584</sup>. Cela signifie que l'opposition à

<sup>578</sup>

*Eclipse Optical Inc. c. Bada U.S.A. Inc.*, C.S.M., 18 novembre 1997, No. 500-22-004112-978, [1997] A.Q. 3892 : "Pour qu'on retire un droit fondamental comme celui d'être entendu et jugé par ses pairs et les lois de son pays, il faut le dire spécifiquement". Voir aussi *Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, C.S.M., 1er avril 1997, No. 500-02-051752-967, [1997] A.Q. no 1165.

<sup>579</sup>

*Ferguson Bros of St. Thomas v. Manyan Inc.*, précité, note 219, où la Cour souligne que les parties étaient deux professionnelles ("both parties are in the trade") et qu'elles se trouvaient dans un état d'égalité contractuelle ("they do not appear to be of unequal bargaining power"). Notons pourtant que dans ce cas, les parties n'ont pas été renvoyées à l'arbitrage : la clause en espèce, bien que valide, était "incapable of being performed" parce qu'elle renvoyait à l'arbitrage devant un organisme qui a refusé d'arbitrer le litige.

<sup>580</sup>

Voir *supra*, p. 147. Il ne suffit pas que la clause compromissoire pose à la charge de la partie perdante tous les frais d'arbitrage et d'avocats pour qu'elle soit considérée contraire à l'ordre public : *Luc Mousseau c. Société de Gestion Paquin Ltée*, précité, note 332. Voir à propos de cette décision, Gérard DUGRÉE et Stefan MARTIN, "Les contrats nommés", dans Gil RÉMILLARD, *Le Nouveau Code Civil du Québec : un bilan*, Collection Études Critiques, Montréal, 1995, éd. Wilson et Lafleur, 54-94, p. 78.

<sup>581</sup>

*Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, précité, note 578.

<sup>582</sup>

*Petrolière Impériale c. Lessard*, C.S. Trois-Rivières, 400-05-000185-950, 1er février 1996, comme cité dans *Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, précité, note 578, par. 25.

<sup>583</sup>

P. VEŽINA, "La clause compromissoire et l'exécution de la sentence", *op. cit.*, note 383, p.

<sup>37</sup>

<sup>584</sup>

Articles 10 et suivants de la loi-type ; articles 941 et suivants du Code de procédure civiles du Québec. Ainsi la convention qui permettrait à une partie de choisir deux arbitres en laissant à

l'exécution fondée sur la nomination de l'arbitrage par la partie qui s'en trouve désavantagée, n'empêchera pas *nécessairement* le renvoi à l'arbitrage. Simplement, les arbitres seront nommés par le tribunal, et non suivant la stipulation originaire.

Le problème se présente de façon plus aiguë dans la phase finale du contrôle sur la sentence rendue suivant la stipulation nulle. Dans ce cas, le défaut de recourir au mode de nomination supplétif pourra entamer la validité de l'entière convention d'arbitrage et celle aussi de la sentence<sup>585</sup>.

Il peut aussi s'avérer que la formulation même de la convention d'arbitrage rend impossible le recours aux normes supplétives. Ainsi comme le notait M. le Juge Moisan, dans l'affaire *Charbonneau c. les Industries A.C. Davie et le Procureur général du Québec*<sup>586</sup>, on ne pourra pas procéder à un arbitrage lorsque le seul arbitre convenu entre les parties "*est l'une d'elles et qu'elle a dans le litige des intérêts opposés aux autres*". Dans cette hypothèse, "*la clause d'arbitrage n'est pas opérante ; elle est caduque et sans effet. Elle est même illégale*"<sup>587</sup>.

Comme l'a souligné un autre arrêt rendu en 1990<sup>588</sup> :

*"L'arbitrage constitue un acte juridictionnel, et une de ses qualités primordiales est l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Une clause qui non seulement confère une situation privilégiée à une partie dans la désignation de l'arbitre, comme l'interdit maintenant l'article 1926.4 [article 2641 C.c.Q.], mais qui, en plus, fait de celle-ci le juge du différend avec ses cocontractants, contredit de façon fondamentale la notion même d'arbitrage. Lorsque des valeurs aussi fondamentales que le droit de recourir à la justice publique sont en cause, d'autres considérations s'imposent. L'ordre public prévu à l'article 13 C.c. est ici en cause".*

---

l'autre le choix du troisième sera sans effet, mais elle n'empêcherait pas l'exécution de la clause compromissoire parce que les arbitres pourraient encore être nommés par le tribunal.

<sup>585</sup>

*Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc., précité, note 578.*

<sup>586</sup>

*Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie et le Procureur général du Québec*, [1989] R.J.Q. 1255 ; dans le même sens, *Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, C.A.Q. No. 200-09-000700-879 (200-05-002581-861 C.S.), J.E. 90-994 (C.A.) ; [1990] A.Q. No 616. Voir aussi Liliana BIUKOVIC, "Impact of the Adoption of the Model Law in Canada ; creating a New Environment for International Arbitration", *op. cit.*, note 225, p. 394-395.

<sup>587</sup>

*Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie et le Procureur général du Québec, précité, note 586, p. 1259.*

<sup>588</sup>

*Desbois c. Industries A.C. Davie Inc, précité, note 586.*

Notons que ces deux arrêts ont été rendus au Québec en application de la loi fédérale sur l'arbitrage. Alors, même si cette règle n'est pas posée aussi explicitement par les lois canadiennes de *common law* qu'elle ne l'est par l'article 2641 du Code civil du Québec, cela ne signifie nullement que les parties seront moins protégées dans ces juridictions.

En effet, on pourrait parvenir au même résultat par l'application de l'article 18 de la loi-type. Cet article pose le principe de l'égalité de traitement des parties dans la conduite de la procédure arbitrale. Et, il est assez logique d'affirmer (comme la fait la jurisprudence française)<sup>589</sup> que l'égalité dans la conduite de la procédure arbitrale inclut l'égalité dans la nomination des arbitres.

Soulignons par ailleurs que, d'après la Cour d'appel du Québec, il n'est même pas nécessaire de s'appuyer sur un texte législatif pour justifier l'annulation d'une clause qui confère une situation privilégiée à une partie dans la désignation de l'arbitre : sa contrariété à l'ordre public est aussi évidente que suffisante<sup>590</sup>.

Une fois admis qu'aucun tribunal canadien ne permettra que les parties ne soient renvoyées devant un arbitre choisi suivant une méthode injuste, la question qui se pose est alors celle d'établir ce qu'on entend par "situation privilégiée quant à la nomination des arbitres".

Ainsi, par exemple, ne constitue pas une situation privilégiée celle où l'arbitre choisi est de la même nationalité que l'une des parties<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup>

*BKMI Industriean Lagen GmbH c. société Dutco Construction Co.*, précité, note 391. Voir *supra*, p. 147.

<sup>590</sup>

*Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, précité, note 586 : "Le régime juridique applicable [...] n'a pas une importance majeure. [...] [Q]ue l'on soit sous le régime antérieur analysé par la Cour suprême, notamment dans l'arrêt *The Zodiac International productions Inc. c. The Polish People's Republic* [...], ou celui de la nouvelle loi du Québec ou de la loi fédérale, se pose un même problème : l'article 8 de la convention [relatif à la nomination de l'arbitre] est nul est sans effet, comme contraire à l'ordre public".

<sup>591</sup>

L'article 11.1 prévoit expressément que : "[n]ul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties". Mais la nationalité des parties peut être importante lorsque il revient au *tribunal* de nommer l'arbitre. Ainsi, lors de l'affaire *Quintette Coal v. Nippon Steel Corp.*, ([1989] 1 W.W.R. 120, (B.C. Supr. C., July 6, 1988) ; 48 B.L.R. (2d) 32 ; 51 B.C.L.R. (2d) 200 (B.C. Supr. C., June 22 1990) ; 50 B.C.L.R.(2d) 207 (C.A. October 24, 1990) ; *aff'd* 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A. November 6, 1990)), la nationalité des arbitres était motif à discussion parce que la compagnie japonaise en litige avec une compagnie canadienne s'est plaint que la Cour de la Colombie-Britannique, saisie pour la nomination d'un troisième arbitre avait choisi un arbitre canadien. La décision de la Cour respectait les règles du Centre d'arbitrage de la Colombie-Britannique, applicables dans l'espèce. Pourtant la constatation que ces règles pouvaient donner une *apparence de partialité* a été une raison suffisante pour modifier

Sera nulle, au contraire, d'après M. Brierley<sup>592</sup>, la clause prévoyant que l'arbitre nommé par une partie pourra décider de la question en qualité d'arbitre unique si l'autre partie n'a pas désigné d'arbitre dans le délai prévu<sup>593</sup>.

La nullité pourra aussi être constatée suivant l'examen de l'ensemble des circonstances, comme le démontre un arrêt rendu au Québec en 1997<sup>594</sup>. D'après cette décision, "*le seul fait de nommer à l'avance l'organisme qui se chargera de désigner l'arbitre n'est pas illégal en soi*"; l'illégalité pourra résulter pourtant du fait qu'"*une des parties est liée contractuellement avec l'Institut qui seul nomme l'arbitre*", et surtout, du fait que la partie liée contractuellement à cet Institut est aussi la partie qui a imposé la convention d'arbitrage *dans le contexte d'un contrat d'adhésion*<sup>595</sup>.

Comme nous l'avons aussi souligné à propos de la décision américaine *Brandeis*, cette dernière circonstance est sans doute très importante dans la détermination de l'existence d'une situation d'inégalité<sup>596</sup>.

## Section 2 - L'exécution de la convention d'arbitrage.

Même la convention valable du point de vue du consentement, de sa cause, de sa forme et de son objet ne sera pas reconnue si son *exécution* est contraire à l'ordre

---

les législations sur l'arbitrage, autant interne, qu'international, dans cette province. Cf. *Miscellaneous Statutes Amendment Act (No 2)*, B.C. Stat. 1988 qui a introduit la Section 11(9), reprise textuellement par l'*International Commercial Arbitration Act* R.S.B.C. 1966 c. 233 : "[u]nless the parties have previously agreed to the appointment of a sole or third arbitrator who is of the same nationality as any of the parties, the Chief Justice must not appoint a sole or third arbitrator who is of the same nationality as that of any of the parties". Voir L. BIUKOVIC, "Impact of the Adoption of the Model Law in Canada ; creating a New Environment for International Arbitration", *op. cit.*, note 225, p. 394-395. Voir aussi Robert PATERSON, "Canadian Development in International Arbitration Law : A Step Beyond Mauro Rubino-Sammartano International Arbitration Law", (1991) *Williamette L.R.* 573-593, p. 576-577 ; et A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 182-183.

<sup>592</sup> J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 555.

<sup>593</sup> *Entreprises modernes Daveluyville Inc. c. Industries Leclerc Inc.*, C.S. (Distr. de D'Arthabaska), 25 novembre 1995, No 415-05-000128-958, [1995] A.Q. no 2300.

<sup>594</sup> *Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, précité, note 578.

<sup>595</sup> *Ibid.*, par. 27 et 28.

<sup>596</sup> *Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, précité, note 392, où la cour, après avoir nié que l'affiliation d'une des parties avec l'Institution nommée comme arbitre était une raison suffisante pour soutenir la partialité de l'arbitre, a souligné pourtant que le contrat n'était pas un contrat d'adhésion.

public<sup>597</sup>. L'arrêt *Productions Musicales Donald K. Donald c. Guns n' Roses* le démontre très bien.

Dans cette affaire, un producteur, Donald K. Donald, avait engagé le groupe musical *Guns n' Roses* pour se produire en concert, au stade olympique de Montréal, devant 54.000 personnes. Le contrat d'engagement contenait une clause d'arbitrage. Le concert a été interrompu à l'improviste par le chanteur du groupe (dont le comportement sera qualifié par la Cour d'appel comme un "*deliberate and gratuitous sabotage of the concert*") qui annonça aussitôt aux spectateurs que leurs billets seront remboursés.

Évidemment, un recours collectif fut intenté par les spectateurs contre les organisateurs du spectacle, Donald K. Donald et la Régie des Installations Olympiques. Donald K. Donald, pour sa part, demanda à la Cour que le groupe *Guns n' Roses* soit appelé à l'action et soit condamné au paiement de toute condamnation pécuniaire.

La question posée au tribunal était donc celle de savoir si la Cour Supérieure, compétente quant à la cause principale, était aussi compétente pour connaître de l'action incidente en garantie, comme prévu par l'article 71 du Code de procédure civile (article 71 C.p.c.Q. : "La demande incidente en garantie doit être portée devant le tribunal où la demande principale est pendante"), *malgré la clause d'arbitrage*<sup>598</sup>.

La Cour Supérieure y répond affirmativement. Prenons garde toutefois à ne pas en conclure que la seule présence d'une action en garantie rendra *automatiquement* inopérante une convention d'arbitrage.

---

<sup>597</sup> *Productions Musicales Donald K. Donald c. Guns n' Roses*, (1994) 63 Q.A.C. 54 ; [1994] A.Q. No. 411.

<sup>598</sup> *Idem*. La Cour s'appuie sur un arrêt rendu en 1983, dans l'affaire *A S G Industries Inc. v. Corporation Superseal*, [1983] 1 S.C.R. 781, par lequel la Cour Supérieure avait refusé de reconnaître (en application de l'article 71 du Code de procédure civile du Québec) une clause d'élection de *for*. M. le Juge Rothman reconnaît, dans la décision *Guns n' Roses*, que les raisons de l'incompétence de la juridiction de la Cour ne sont pas les mêmes dans les deux cas (une étant précisément une clause d'élection de *for* et l'autre, une clause compromissoire). Mais il souligne que le but de l'article 71 du Code de procédure civile était de parvenir à la résolution complète du différend. Il conclut : "[par. 36 et 37] In both cases, the Superior Court would normally have lacked jurisdiction. In both cases there was an action in warranty asserted against a party who would normally have been subject to the jurisdiction of the Superior Court. [...] I would apply the principles decided in the A S G Industries case and hold that the Superior Court of Québec has jurisdiction to hear the action in warranty in this case".

En effet, autant la formulation de l'arrêt *Guns n' Roses* lui-même, que certaines autres décisions rendues en matière d'arbitrage rejettent une telle solution. Dans *Guns n' Roses*, la Cour précise :

*"The mere initiation of a suit by a third party will [not] permit a party to an arbitration clause to defeat the purpose and intention of the clause by exercising warranty proceedings. There will doubtlessly be cases where the parties should be referred to arbitration, notwithstanding the existence of a suit by a third party. Much will depend on the nature of the claims and on the circumstances of each case".*

Ainsi, l'arbitrage n'a pas été refusé dans l'affaire *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*<sup>599</sup>, ni par l'arrêt *Cima Société d'Ingénierie c. Immeuble Marton Ltée*<sup>600</sup>.

D'un autre côté, la décision rendue en 1999, dans l'affaire *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway*<sup>601</sup>, s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour suprême antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil<sup>602</sup> pour soutenir que l'article 71 du Code de procédure civile du Québec posait "*une règle qui ne souffre*

<sup>599</sup>

*Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*, précité, note 201. Dans cette affaire, un promoteur immobilier, Constructions Mont Saint-Sauveur, avait conclu, dans le but d'accomplir un important projet de condominiums, deux contrats. Un premier contrat liait le promoteur et les architectes chargés de la surveillance des travaux. Le second contrat avait été conclu avec un constructeur, *Les Constructions Serge Sauvé Ltée*. Ce dernier contrat comportait une clause compromissoire. L'appelant (Condominium Mont Saint-Sauveur) avait successivement intenté une action contre le constructeur et contre les architectes du projet, conjointement et solidairement, pour les défauts de conception et de construction. Il s'objectait, devant la Cour d'appel, au maintien, accordé par la Cour supérieure, de l'exception déclinatoire pour défaut de compétence *ratione materiae*, en présence de la clause compromissoire. Il soutenait, entre autre, que le fait que l'action en responsabilité avait été dirigée contre le constructeur et les architectes conjointement et solidairement aurait empêché l'application de la clause d'arbitrage. La Cour d'appel confirma la validité de la convention d'arbitrage en soulignant, à la p. 2784 : "Finalement, il est exact que l'appelante ne pourra pas faire valoir ses griefs contre les architectes et les constructeurs dans une seule et même instance pour ainsi être en mesure d'obtenir une condamnation conjointe et solidaire. Cependant, cette difficulté constitue un effet direct du contrat auquel l'appelante a elle-même adhéré" (*Nos emphases*)

<sup>600</sup>

*Cima Société d'Ingénierie c. Immeuble Marton Ltée*, C.S.M. 12 décembre 1995, No. 500-05-010495-958, [1995] A.Q. no. 1189. Voir aussi *Di Genova c. Great-West, Cie d'assurance vie*, C.S.M. 16 septembre 1997, No. 500-05-031019-977, [1997] A.Q. No 2956.

<sup>601</sup>

*Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, C.S.M., 1er avril 1999, No. 500-05-037773-973, J.E. 99-873 ; [1999] J.Q. no 1123, par. 35. Voir aussi *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Acier Lemarco Steel Inc.*, J.E. 95-419 (C.S.).

<sup>602</sup>

M. le Juge Chaput cite (aux paragraphes 31 et suivants) *A.S.G. Industries Inc. c. Corporation Superseal*, [1983] 1 R.C.S. 781.

*pas d'exceptions*". En partant de cette prémisse, la Cour a ainsi conclu que l'article 3139 du Code civil du Québec qui établit que "[l]'autorité québécoise, compétente pour la demande principale est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle" décalque l'article 71 du Code de procédure civile. Étendre ainsi les effets de cet article à l'ordre international, aboutit à exiger, qu'en droit international privé, de la même façon qu'en droit interne, l'action en garantie soit entendue avec l'action principale.

Ainsi, la Cour, même en reconnaissant que la jurisprudence *Guns N' Roses* a admis la possibilité d'avoir "des cas où il faudrait détacher une demande incidente, voire une action en garantie, de l'action principale à cause d'une élection de for", a fini pour conclure que, dans le cas de l'espèce, la connexité entre les deux actions était telle qu'il était essentiel d'entendre les deux actions ensemble.

La seule réponse possible à la question est alors celle que l'on tire du texte de *Guns n' Roses* : la mesure dans laquelle une action en garantie pourra empêcher l'exécution d'une convention d'arbitrage dépend des circonstances<sup>603</sup>. Ainsi, les parties ne seront pas renvoyées devant l'arbitre s'il est impossible de détacher les deux actions sans leur causer un préjudice sérieux.

C'est ce qui semble ressortir du passage de la décision dans lequel la Cour note qu'il aurait été "*manifestly unfair to compel Donald K. Donald to face alone a refund claim before the Superior Court on behalf of 54,000 tickets holders when Guns n' Roses was the sole cause of the claim*"<sup>604</sup>.

Le principe général posé par cet arrêt est très logique. Pourtant, nous éprouvons quelque difficulté à comprendre comment la reconnaissance de la convention d'arbitrage dans ce cas aurait abouti à une situation "*manifestly unfair*".

La clause compromissoire avait été conclue entre des parties au pouvoir et à la capacité de négociation égales. Jamais il n'y a été question de déséquilibre dans le pouvoir contractuel des parties.

---

<sup>603</sup>

*Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, précité, note 601, par. 47. Pour un exemple de refus d'exécution d'une convention d'arbitrage en raison de la connexité entre l'action arbitrale et une action non arbitrale voir, *Vaughan-Molson c. Boyd*, précité, note 295. Voir aussi *Tanadgusix Corp. v. Bonspille*, précité, note 295.

<sup>604</sup>

*Productions Musicales Donald K. Donald c. Guns n' Roses*, précité, note 597, p. 60. (Nos emphases).

La seule conséquence d'un éventuel refus de la Cour d'appel d'admettre la compétence de la Cour supérieure pour connaître de l'action en garantie contre *Guns n' Roses* aurait été d'obliger Donald K. Donald à saisir l'arbitre (en application de la convention d'arbitrage) pour tout dommage résultant de la rupture du contrat. La reconnaissance des obligations naissant de la convention d'arbitrage ne touchait donc pas du tout à son droit de récupérer les sommes éventuellement payées aux spectateurs.

Même la possibilité d'aboutir à des décisions contradictoires quant à la question de savoir *qui* était en réalité responsable des dommages réclamés dans l'action principale était, il nous semble, très faible, compte tenu du comportement publiquement outrageux du chanteur.

Nous sommes donc d'accord avec M. Goldstein et M. Talpis lorsqu'ils soutiennent que cette décision est en "violation de la loi-type dont le respect s'impose pourtant en raison de l'article 940. 6 du Code de procédure civile"<sup>605</sup>.

Soulignons également que, si à première vue, en considération du comportement scandaleux des *Guns n' Roses*, la décision de la Cour peut en effet sembler *juste*, elle ne va pas nécessairement dans le sens d'une bonne administration de la justice. Il faut, en effet tenir compte, comme le soulignent M. Goldstein et M. Talpis du fait qu'"un jugement éventuel sur le fond à l'égard de *Guns n' Roses*, ne sera probablement pas reconnu en Californie, notamment en raison de la violation de la clause d'arbitrage"<sup>606</sup>.

Notons pourtant que si nous ne sommes pas parvenus à déceler l'injustice manifeste qui a justifié le refus de l'arbitrage dans le cas *Guns n' Roses*, nous l'aurions sans doute reconnue, par exemple, dans le cas d'une convention d'arbitrage imposée par un contrat d'adhésion ou signée par une partie plus faible. Dans une telle situation, notre appréciation aurait alors sans doute été différente.

---

<sup>605</sup>

Gérald GOLDSTEIN et Jeffrey TALPIS, "Les perspectives en droit québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada", (1995) 74 *Can. Bar Rev.* 641-664, p. 651.

<sup>606</sup>

*Idem.* Ce qui d'ailleurs, a aussi été prévu par M. le Juge Rothman : "Conceivably, there may be difficulties, at a later stage, in rendering the judgment in the warranty action executory. But this is not a problem at this stage. Our only concern is whether the Court here has jurisdiction to hear the warranty proceedings under Art. 71 C.C.P. [...]. I conclude that it has".

### Conclusion du premier chapitre.

En droit canadien, de même qu'en droit comparé, la clause d'arbitrage n'est pas considérée comme étant une clause abusive. À moins qu'elle ne soit insérée dans un contrat d'adhésion, elle est sujette aux règles normalement applicables à la formation de tout contrat international.

Sauf le cas assez particulier dans lequel la convention crée une situation d'inégalité entre les parties quant à la nomination de l'arbitre, une convention d'arbitrage conclue par des parties capables, qui présente les qualités nécessaires quant à sa forme (la validité de la clause compromissoire par référence est reconnue par la législation de *common law* et elle semble être aussi valide en droit québécois) et qui a une cause et un objet licites, ne sera refusée que si son *exécution* est contraire à l'ordre public du *for*.

L'arrêt québécois *Guns n' Roses* fournit un excellent exemple de refus d'exécution d'une convention contraire à l'ordre public. Dans ce cas, le tribunal compétent pour l'action principale, a retenu sa compétence sur l'action en garantie, bien que cette dernière faisait l'objet d'une clause compromissoire.

Cet arrêt nous a permis de souligner deux questions importantes :

Premièrement, l'article 71 du Code de procédure civile (qui réserve au tribunal compétent sur l'action principale, la compétence sur l'action en garantie) et l'article 3139 du Code civil du Québec qui en étend ses effets au domaine du droit international privé sont-ils d'ordre public ?

Une réponse positive exclura automatiquement de la compétence de l'arbitre tout litige faisant objet d'un tel type d'action. Mais l'examen de la jurisprudence semble exclure une conclusion ainsi tranchée. En réalité, ce n'est que lorsque la reconnaissance de la compétence de l'arbitre se traduira par une *injustice manifeste*, compte tenu des circonstances de chaque cas, que le refus d'exécution sera justifié.

Cette solution doit être approuvée. Mais, et ici est notre seconde question, il faut se demander si le *cas de l'espèce* présentait les éléments suffisants pour conclure que l'exécution de la convention d'arbitrage aurait causé une telle injustice. Avec respect, cela nous semble douteux.

## Chapitre 2 - L'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale dans les juridictions canadiennes.

Dans ce chapitre, nous examinerons l'approche (concrète ou abstraite) suivie par les tribunaux canadiens lors de la constatation de la violation de l'ordre public (Section 1). Nous nous arrêterons ensuite sur les motifs qui justifient le refus de la sentence par les tribunaux canadiens (Section 2).

*Section 1 - La constatation de la violation de l'ordre public : "examen concret ou examen dans l'abstrait" de la violation?*

La jurisprudence canadienne n'offre pas d'exemples aussi spécifiques que celui découlant de l'arrêt français *Grands Moulins*<sup>607</sup> (d'après lequel la violation de l'ordre public du *for au sens international* doit être établie sur la base du *résultat* au moment de la reconnaissance de la décision arbitrale, indépendamment des règles appliquées par l'arbitre) quant à l'approche suivie par les tribunaux au moment de la constatation de la violation.

On peut donc seulement essayer de tirer des conclusions à ce propos de l'examen des textes législatifs.

Nous distinguerons le Québec (Par. 1) des juridictions de *common law* (Par. 2).

### Par. 1 - Le Québec.

Les textes législatifs québécois sur l'arbitrage ne permettent pas de déterminer *a priori* quelle approche sera suivie par les tribunaux pour établir si une sentence est ou non conforme à l'ordre public.

Non seulement l'ordre public *dans son sens international* n'est pas mentionné par les articles 948, 949 et 950 du Code de procédure civile du Québec, mais le législateur ne fait aucune référence au fait que la sentence doit être conforme à l'ordre public du point de vue du *résultat*.

Cela est d'ailleurs assez logique puisque (comme nous l'avons souligné dans notre première partie), la loi québécoise sur l'arbitrage s'applique indistinctement à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international et les règles concernant la

<sup>607</sup>

*Sté Grands Moulins de Strasburg c. Continenatal France, précité, note 345.*

reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec interviendront indépendamment de la nature interne ou internationale du rapport.

Il est vrai que l'article 948 du Code de procédure civile distingue les sentences "étrangères" des sentences "internationales" pour les fins d'interprétation. Ainsi, lors de l'exécution de ces dernières, le tribunal tiendra compte de la Convention de New York de 1958. Mais cette Convention ne distingue pas non plus l'ordre public au sens interne de l'ordre public au sens international, ni ne donne d'indication quant au type d'approche à suivre dans la constatation de la violation.

Notons par ailleurs que, si le principe qu'on tire de l'arrêt français *Grands Moulins* n'est pas posé par rapport aux sentences arbitrales, il s'applique sans doute, en application de l'article 3155 al. 5 du Code civil du Québec, aux *jugements étrangers*.

D'après cet article, le refus de reconnaissance et d'exécution du jugement étranger n'est justifié que si "*le résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales*"<sup>608</sup>.

Pourrait-on soutenir que les tribunaux suivront la même approche lorsqu'il s'agira d'examiner la conformité d'une *sentence internationale* à l'ordre public du Québec?

Bien qu'il ne soit pas expressément applicable aux sentences arbitrales, l'alinéa 5 de l'article 3155 du Code civil exprime substantiellement la philosophie adoptée par le législateur quant à la nécessité de protéger la communauté juridique québécoise au moment de l'introduction d'une décision étrangère ; à condition toutefois qu'elle concerne un *rapport de droit international privé*, peu importe qu'elle soit rendue par un tribunal étatique ou par un tribunal arbitral.

On pourrait objecter, il est vrai, que si cela avait été vraiment la philosophie du législateur *en matière de sentences arbitrales*, il lui aurait été assez facile de modifier l'article 949 du Code de procédure civile lors de la réforme du Code civil.

---

<sup>608</sup>

(*Nos emphases*). Cet article est placé dans le titre quatrième du Livre X du Code civil du Québec, qui régit *la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et la compétence des autorités étrangères*.

Voir aussi l'article 3081 du Code civil : "[l]'application de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales".

Mais, il ne faut pas l'oublier, cet article vise à la reconnaissance de toutes les sentences *rendues hors du Québec*. Il ne concerne pas exclusivement les sentences *internationales*. Comment pourrait-on justifier alors la reconnaissance d'une sentence arbitrale *rendue hors du Québec en matière de droit interne* soumise à la seule condition qu'elle n'aboutisse pas à produire un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales? Le silence de l'article 949 du Code de procédure civile se justifie alors pour des raisons autres que la volonté du législateur de soumettre la sentence arbitrale internationale à un contrôle plus restrictif que celui prévu par l'article 3155 al. 5 du Code civil du Québec<sup>609</sup>.

Il nous semble donc très probable que, *malgré* le silence de l'article 949 du Code de procédure civile sur le sujet, les tribunaux québécois adopteront, lors de la reconnaissance des sentences internationales, l'approche prévue par l'article 3155 du Code civil du Québec.

En ce qui concerne l'approche à suivre lorsque la violation concerne des règles d'application immédiate, et l'opinion suivant laquelle l'intervention d'une telle règle constituerait une exception à l'approche concrète dans la constatation de la violation<sup>610</sup>, notons que l'article 180.1 du Code de procédure civile du Québec, abrogé en 1992, prévoyait précisément cette hypothèse.

Suivant cet article, on aurait refusé la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu hors du Québec "lorsque, en raison de la matière, le droit du Québec a attribué à ses tribunaux une juridiction exclusive pour connaître de la demande ou de l'action qui a donné lieu à cette demande ou lorsqu'il *est fondé sur des règles du droit étranger alors qu'existait au Québec une règle de droit dont l'application est impérative*"<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup>

Et d'ailleurs, comme le souligne M. Racine (J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 481), "ce n'est pas parce qu'un droit ne distingue pas l'ordre public interne de l'ordre public international que son attitude vis-à-vis des sentences étrangères ou internationales est restrictive. Tout dépend du contenu donné à la réserve de l'ordre public". Ainsi, "[d]ès l'instant que la jurisprudence restreint le domaine de l'ordre public appliqué à l'arbitrage international, celle-ci fait preuve du même libéralisme que si elle utilisait la notion d'ordre public international".

<sup>610</sup>

P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 644.

<sup>611</sup>

(*Nos emphases*). Voir G. GOLDSTEIN et J.A. TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, note 160, p. 265.

L'article 3165 du Code civil du Québec, qui a repris le texte de l'article 180.1 du Code de procédure civile, a omis cette dernière partie.

La loi québécoise n'exclut donc pas, en principe, le pouvoir du tribunal d'examiner la décision étrangère du point de vue de son résultat, même si cette décision n'a pas été fondée sur la règle québécoise d'application nécessaire<sup>612</sup>.

Quant à la reconnaissance d'une sentence rendue en violation d'une règle impérative étrangère, une question se pose quant à la possible intervention, à cette étape, de l'article 3079 du Code civil du Québec, qui prévoit :

*"Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application".*

Pourrait-on alors soutenir que, suivant cette norme, la violation d'une disposition impérative étrangère permettrait au tribunal québécois de refuser une sentence arbitrale, par ailleurs conforme à l'ordre public du *for* ?

Il nous semble que, de même qu'en droit comparé, une réponse négative soit la seule possible, étant donné que ce motif n'est pas inclus parmi ceux posés par l'article 950 du Code de procédure civile qui, ne l'oublions pas, *dresse une liste exhaustive et limitative*.

#### Par. 2 - Les juridictions de *common law*.

Comme le droit québécois, les législations de *common law* ne limitent pas leur application aux sentences rendues en matière de droit international privé.

Ainsi, l'article 36 des *International Commercial Arbitration Acts* des juridictions de *common law* s'applique indistinctement à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères et des sentences internationales. Il est donc assez logique que le

<sup>612</sup>

*Mutual Trust Co. c. Marc St-Cyr*, [1996] R.D.J. 623 (C.A.) ; H.P. GLENN, "Droit international privé", *op. cit.*, note 291, p. 764 ; H. Patrick GLENN, "Recognition of Foreign Judgments in Quebec", (1997) *Can B.L.J.* 404-414, p. 407 ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Traité du droit international privé*, *op. cit.*, note 203, p. 399. Voir aussi *Cortas Canning and Refrigerating Co v. Suidan Bros. Inc.*, C.S.M., March 26, 1999, No. 500-05-040205-989, J.E. 99-827 ; [1999] Q.J. No. 1089, par. 84.

contrôle de conformité de la sentence ne soit pas limité à sa seule conformité à l'ordre public au sens international.

Quant à l'article 34 des mêmes actes (concernant l'annulation), il vise les seules sentences rendues *dans la juridiction*. Or, en principe, une sentence rendue dans la même juridiction ne devrait rentrer dans le domaine d'application de la législation sur l'arbitrage international que si elle concerne un arbitrage *international*. Mais un problème se pose en raison de la qualification très étendue de l'adjectif *international* donnée par l'article 1.3 de la loi-type (qui a été reprise dans toutes les juridictions à l'exception de l'Ontario) qui établit qu'un arbitrage est international si "*c) les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays*". Cet article pourrait donc (au moins théoriquement) permettre l'application de l'*International Arbitration Act* aux sentences rendues dans la juridiction de l'annulation en matière de droit interne sur la base de la seule volonté des parties.

Il est alors préférable que cette règle aussi (comme le fait l'article 949 du Code de procédure civile du Québec) ne spécifie pas le standard à la lumière duquel chaque sentence sera examinée, et qu'on laisse au tribunal la tâche d'établir dans chaque cas si elle doit être conforme à l'ordre public interne ou à l'ordre public dans son sens international.

De toute façon, comme nous l'avons souligné à propos de l'article 949 du Code de procédure civile, rien n'empêche au tribunal de distinguer lui-même, en adaptant le standard applicable à l'espèce sur la base des liens entre le *for* et le rapport litigieux : après tout, la possibilité d'adaptation aux circonstances est inhérente à la nature souple de l'ordre public.

Ainsi, de façon générale, il est rassurant de constater, comme le souligne M. Castel<sup>613</sup> qu'en matière de reconnaissance des jugements étrangers dans les juridictions canadiennes de *common law*, les cas dans lesquels la *public policy* a été invoquée avec succès ont été très rares, "*as this exception has been construed narrowly*"<sup>614</sup>. Plus spécifiquement, en ce qui a trait à l'intervention de la *public policy* en matière d'arbitrage, cet auteur conclut dans le même sens :

<sup>613</sup>

J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, *op. cit.*, note 190, p. 164.

<sup>614</sup>

Voir aussi *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf*, précité, note 267. *United States of America v. Ivey et al.*, précité, note 267. M. le Juge Sharpe s'exprime ainsi : "while the public policy defense exist in theory, it has rarely been applied".

*"This defence, which is to be narrowly construed in the light of the overriding purpose of the New York Convention, will be successfully invoked only when recognition of enforcement violates the most basic notions of morality and justice of the forum"*<sup>615</sup>.

En ce qui concerne la constatation de la violation, M. Goldstein souligne, pour sa part, que les tribunaux affichent une certaine tendance à l'analyse concrète de la situation<sup>616</sup>. Bien que l'étude de cet auteur ne concerne pas directement les sentences arbitrales, ses conclusions sont pourtant très significatives, puisqu'elles nous permettent (comme dans le cas de l'article 3155 du Code civil du Québec) de saisir la philosophie qui inspire la reconnaissance de la décision étrangère dans ces juridictions.

Et d'ailleurs, comme l'a souligné M. le Juge Feldman, dans l'arrêt *Schreter v. Gasmac*, bien que l'on puisse être tenté d'examiner les sentences arbitrales avec moins de confiance que les jugements des tribunaux publics (en raison du fait que les procédures suivies par ces derniers sont plus réglementées et standardisées), cette tentation doit être repoussée, parce qu'une telle attitude serait absolument contraire à la loi-type<sup>617</sup>.

Notons, au niveau fédéral, un cas dans lequel la constatation de la violation *ne peut que découler* d'un examen concret par le tribunal<sup>618</sup> : celui qui résulte de

<sup>615</sup>

J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws, op. cit.*, note 190, p. 314, où l'auteur fait référence à la jurisprudence américaine. Voir aussi David R. HAIGH, Q.C., Alicia K. KUNETZKI, Christine M. ANTONY, "International Commercial Arbitration and the Canadian Experience", (1995) *Alta L.R.* 137-162, p.157 et s.

<sup>616</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, op. cit.*, note 196, p. 419 et s. L'auteur cite notamment, la décision *Re Sefel Geophysics* [1988] A.J. n. 917 (Q.B. Alta, 7 oct. 1988) ; (1988) 70 C.B.R. n.s. 97, dans laquelle la Cour, en tenant compte du résultat, a exclu l'intervention de la *public policy*, et a reconnu des créances fiscales étrangères ; *Sara c. Sara*, (1962) 31 D.L.R. (2d) 566 ; 38 W.W.R. 143 (H.C.J. Ont.), conf. par (1963) 36 D.L.R. (2d) 499 ; 40 W.W.WR. 257 (C.A. B.C.). Voir aussi *Re Hassan and Hassan* (1976), 12 O.R. (2d) 432 ; 28 R.F.L. 121 ; 69 D.L.R. (3d) 224 (H.C.J.) : (comme dans le cas *Sara v. Sara*), la Cour a reconnu un mariage polygamique et reconnaît le droit de l'épouse à la pension alimentaire.

<sup>617</sup>

*Schreter v. Gasmac, précité*, note 228, où la Cour fait référence à la jurisprudence américaine *Waterside Ocean Navigation Co. v. International Navigation Ltd.*, *précité*, note 414.

<sup>618</sup>

Voir G. GOLDSTEIN et J. TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux, op. cit.*, note 160, p. 256 et s. ; Ethel GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville, (Qué.), éd. Y. Blais, 1993, p. 153 ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé, op. cit.*, note 203, p. 397 et s.

l'application de l'article 82 de la *Loi sur la concurrence*<sup>619</sup> et de l'article 8 (1) de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*<sup>620</sup>.

Ces lois permettent au Tribunal de la concurrence et au Procureur général du Canada de prohiber l'exécution de décisions étrangères susceptibles de porter atteinte aux intérêts canadiens dans le domaine du commerce international<sup>621</sup>. La constatation de la violation de ces règles ne peut avoir lieu qu'après *l'examen de l'effet* du jugement étranger au Canada<sup>622</sup>. La concrétisation découle donc de la formulation même de la règle.

<sup>619</sup>

*Loi sur la concurrence* L.R.C. 1985 c. C-34.

<sup>620</sup>

*Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. (1985) c. F-29.

<sup>621</sup>

L'article 82 de la *Loi sur la concurrence* prévoit :

"Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire le Tribunal conclut :

- a) d'une part, qu'un jugement, un décret, une ordonnance, une autre décision ou un autre bref d'un tribunal ou d'un autre organisme d'un pays autre que le Canada peut être exécuté, en totalité ou en partie, par des personnes se trouvant au Canada, par des compagnies constituées aux termes ou en application d'une loi du Parlement ou de la législature d'une province, ou par des mesures prises au Canada,
- b) d'autre part que l'exécution, en totalité ou en parties, du jugement, du décret, de l'ordonnance ou de l'autre décision ou de l'autre bref au Canada :
  - (i) nuirait à la concurrence au Canada,
  - (ii) nuirait à l'efficience du commerce ou de l'industrie au Canada sans engendrer ou accroître au Canada une concurrence qui rétablirait ou améliorerait cette efficience,
  - (iii) nuirait au commerce extérieur du Canada sans apporter d'avantages en compensation, ou
  - (iv) ferait autrement obstacle ou tort au commerce sans apporter d'avantages en compensation,
- c) de prendre au Canada des mesures d'exécution du jugement, du décret, de l'ordonnance de l'autre décision ou de l'autre bref ; ou
- d) de prendre au Canada des mesures d'exécution du jugement, du décret, de l'ordonnance de l'autre décision ou de l'autre bref, sauf, selon ce que le Tribunal prescrit afin d'éviter l'une quelconque des conséquences mentionnées aux sous-alinéas b)(i) à (iv)".

L'article 8 (1) de la *Loi sur les mesures extraterritoriales* prévoit :

"Le Procureur Général du Canada, s'il estime que la reconnaissance ou l'exécution au Canada d'un jugement rendu par un tribunal étranger [...] lors d'une procédure engagée sous le régime d'une loi antitrust a porté ou est susceptible de porter atteinte à d'importants intérêts canadien, dans le domaine du commerce ou des échanges internationaux, touchant une activité exercée en tout ou partie au Canada, ou, d'une façon générale, a empiété ou est susceptible d'empiéter sur la souveraineté du Canada, peut déclarer par arrêté, selon le cas, que :

- a) le jugement qu'il porte ou non sur une somme d'argent ne sera pas reconnu ni exécuté en aucune façon au Canada ;
- b) la somme éventuellement allouée par le jugement sera, pour les besoins de la reconnaissance et de l'exécution de celui-ci au Canada, réputée ramenée au montant fixé par l'arrêté".

Bien que ces lois aient été considérées comme des véritables moyens de guerre économique, (voir G. GOLDSTEIN et J.A. TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, *op. cit.*, note 160, p. 259), le caractère spécial de ce type de contrôle indique l'intention du législateur de ne l'utiliser que dans des cas très particuliers. Elles ne mèneront au refus de la sentence arbitrale que dans des cas extrêmes.

<sup>622</sup>

E. GROFFIER, *La réforme du droit international privé québécois Supplément au Précis*, *op. cit.*, note 618, p. 153.

*Section 2 - Motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence en application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York de 1958.*

En suivant la distinction utilisée dans le premier titre, nous examinerons les motifs de non-conformité en distinguant la conformité de la sentence à l'ordre public afin de la reconnaissance et de l'exécution (Par. 1), de sa conformité à l'ordre public afin de la seule exécution. (Par. 2).

Par. 1 - La non-conformité de la reconnaissance la sentence à l'ordre public en application de l'article V (2)(b), tel qu'interprété par la jurisprudence canadienne.

L'arbitre rendra une sentence susceptible d'être reconnue (et, éventuellement, exécutée) si, autant l'ordre public au fond (A), que l'ordre public procédural (B) ont été respectés.

A - Violation de l'ordre public au fond - Généralités.

La non-conformité de la sentence à l'ordre public au fond peut être la conséquence du comportement illicite des parties scellé par la décision de l'arbitre (1) ; elle peut aussi être constatée lorsque le comportement des parties est licite, mais que l'illicéité est intrinsèque à la décision elle-même.(2). Comme nous l'avons souligné dans le premier titre, lorsque l'illicéité est intrinsèque à la sentence, son annulation, autant que le refus d'exécution, touche *uniquement* à la décision de l'arbitre ; ce qui permet une reconnaissance partielle.

Examinons maintenant ces cas de figure dans la jurisprudence canadienne.

1 - Comportement illicite des parties.

Lorsque l'une des parties soutient que l'ordre public a été violé quant au fond du contrat, l'arbitre, s'il constate cette violation, (et dans la mesure où il est reconnu compétent pour le faire)<sup>623</sup> doit la sanctionner par les sanctions civiles applicables. En cas contraire, il devient lui-même partie à l'illicéité et sa décision ne sera pas reconnue. Ce sera le cas, par exemple, si le comportement des parties est illicite

<sup>623</sup>

Voir *infra*, p. 386 et p. 475.

suivant la loi du *for*, (par exemple, un comportement anticoncurrentiel) mais que l'arbitre n'a pas appliqué cette loi.

Les deux questions qui se posent lorsqu'il s'agit d'établir si la décision de l'arbitre scelle un comportement illicite des parties au contrat litigieux sont les suivantes :

- premièrement, quels sont les principes et les règles dont le respect s'impose aux parties et à l'arbitre?

- deuxièmement, jusqu'à quel point le tribunal étatique doit-il pousser son contrôle pour vérifier si la solution de l'arbitre peut s'insérer dans son ordre juridique?

En ce qui concerne la première question, nous avons constaté à quel point, même en droit comparé, il est difficile de trouver des décisions étatiques d'annulation ou de refus d'exécution basées sur une violation de l'ordre public au fond.

Il est pourtant certain qu'un tribunal canadien, de même qu'un tribunal français ou américain, ne donnera pas exécution à une décision arbitrale qui ne respecte pas le principe de l'éthique des affaires internationales. Ainsi, comme l'illustre très clairement une décision rendue au Québec, le tribunal n'hésitera pas à appliquer la disposition concernant l'ordre public du Canada pour refuser une sentence condamnant une partie au paiement d'une somme que les arbitres ont établi être un pot-de-vin<sup>624</sup>.

De même, il nous semble logique de croire qu'un tribunal québécois refusera une décision arbitrale qui aurait pour résultat de priver le consommateur ou le travailleur de la protection offerte par les articles 3117 ou 3118 du Code civil du Québec<sup>625</sup>.

Plus difficile est d'établir, (comme nous l'avons souligné lors de l'examen de la jurisprudence française *Courrèges*<sup>626</sup>) dans quelle mesure le défaut d'observer certaines règles administratives lors de la conclusion du contrat principal se traduit

<sup>624</sup>

*Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, précité, note 300.

<sup>625</sup>

*Dominion Bridge Corp. c. Knai*, précité, note 199, par. 25 : "[J]e ne suggère pas que l'appelante ne peut pas se désister de sa propre action et faire le nécessaire pour procéder à l'arbitrage à New York. L'arbitre newyorkais déterminerait alors sa compétence suivant la loi dont il aurait le devoir d'appliquer. Resterait alors la question de savoir si la sentence de l'arbitre serait reconnue par le tribunal québécois".

<sup>626</sup>

*Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, Paris, 5 avril 1990, précité, note 82.

dans une illicéité du contrat au fond qui, une fois soulevée par la partie intéressée, *doit être sanctionnée* par l'arbitre par une déclaration de nullité.

Cette question a été examinée par la doctrine québécoise. Ainsi, l'application de l'article 14 du Code Civil du Bas-Canada qui prévoyait la nullité des actes contrevenant aux lois prohibitives, même si cette nullité n'était pas expressément prévue par les lois, avait soulevé un doute quant à l'opportunité d'utiliser le caractère prohibitif comme critère suffisant pour qualifier d'ordre public des normes de droit public<sup>627</sup>. L'article 14 du Code civil du Bas-Canada fit effectivement l'objet d'une interprétation rigoureuse qui mena à l'annulation automatique de contrats pour violation de la loi criminelle, pénale ou administrative<sup>628</sup>.

Heureusement, une solution plus libérale a cependant été adoptée par la jurisprudence<sup>629</sup> qui imposait la prise en compte du but de la loi dans chaque cas d'espèce.

Ainsi, le seul fait qu'une prescription soit sanctionnée en droit administratif ne se traduit pas par une nullité absolue automatique d'un contrat de droit civil. Le tribunal a donc le devoir d'interpréter la volonté du législateur afin de déterminer les effets de la sanction administrative dans le domaine du droit civil, dans chaque cas.

Comme le souligne M. Jobin, la nullité du contrat est inévitable si le but de la norme est précisément de nier la validité d'un accord conclu en violation de la règle même (par exemple, l'interdiction d'offrir en location des immeubles qui ne sont pas conformes aux norme de salubrité établies par la loi).

<sup>627</sup>

P.-G. JOBIN, "Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public?", *op. cit.*, note 448, p. 665 et s.

<sup>628</sup>

*Idem.* L'auteur cite, entre autre, *Laflamme c. Poulin*, [1957] R.L. 471 (C.M.) ; *Tremblay c. Lefevre*, [1968] C.S. 559 ; *Landry c. Cunial*, [1977] C.A. 501 ; *Pouliot c. Cie Trust Royal*, [1980] C.A. 157, inf. [1977] C.S. 806 ; *Robert Pawquet et Associés Inc. c. Sico Inc.*, J.E. 81-424. Il ajoute : "[d]u simple fait qu'une prescription soit sanctionnée par une amende, on déduit qu'il s'agit d'une règle d'ordre public pour les fins du droit civil et dès qu'elle concerne un aspect du contrat ou annule celui-ci, bien qu'il s'agisse souvent d'un simple incident du contrat, comme le fait pour l'entrepreneur de ne pas détenir une licence alors que sa compétence professionnelle ni la qualité de ses travaux ne sont contestées". Voir aussi *Girard c. Véronneau*, [1980] C.A. 534 ; *Vilon, succession c. J.A. Madill*, C.A.M., 27 octobre 1987, No. 500-09-000941-823 (500-05-001924-784 C.S.M.), 11 Q.A.C. 96 ; [1987] A.Q. no. 628 : "Dans le développement de l'encadrement législatif ou réglementaire et la multiplication des dispositions impératives et prohibitives, il a fallu que la jurisprudence comme la doctrine s'interrogent davantage sur le but et la portée d'un régime de nullité. Elles se refusent parfois à tirer la conséquence draconienne de la nullité absolue à l'égard d'un acte posé à l'encontre d'une disposition prohibitive".

<sup>629</sup>

P.-G. JOBIN, "Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public?", *op. cit.*, note 448, p. 667, où l'auteur cite *La Compagnie d'Entrepreneurs en Costruction Ltée c. Simard*, [1952] 2 R.C.S. 444 ; *Racicot c. Bertrand*, [1979] 1 R.C.S.441, inf. [1976] C.A. 441.

Par contre, si la règle ne vise pas directement à la réglementation du rapport de droit civil, mais se limite simplement à exiger le respect de certaines normes de sécurité pour que le bien objet du contrat puisse être utilisé à un certain usage, la violation n'entraînera pas automatiquement la nullité du contrat. La sanction civile (par exemple, la résolution, les dommages-intérêts, la nullité relative) sera alors déterminée par le tribunal sur la base des circonstances de chaque cas<sup>630</sup>.

Cette tendance libérale est réaffirmée par l'interprétation donnée aux nouvelles règles du Code civil du Québec, notamment les articles 1411 ("Est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public") et 1413 ("Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public") aussi bien que de l'article 41.3 de la *Loi d'interprétation*<sup>631</sup> qui reprend la formulation de l'ancien article 14 du Code civil du Bas-Canada ("Les lois prohibitives importent la nullité quoiqu'elle n'y soit pas prononcée")<sup>632</sup>.

Comme le souligne la Cour d'appel de Québec dans une décision récente<sup>633</sup> :

*"Si les articles 1411 C.c.Q. et 1413 C.c.Q. ainsi que l'article 41.3 de la Loi d'interprétation [...], font naître une présomption d'invalidité de l'opération juridique qui contrevient à une loi prohibitive, cette présomption peut être renversée lorsqu'il apparaît que les objectifs poursuivis par le législateur, en édictant la prohibition exigent que soient examinés la nature, les circonstances et les effets de l'opération juridique qui contrevient à la règle. [...] En l'espèce, il s'agit en fin de compte de retrouver l'intention du législateur".*

Cette solution est très semblable à celle adoptée dans les juridictions canadiennes de *common law* où, pour que la violation d'une loi prohibitive soit cause de nullité, il faut, premièrement, que l'objet du contrat, lui-même, soit expressément interdit par le texte législatif<sup>634</sup> ; et deuxièmement, que l'intention du législateur soit clairement

---

630

*Ibid*, p. 669.

631

L.R.Q. c. Q-1.

632

Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3ème éd., Montréal, éd. Thémis, 1996, 842 p.

633

*Fortin c. Chretien*, C.A.Q., précité, note 332.

634

*St. John Shipping Corp. v. J. Rank*, [1956] 3 All. E.R. 6983 : "If a contract has as its whole object the doing of the very act which the statute prohibits, it can be argued that you can hardly make sense of a statute which forbids an act and yet permits to be made a contract to do it ; that is a clear implication. But unless you get a clear implication of that sort, I think that a court ought to be very slow to hold that a statute intends to interfere with the rights and remedies by the ordinary law of contract".

celle de poser la nullité comme sanction de la violation constatée et non pas celle d'imposer d'autres types de sanctions. Ainsi, comme le souligne la Cour d'appel de la Cour Fédérale<sup>635</sup> :

*Where a statute prohibits the formation of a contract but does not detail the contractual consequences flowing from a breach of a statutory prohibition, the courts should be free to decide the consequences. As the doctrine of illegality is a creature of judicial creation, it is incumbent on the judiciary to ensure that its premises accord with contemporary values".*

Il ne suffit pas donc que les parties à un contrat aient violé une norme de droit public interdisant ou exigeant un certain comportement pour que leur contrat soit nul. La décision arbitrale qui confirme la validité d'un tel contrat ne sera pas alors *nécessairement* refusée. Elle le sera seulement si le *but du contrat* est de violer la norme et si l'intention du législateur est de sanctionner la violation de cette norme par la nullité. Il revient ainsi au tribunal d'apprécier, dans chaque cas, *les effets concrets de la violation de la norme administrative* sur l'ordre juridique intéressé.

La seconde question extrêmement importante qui se pose est celle qui touche à l'étendue du contrôle exercé par le tribunal étatique.

Comme nous l'avons noté dans le premier titre, l'arrêt français *Westman*<sup>636</sup> semblait indiquer que les plus grands pouvoirs reconnus à l'arbitre dans la constatation de la licéité d'un contrat permettraient au tribunal de l'annulation d'exercer son contrôle sur la sentence *autant en droit qu'en fait*.

Cette tendance n'a pourtant pas été suivie par la jurisprudence ultérieure, d'après laquelle il serait, au contraire, interdit au tribunal de vérifier la correction de la

<sup>635</sup>

*Still v. M.N.R.*, (F.C.C.A.), November 24, 1997, Court File No. A-881-96, [1997] F.C.J. No. 1622 ; [1998] 1 F.C. 549 : "The modern approach to the law of illegality rejects the understanding that simply because a contract is prohibited by statute it is illegal and therefore void ab initio. The contract may be declared illegal but relief is granted under the guise of an exception ; or the contract is held not to be illegal and therefore enforceable. In either case the legal result is the same. [...]. The other distinguishing feature of the modern approach is that enforceability of a contract is dependent upon an assessment of the legislative purpose or objects underlying the statutory prohibition". Voir aussi, *Royal Bank of Canada v. Grobman*, (1977) 18 O.R. (2d) 636 ; 83 D.L.R. (3d) 415, (Ont. C.J. Sept. 9, 1977) : "[t]he serious consequences of invalidating the contract, the social utility of those consequences and the determination of the class of persons for whom the prohibition was enacted, all are factors which the Court will weight".

<sup>636</sup>

*Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, précité, note 436.

qualification juridique sur laquelle l'arbitre a appuyé sa décision<sup>637</sup>. Ce type de contrôle minimal, assez critiqué par certains auteurs<sup>638</sup>, caractérise aussi la jurisprudence américaine.

Le contenu de la jurisprudence canadienne ne nous permet pas de tirer de conclusions quant à l'étendue du contrôle effectivement exercé au Canada.

En effet, il nous semble que, malgré les articles 946.2 et 951.1 du Code de procédure civile du Québec interdisant expressément au tribunal de *réexaminer le fond*<sup>639</sup> et malgré l'attitude assez favorable montrée par les tribunaux des juridictions de *common law* envers l'arbitrage, il n'est pas possible d'exclure *a priori* que les juges canadiens ne se sentiraient pas autorisés à exercer un contrôle en *droit et en fait* s'ils considèrent que ce contrôle est indispensable pour s'assurer que l'ordre public n'a pas été violé.

Il est vrai qu'une décision, rendue par la Cour d'appel de Montréal, confirmée par la Cour Suprême<sup>640</sup> a reconnu, *sans remettre du tout en discussion la qualification donnée par l'arbitre aux faits de l'espèce*, une sentence arbitrale par laquelle l'arbitre ordonnait l'exécution d'un contrat dont une partie invoquait l'illicéité.

La sentence contestée concernait un différend entre une compagnie de transport maritime (Transport de Cargaison) exploitant un cargo faisant route entre le Niger et l'Espagne, et la compagnie chargée de s'occuper des démarches administratives dans les différents ports de la zone (Industrial Bulk).

Condamnée par l'arbitre à payer une somme considérable pour les frais encourus par Industrial lors d'une escale du navire à Bilbao, la compagnie Transport de Cargaison s'oppose à l'exécution de la sentence en soutenant, entre autre, qu'elle violerait l'ordre public canadien. D'après Transport de Cargaison, la somme

---

637

En matière d'arbitrage international, voir notamment : *Fabre et autre c. Espitalier et autres*, précité, note 457.

638

Voir *supra*, p. 168 et s.

639

*Idem.* Voir à ce propos, D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 124 et la jurisprudence citée. Voir aussi *Ateliers de Haute-Garonne Établissement Auriol & Cie c. Dominion Bridge corp.*, précité, note 213 ; *Chateau c. Université McGill*, C.S.M., 20 janvier 1999, No 500-05-033793-975, [1999] A.Q. no 167.

640

*Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, précité, note 300.

d'argent à laquelle elle avait été condamnée était, en fait, le remboursement d'un pot-de-vin payé à un dirigeant du port.

Comme le souligne le Juge Vallerand :

*"Je n'hésiterait guère, pour ma part, à appliquer la disposition concernant l'ordre public du Canada si en l'espèce les arbitres avaient statué qu'il s'agissait en effet d'un pot-de-vin et néanmoins condamné Transport de Cargaison à rembourser le tripoteur. Mais [...] les arbitres font savoir qu'on tenait à Bilbao le navire en otage. [...].  
Le pot-de-vin est une chose ; la rançon en est toute une autre. Celle-là est foncièrement immorale tant pour celui qui l'offre que pour celui qui l'accepte ; celle-ci ne l'est que pour celui qui l'exige et ne laisse, en thèse générale, guère de choix à celui qu'il tient en otage"<sup>641</sup>.*

Il est évident que la Cour ne s'est nullement sentie obligée de revoir les faits pour déterminer si en effet *la conclusion de l'arbitre était exacte*. Il nous semble pourtant assez difficile d'établir si l'acceptation de la qualification donnée par l'arbitre est une conséquence de l'interdiction faite au tribunal de réexaminer le fond du différend (articles 946.2 et 951.1 du Code de procédure civile)<sup>642</sup>, ou si cette attitude de la Cour se justifie simplement par l'éloquence des faits de l'espèce.

Dans la première hypothèse, on ne pourrait que conclure que la confiance faite à l'arbitre est assez étendue. Si cette hypothèse se révélait exacte, la question qui se poserait alors serait celle, assez controversée en doctrine, de savoir si le contrôle sur la sentence est suffisant pour défendre les intérêts fondamentaux de l'État.

## 2 - Illicéité intrinsèque de la sentence.

Selon l'article V (2)(b) de la Convention de New York une sentence arbitrale peut violer l'ordre public si l'arbitre excède les pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi ou s'il ignore les limites posées à ses pouvoirs par l'intervention d'une autorité judiciaire<sup>643</sup>.

<sup>641</sup>

*Idem.* (Nos emphases).

<sup>642</sup>

*Idem.*

<sup>643</sup>

Lorsque les limites aux pouvoirs de l'arbitres découlent de la volonté des parties, on rentre dans l'hypothèse prévue par l'article V (1)(c). *Quintette Coal v. Nippon Steel Corp.*, précité, note 591.

Parmi ces limites, relevons celles qui concernent la liquidation des intérêts et plus spécifiquement des dommages intérêts et la détermination de leur montant<sup>644</sup>.

Au Québec, l'article 944.10 du Code de procédure civile<sup>645</sup> reconnaît expressément le pouvoir de l'arbitre de déterminer les dommages-intérêts.

Il n'est donc pas nécessaire que ce pouvoir soit prévu expressément par les parties<sup>646</sup>. Par contre, elles peuvent l'exclure par leur convention d'arbitrage (article 940 C.p.c.)<sup>647</sup>.

Le pouvoir de l'arbitre en matière de liquidation des dommages n'est pas accordé explicitement dans les juridictions de *common law*. Mais l'arrêt *Schreter v. Gasmac*<sup>648</sup> semble indiquer que les pouvoirs reconnus à l'arbitre au moment de l'exécution de la sentence ne doivent pas nécessairement être tous spécifiés dans la convention d'arbitrage.

En l'espèce, la Cour reconnaît la décision par laquelle l'arbitre (sans que rien n'ait été prévu dans la convention d'arbitrage) ordonne la réduction du délai d'exécution de l'obligation de payer la somme due pour les droits d'auteur et les commissions qui sont nés du contrat litigieux et qui, d'après ce contrat, auraient été payables pendant les cinq années suivantes. Comme l'a spécifié la Cour, "*the*

---

<sup>644</sup>

Yves DERAÏNS, "Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", *op. cit.*, note 476 ; Pierre BENVENU, "Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et le droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux", (1996) 56 *R. du B.* 39-79, p. 69.

<sup>645</sup>

"Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts". Comme le souligne A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 444, c'est "une précision qui n'apparaît pas dans la loi-type". Le législateur québécois a pourtant jugé nécessaire de l'ajouter pour contrer la jurisprudence suivant laquelle ce pouvoir aurait dû être expressément accordé par les parties pour être reconnu aux arbitres. *Couplan Inc. c. C.E.V.M.I.-Chimie*, [1979] C.A. 234.

<sup>646</sup>

En ce qui concerne le pouvoir de l'arbitre dans la détermination des intérêts moratoires, voir *Renwick of Canada Inc. c. Les investissements Admasa Inc.* [1990] R.J.Q. 1353. L. MARQUIS, "L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 C.p.c", *op. cit.*, note 173, p. 223 et s., où l'auteur examine le pouvoir de l'arbitre de liquider des dommages-intérêts compensatoires et cite la décision *Beaudry c. 151444 Canada Inc.*, J.E. 90-1257. Voir aussi D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 148.

<sup>647</sup>

L. MARQUIS, "L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 C.p.c", *op. cit.*, note 173. Voir aussi P. BIENVENU, "Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et le droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux", *op. cit.*, note 541, p. 69.

<sup>648</sup>

*Schreter v. Gasmac Inc.*, précité, note 228.

*acceleration of royalty payments for breach of contract*" n'était pas *per se* contraire à l'ordre public de l'Ontario.

Soulignons pourtant que, même lorsque le pouvoir de l'arbitre de liquider les dommages n'est pas contesté, la question pourra se poser de savoir si un tribunal canadien reconnaîtra une sentence arbitrale qui condamne au paiement d'une *somme qu'il considère déraisonnable*.

Notons que l'on ne détermine pas nécessairement le bien-fondé d'une décision étrangère ou d'une sentence arbitrale en partant des normes internes normalement applicables pour établir le montant des dommages ou des intérêts dus.

Ainsi, par exemple on a reconnu, en Ontario, une sentence condamnant une partie au paiement d'un intérêt moratoire avec un taux mensuel de 1,5%. Bien que cette décision était en violation de la Sect. 4 du *Canada Interest Act*, elle n'était pas considérée contraire à la moralité de l'Ontario<sup>649</sup>.

Mais si la somme évaluée par l'arbitre est réellement excessive par rapport à celle qui aurait été accordée par un tribunal canadien, la sentence serait-elle reconnue? Ou serait-elle considérée contraire à l'ordre public?

Bien que cette question ait été examinée, autant par la doctrine<sup>650</sup>, que par la jurisprudence<sup>651</sup>, on n'est pas en mesure de tirer des conclusions définitives.

En effet, la seule décision qui semble donner une réponse à cette question est celle rendue en 1991 dans l'affaire *Clarke v. Lo Bianco*<sup>652</sup>. La Cour Supérieure de Colombie-Britannique a effectivement reconnu un jugement rendu par un tribunal américain en soutenant qu'il aurait été illogique d'imposer "*upon the plaintiff any*

<sup>649</sup>

*Arcata Graphics Buffalo v. Movie (Magazine) Corp.*, 12 mars 1993, non publié, cité dans (1994) *Yearbook* 268, [1993] O.J. No 568 ; DRS 93-09490. En effet, comme nous l'avons souligné à propos du droit français, les règles internes sur l'usure ne sont pas applicables lorsqu'il s'agit de déterminer la contrariété d'une sentence à l'ordre public international : *Société Iro-Holding c. sté Sétilex*, Paris 1ère ch. supp., 9 juin 1983, précité, note 478.

<sup>650</sup>

H. P. GLENN, "Recognition of Foreign Judgements in Quebec", *op. cit.*, note 612.

<sup>651</sup>

*Clarke v. Lo Bianco*, (1991) 59 B.C.L.R. (2d) 334 (S.C.) ; *Stoddard v. Accurpress Manufacturing Ltd.*, B.C.S.C., July 29, 1993, Vancouver Reg. No. C921665, [1993] B.C.J. No. 1708 ; *Cortas Canning and Refrigerating Co v. Suidan Bros. Inc.*, précité, note 612.

<sup>652</sup>

*Clarke v. Lo Bianco*, précité, note 651.

*British Columbia standards on quantum of damages* simply because the defendant chose to move to this province after the cause of action arose"<sup>653</sup>.

Dans un arrêt ultérieur<sup>654</sup>, rendu, lui aussi, en Colombie-Britannique, la situation était assez différente puisque la partie s'opposant à l'exécution du jugement américain n'avait pas choisi de déménager au Canada *après la naissance du litige*<sup>655</sup>. La Cour décida néanmoins d'ordonner le paiement de la somme liquidée au motif suivant :

*"The amount of the award in this case exceeds many times the limits to such awards in Canada by reason of the public policy decisions of the Supreme Court of Canada. However, argument was not raised before me that the public policy principles as to the upper limits for non-pecuniary damages should be applied to a judgment enforcing a judgment for personal injuries granted in a foreign jurisdiction and I do not think it appropriate that I attempt to embark upon a consideration of this in the absence of it being raised and argued"*<sup>656</sup>.

La formulation de cet arrêt laisse entendre qu'il serait possible de refuser le jugement pour sa contrariété à l'ordre public *si on décidait de l'examiner de ce point de vue*. Ce que la Cour refuse de faire parce que l'exception n'a pas été soulevée par les parties.

On pourrait évidemment se poser la question de savoir pourquoi la Cour fait dépendre la défense des intérêts fondamentaux du *for* de la volonté de la partie privée. Mais, comme le souligne Mme le Juge Marcellin, dans l'affaire québécoise *Cortas Canning and Refrigerating Co. v. Suidan Bros. Inc.*<sup>657</sup>, "[u]nfortunately, the appeal was never formally heard". La question reste donc sans réponse.

Hélas, elle le demeure aussi en droit québécois.

En effet, la Cour québécoise soulève la possibilité d'une contrariété entre le jugement dont elle avait été saisie pour l'exécution dans l'affaire *Cortas Canning* et l'ordre public du Québec. Mme le Juge Marcellin souligne ainsi que le montant accordé par le tribunal américain était tellement élevé, dans les circonstances, qu'il

<sup>653</sup> *Ibid*, p. 342, comme cité dans *Stoddard v. Accurpress Manufacturing Ltd.*, précité, note 651, par. 28. (Nos emphases).

<sup>654</sup> *Stoddard v. Accurpress Manufacturing Ltd.*, précité, note 651.

<sup>655</sup> *Ibid*, par. 29.

<sup>656</sup> *Ibid*, par. 30.

<sup>657</sup> *Cortas Canning and Refrigerating Co v. Suidan Bros. Inc.*, précité, note 612, par. 86.

n'aurait pu être liquidé par aucun tribunal canadien. Mais, en l'espèce, la Cour n'examine même pas la question, puisque, de toute façon, la juridiction américaine n'était même pas compétente. Le jugement ne pouvait donc être reconnu<sup>658</sup>.

#### B - Violations d'ordre procédural.

Pour que la décision de l'arbitre soit conforme à l'ordre public du point de vue de la procédure, il est nécessaire que les parties, leurs représentants et l'arbitre lui-même adoptent un comportement licite lors du déroulement de l'arbitrage et que les garanties procédurales fondamentales soient respectées.

De même qu'en droit comparé, les règles procédurales à suivre par l'arbitre pour que sa décision soit reconnue par les tribunaux canadiens ne sont pas nombreuses.

Comme nous l'avons fait dans notre premier titre, nous distinguerons les règles qui sont considérées comme posant des principes d'ordre public au sens international, (1) de celles qui ont été reconnues comme étant d'ordre public interne. (2).

#### 1 - Les règles d'ordre public au sens international applicables à la procédure arbitrale.

Il est évident, qu'en droit canadien, l'arbitrage doit offrir aux parties qui s'y soumettent les mêmes garanties fondamentales que la justice publique<sup>659</sup>.

<sup>658</sup>

*Ibid*, Par. 89 : "In the opinion of the Court, this award is extremely high in the circumstances in which it was awarded. The Court believes that no Court in Canada would have rendered such a judgement [...]. However, because the Court has come to the conclusion that Justice Kendall should have declined jurisdiction, it is not necessary for the Court to pronounce itself as to the public order aspect of these procedures".

<sup>659</sup>

Ainsi, par exemple, Mme le Juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Zittrer c. Sport Maska*, précité, note 164, après avoir reconnu la possibilité d'écarter l'intervention du tribunal public en faveur de l'arbitrage, note qu'il revient au législateur de s'assurer "que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration des règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles de justice fondamentale telle la règle *audi alteram partem*". Voir aussi, *Québec (procureur général) c. Cintec Environnement*, C.S.M., 23 octobre 1997, No. 500-05-032772-970, [1997] A.Q. No. 3706, Par. 22 : "Un tribunal qui exerce des fonctions judiciaires, quasi judiciaires ou encore des fonctions administratives très similaires à des fonctions judiciaires doit respecter les règles de justice naturelle" ; et *Cité-Amérique Cinéma-Television Inc. c. Raynauld*, C.S.M., 26 août 1998, No. 500-05-042757-987, [1998] A.Q. No. 2665, par. 22.

Mais, la jurisprudence canadienne n'étant pas aussi riche que la jurisprudence française ou américaine, il est parfois difficile de donner des exemples concrets de l'intervention de l'ordre public au moment de la reconnaissance de la sentence arbitrale.

Néanmoins, les quelques décisions disponibles révèlent que les tribunaux canadiens refusent de reconnaître une décision arbitrale rendue par un arbitre partiel ou nommé dans des conditions d'inégalité (a) ou rendue en violation du principe du contradictoire (b).

a - L'impartialité de l'arbitre et l'égalité des parties.

Comme nous l'avons souligné dans le premier chapitre, la stipulation qui confère une situation privilégiée à une partie quant à la nomination de l'arbitre est nulle (article 2641 C.c.Q.)<sup>660</sup>. Sera donc aussi nulle, la sentence rendue suivant une telle stipulation. Mais il est important de souligner que l'exception doit être présentée de bonne foi. Les parties doivent donc être attentives et ne pas attendre que les arbitres aient rendu leur décision pour contester la validité de la stipulation. Il faut s'y opposer "d'une manière appropriée et en temps opportun"<sup>661</sup>.

Parfois, la stipulation est valide. Seule sa mauvaise exécution se traduit en une injustice. Ainsi, la convention qui prévoit que l'arbitre unique sera nommé par l'une des parties et que ce choix devra simplement être approuvé par l'autre, est valable. Mais si, malgré l'opposition de la partie dont l'approbation est exigée, l'arbitre refuse de se dessaisir, sa sentence sera refusée<sup>662</sup>.

<sup>660</sup>

*Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie et le Procureur général du Québec, précité, note 586 ; Desbois c. Industries A.C. Davie Inc. précité, même note. Voir supra, p. 206.*

<sup>661</sup>

*Parent et associés comptables agréés c. Gagnebin, J.E. 89-448 : "[...] la partie qui ne s'oppose pas d'une manière appropriée et en temps opportun à l'irrégularité de la nomination emporte foreclosure de soulever ce point à l'arbitrage. En somme, le non-respect des règles régissant la nomination constituerait en quelque sorte pour l'arbitre un cas d'absence relative de juridiction et qui peut être corrigée par le défaut des parties de l'opposer en temps utile".*

<sup>662</sup>

*Entreprises Modernes Daveluyville Inc. c. Industries Leclerc, précité, note 593.*

L'impartialité, pour sa part, est "*la qualité fondamentale de tout arbitre*"<sup>663</sup> ; son absence n'étant (comme nous l'avons souligné dans le premier titre) qu'une forme de fraude.

En effet, l'arbitre a le devoir de révéler aux parties toute cause valable de récusation en sa personne. Ce devoir est codifié au Québec par l'article 941 du Code de procédure civile et, dans les autres juridictions canadiennes, par l'article 12 (1) de la loi-type.

Les parties ont, de toute façon, la possibilité d'en demander la récusation en vertu des articles 942 et suivant du Code de procédure civile, pour les motifs prévus par les articles 234 et 235 du même code<sup>664</sup> (ou lorsque l'arbitre ne possède pas les qualifications exigées par les parties).

Dans les juridictions canadiennes de *common law*, ces mêmes principes sont établis, de façon moins détaillée, aux articles 12 (motifs de récusation)<sup>665</sup> et 13 (procédure de récusation) de la loi-type.

L'exception de partialité lors de l'exécution de la sentence doit être présentée, elle aussi, de bonne foi : le défaut de la partie qui connaissait les motifs de récusation, de présenter une demande de récusation *pendant* le déroulement de la

<sup>663</sup>

*Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie et le Procureur général du Québec, précité, note 586, p. 1259.*

<sup>664</sup>

Art. 234 C.p.c. : "Un juge peut être récusé :

1. S'il est parent ou allié de l'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ;
2. S'il est lui-même partie à un procès portant sur une question pareille à celle dont il s'agit dans la cause ;
3. S'il a déjà donné conseil sur le différend, ou s'il en a précédemment connu comme arbitre ; s'il a agi comme avocat pour l'une des parties, ou s'il a exprimé son avis extra-judiciairement ;
4. S'il est directement intéressé dans un litige mû devant un tribunal où l'une des parties sera appelée à siéger comme juge.
5. S'il y a inimitié capitale entre lui et une des parties ; ou s'il y a eu de sa part des menaces, depuis l'instance ou dans les six mois précédant la récusation proposée ;
6. S'il est le représentant légal d'une partie au litige, son mandataire ou l'administrateur de ses biens, ou encore s'il est, à l'égard de l'une des parties, successible ou donataire ;
7. S'il est membre de quelque association, société ou personne morale, ou il est syndic ou protecteur de quelque ordre ou communauté, partie au litige ;
8. S'il a quelque intérêt à favoriser l'une des parties ;
9. S'il est parent ou allié de l'avocat-conseil ou de l'associé de l'un ou de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré".

Art. 235 C.p.c. : "Le juge est inhabile si lui ou son conjoint sont intéressés dans le procès".

<sup>665</sup>

L'arbitre peut être récusé, suivant l'article 12 (2) s'il "existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties".

procédure arbitrale l'empêchera d'opposer la partialité ou le manque d'indépendance de l'arbitre, lors de la reconnaissance et à l'exécution de la sentence<sup>666</sup>.

Quant à savoir dans quels cas les doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre sont justifiés, comme en droit comparé, la partialité doit être réelle ; sa simple apparence n'étant pas suffisante<sup>667</sup>. Ainsi, le seul fait que l'arbitre ait eu des rapports d'affaires avec l'une des parties ne justifie nullement la récusation<sup>668</sup>, ni conséquemment, le refus de la sentence. Par contre, il est évident qu'"[o]n ne pourrait parler d'indépendance de l'arbitre ni de renvoi à un tiers, lorsque l'arbitrage est celui de la partie elle-même"<sup>669</sup>.

La crainte de partialité peut se fonder sur des rapports préexistants à l'arbitrage, mais elle peut aussi surgir durant la procédure d'arbitrage, en raison du comportement de l'arbitre. Quelle qu'elle soit, la crainte doit être raisonnable. Elle est telle, par exemple, lorsqu'il existe "une inimitié capitale entre les arbitres et une partie"<sup>670</sup> ; mais "[l]a saute d'humeur ou des remarques gratuites d'un juge ou d'un arbitre ne permettent pas de conclure automatiquement à sa partialité"<sup>671</sup>. De même, "le fait qu'un juge dont une décision en cours d'instance est portée en appel et infirmée ne permet pas de conclure que ce juge ne pourra rendre justice en toute impartialité. Chaque demande de récusation mérite d'être étudiée en prenant en compte le contexte particulier"<sup>672</sup>.

#### b - Le principe du contradictoire.

<sup>666</sup>

Ce principe a été affirmé en matière de nomination des arbitres, voir *Parent et associés comptables agréés c. Gagnebin*, précité, note 661. Voir aussi l'article 12 (2) de la loi-type et l'article 942.2 du Code de procédure civile du Québec. : "[l]a partie qui a nommé un arbitre ne peut proposer sa récusation que pour une cause de récusation survenue ou découverte après cette nomination".

<sup>667</sup>

*McQueen's Boat Works Ltd. v. Lanikai Holdings Ltd.*, B.C.C.A., September 3, 1996, Vancouver Registry No. CA020888, [1996] B.C.J. No. 2063.

<sup>668</sup>

*Lu-Den Casuals Ltd c. Spingdale Canada Inc.*, C.A.M., 17 avril 1986, No 500-09-001678-820, [1986] A.Q. no 623.

<sup>669</sup>

*Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, [1990] A.Q. No. 616, précité, note 586, p. 3.

<sup>670</sup>

*Québec (procureur général) c. Cintec Environnement*, C.S.M., 23 octobre 1997, No. 500-05-032772-970, [1997] A.Q. No. 3706.

<sup>671</sup>

*Ibid*, par. 52.

<sup>672</sup>

*Ibid*, par. 38.

Aucune sentence arbitrale ne sera reconnue si les parties n'ont pas été en mesure de faire valoir leurs moyens de défense<sup>673</sup>. Évidemment, il est essentiel — et c'est là, le strict minimum— que la partie défenderesse ait été avertie de l'ouverture de la procédure d'arbitrage<sup>674</sup>. Cela n'exclut pas la possibilité qu'une sentence soit rendue *in absentia*, mais elle ne sera reconnue que si le demandeur démontre qu'il a fourni tous les efforts raisonnables pour qu'il en soit autrement<sup>675</sup>.

Pour permettre aux parties de participer activement à la procédure et de demander, le cas échéant, les remises nécessaires, l'article 944.4 du Code de procédure civile du Québec prévoit que "[l]es arbitres doivent donner aux parties un avis de la date d'audition et, les cas échéant, un avis de la date où ils procéderont à l'inspection des biens ou à la visite des lieux"<sup>676</sup>.

De plus, l'arbitre ne permettra pas qu'une partie plaide son point de vue avant l'audience, en l'absence des autres parties<sup>677</sup>.

En pratique il est rare que le principe du contradictoire soit violé. Ainsi, par exemple, une sentence rendue uniquement sur argumentation écrite ne sera pas *nécessairement* refusée<sup>678</sup>. De même, il est possible homologuer une décision rendue sans qu'il n'ait été procédé aux interrogatoires et contre-interrogatoires des témoins<sup>679</sup>.

<sup>673</sup>

*Cité-Amérique Cinéma-Television Inc. c. Raynauld*, précité, note 659, par. 33.

<sup>674</sup>

*D. Frampton & Co. c. Thibeault*, Cour fédérale, 7 avril 1988, No. de greffe T-723-86, [1988] A.C.F. No. 305.

<sup>675</sup>

*Skorimpex Foreign Trade Co. v. Lelovic Co.*, Ont. C.J. April 26, 1991, Toronto Act. No. 1662/90, [1991] O.J. No. 641. Dans ce cas, la Cour a constaté que la partie demandresse avait en effet conduit "a reasonable inquiry as to the respondent address and it used all the addresses known".

<sup>676</sup>

*Kendrick c. Merling*, C.S.M., 2 juin 1992, J.E. 92-1142.

<sup>677</sup>

*Idem.* Voir à ce propos : D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 152 ; Louis MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (1993)*, éd. Yvons Blais, 1993, 125-151, p. 134 et s.

<sup>678</sup>

*Silvenberg c. Hooper*, J.E. 90-437 (C.S.) : "[l]a règle *audi alteram partem* n'exige pas toujours la présentation d'une preuve orale". D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 140 ; Louis MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 137.

<sup>679</sup>

*Ibid.*, p. 142, où l'auteur cite *Entreprises H.L.P. Inc. c. Logisco Inc.*, J.E. 93-1707 (C.A.) ; [1993] A.Q. No. 1680, et *Komo Construction Inc. c. Commission des transports du Québec*, [1968] R.C.S. 172. Voir aussi, *The Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591 (C.S.M. 1994).

Non seulement l'arbitre peut apprécier la valeur probante des témoignages<sup>680</sup>, mais le principe du contradictoire n'est pas *automatiquement* violé chaque fois que l'arbitre s'appuie sur des références extérieures (notamment "des documents de nature statistique") sans en informer les parties. Ce ne sera le cas que si l'absence du contradictoire quant aux moyens de preuve cause un préjudice ("*compte tenu des circonstances révélées par la preuve quant à la nature des renseignements ainsi obtenus et, vu entre autre le moment où ils ont été obtenus*")<sup>681</sup>.

## 2 - Principes confirmés par la jurisprudence comme étant d'ordre public interne.

Parmi les règles confirmées par la jurisprudence comme étant de droit interne, il faut mentionner celle qui pose le devoir des arbitres de prêter serment<sup>682</sup> et les règles relatives à la motivation de la sentence.

Le devoir de l'arbitre de motiver sa sentence est prévu dans toutes les juridictions canadiennes : au Québec, c'est l'article 945.2 du Code de procédure civile qui l'établit<sup>683</sup> et dans les juridictions de *common law*, c'est l'article 31.2 de la loi-type. Mais ces règles ne sont pas d'ordre public et elles peuvent être écartées par les parties. Ainsi, l'article 31.2 de la loi-type prévoit explicitement que les parties peuvent s'accorder pour exclure la motivation<sup>684</sup> ; et l'article 945.2 du Code civil du Québec ne fait pas partie des règles auxquelles l'article 940 du même code interdit de déroger.

Le principe qui régit la matière est donc identique : la sentence rendue sans motivation n'est contraire à l'ordre public que si la loi applicable l'exige<sup>685</sup>.

<sup>680</sup>

*Entreprises Apac Inc. c. Université Bishop's*, C.S. Saint François (Sherbrooke) 450-05-002051-973, J.E. 1998-740.

<sup>681</sup>

*Lu-Den Casuals Ltd c. Springdale Canada Inc.*, précité, note 668 ; D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 138.

<sup>682</sup>

Section 10, *New Brunswick Arbitration Act*, R.S.N.B 1973, c. A.10 ; *M.A. Industries Inc. v. Maritime Battery LTD*, (1993) XVIII *Yearbook* 354 ; [1991] N.B.J. No. 717, (N.B. Court of Queen's Bench, 19 Aug. 1991).

<sup>683</sup>

"The arbitration award must be made in writing. It must state the reasons on which it is based and be signed by all the arbitrators [...]."

<sup>684</sup>

"La sentence est motivée sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas [...]."

<sup>685</sup>

*Navigation Sonamar c. Algoma Steamship Ltd. et autres*, [1987] R.J.Q. 1346. Dans cette affaire, en particulier, l'arbitrage était soumis à la *Loi sur l'arbitrage commercial* (C.S. 1986, c.22).

Ainsi dans l'arrêt *Schreter v. Gasmac*<sup>686</sup>, la Cour ontarienne a décidé que :

*"In the circumstances, failure to give reasons for the award did not constitute a denial of justice, and it could not be said that the arbitrators took jurisdiction over the dispute beyond the terms of the submission".*

Il faut noter que la formulation de cette décision a été critiquée<sup>687</sup> parce qu'en décidant que "dans les circonstances particulières" du cas d'espèce, l'absence de motivation n'était pas suffisante pour refuser la sentence arbitrale, le juge Feldman n'aurait pas précisé de façon claire que l'absence de motivation constitue ou non une violation de l'ordre public selon l'article 36 (1)(b)(ii).

Néanmoins, la reconnaissance même de la sentence arbitrale en question est, selon nous, une indication suffisante du fait que le défaut de motifs ne constitue pas, en principe, dans le contexte de l'arbitrage commercial international, une violation de l'ordre public de l'Ontario. Dans le cas contraire, la sentence aurait été considérée invalide, indépendamment des circonstances.

Le juge Feldman souligne que, si le manque de motivation ne parvient pas, *per se*, à rendre la sentence *automatiquement* contraire à l'ordre public, cela ne signifie

---

Comme l'a noté M. le Juge Gonthier, (p. 1351), "la convention des parties étant silencieuse quant à la forme de la sentence arbitrale, celle-ci est régie par l'article 31 paragr. 2 du code [*de l'arbitrage commercial*, C.S. 1986, c. 22], et doit être motivée". (Nos emphases).

Il ne semble au contraire pas suffisant, pour que le tribunal refuse de reconnaître la sentence, qu'elle ait été rendue sans motivation, *malgré la volonté manifestée par les parties dans ce sens (directement ou par référence à un Règlement d'arbitrage)* : voir *Food Services of America Inc. v. Pan Pacific Specialties Ltd.*, B.C.S.C., March 24, 1997, [1997] B.C.D. Civ. 060.20.40.10.01. Dans ce cas, les parties s'étaient accordées pour soumettre leur différend à l'arbitrage suivant les règles de l'American Arbitration Association, dont l'article 28 (2) prévoit explicitement le devoir de l'arbitre de motiver sa décision (sauf volonté contraire des parties). La décision non motivée aurait été alors (d'après la parties qui s'opposait à son exécution) contraire à l'article 36 (1)(a)(v) de l'*International Commercial Arbitration Act* de Colombie-Britannique (S.B.C. 1986, c. 14, maintenant S.B.C. 1996, c. 233 ; qui reprend l'article 36 (1)(iv) de la loi-type) permettant précisément au tribunal étatique de refuser l'exécution d'une sentence rendue suivant une procédure non conforme à la convention des parties. Mais ce point de vue n'a pas été partagé par M. le Juge Drossos qui, en donnant une interprétation plutôt étroite de ce qu'il faudrait entendre par *procédure*, a conclu que ce mot n'incluait que l'arbitrage lui-même et que, au contraire "[T]he issuing of reasons after the fact is not a part of the arbitration itself". De toute façon, d'après lui, même si motiver fait partie de la procédure, son défaut n'aurait pas été suffisant pour mettre en question "the fairness of the hearing or of the decision making process" ni, conséquemment, pour violer la convention des parties. Voir aussi, sur cet arrêt, L. BIUKOVIC, "Impact of the Adoption of the Model Law in Canada : Creating a new Environment For International Arbitration", *op. cit.*, note 225, p. 402.

<sup>686</sup>

*Schreter v. Gasmac*, précité, note 228.

<sup>687</sup>

O. CHUKWUMERIJE, "Commentary. The Enforcement of International Commercial Awards : *Schreter v. Gasmac Inc.*", *op. cit.*, note 549, p. 303.

pas pour autant que le tribunal soit obligé de reconnaître une sentence non-motivée dans n'importe quelles circonstances.

Le tribunal se réserve donc le pouvoir de s'assurer *que dans le cas d'espèce*, le manque de motivation ne constitue pas un déni de justice. Un tribunal canadien peut donc refuser la reconnaissance d'une sentence non motivée s'il considère, qu'en l'espèce, la motivation aurait été nécessaire pour établir que la décision arbitrale remplit toutes les conditions prévues pour sa reconnaissance.

Ainsi, on peut admettre que, même sans motivation, le tribunal pourrait apprécier si les parties avaient la capacité de conclure la convention d'arbitrage (articles 36 (1) (a) (i) de la loi-type et 950 (1) ), ou décider de la question de la validité de la convention d'arbitrage (suivant les articles 36 (1) (a) (i) de la loi-type et 950 (2) du Code de procédure civile). On pourra s'attendre à la même conclusion en ce qui concerne les conditions établies aux articles 36 (1)(a)(iv), 950 (3) et 950 (5) du Code de procédure civile du Québec (concernant le respect du principe du contradictoire et la conformité de la nomination des arbitres et du déroulement de la procédure arbitrale à la convention des parties).

Par contre, il sera beaucoup plus difficile, pour le tribunal, de déterminer si l'arbitre a respecté la condition prévue par les articles 36 (1)(a) (iii) et 950 (4) du Code de procédure civile du Québec ; notamment, dans l'hypothèse d'une sentence qui "porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions" ou une sentence qui "contient des décisions qui en dépassent les termes".

De plus, comme nous l'avons souligné dans le premier titre, l'absence de motivation peut constituer un obstacle lors de l'appréciation de la violation de l'ordre public (articles 36 (1) (b) (ii) de la loi-type et 949 du Code de procédure civile du Québec).

Il nous semble impossible alors d'assurer qu'un tribunal saisi pour l'annulation ou l'exécution d'une sentence arbitrale qui n'offre autre base pour le contrôle que son dispositif, accepte de l'insérer dans son propre ordre juridique.

Il est donc préférable de motiver la décision arbitrale, surtout lorsque la mission de l'arbitre lui impose d'appliquer ou de prendre en considération des règles impératives.

Les motifs de l'arbitre doivent être appropriés, cohérents et compréhensibles, pour permettre "à la partie concernée d'évaluer la possibilité d'appel"<sup>688</sup>. Mais, comme l'a souligné M. le Juge Gonthier, dans l'affaire *Navigation Sonamar*, lorsqu'on procède à une évaluation de la motivation "on doit examiner l'ensemble de la décision" et "tenir compte non seulement de ce qui est énoncé expressément mais de ce qui est implicite"<sup>689</sup>. Autrement dit, "les motifs n'ont pas à être eux-mêmes motivés"<sup>690</sup>. Il n'est pas nécessaire, en particulier, que la décision élabore un raisonnement juridique. Dans la mesure où elle "couvre l'essentiel" et qu'elle "tire des conclusions quant au bien-fondé des réclamations", elle sera acceptée par le tribunal<sup>691</sup>.

#### Par. 2 - La contrariété de l'exécution de la sentence à l'ordre public.

Comme nous l'avons noté dans le premier titre, une sentence pourra parfois être reconnue sans qu'elle puisse être exécutée. Cela peut se vérifier notamment lorsque la sentence doit être exécutée sur les biens d'un État ou sur les biens d'une partie soumise à une procédure collective de faillite.

En ce qui concerne les problèmes liés à l'immunité d'exécution de l'État, soulignons que si la jurisprudence canadienne n'offre pas d'exemple de refus d'exécution d'une sentence sur les biens d'un État en raison de son immunité d'exécution, cette possibilité ne peut pas être exclue.

En effet, au Canada, le principe de l'immunité d'exécution sur les biens de l'État étranger est posé par l'article 12 (1) de la *Loi sur l'immunité des États étrangers*<sup>692</sup> qui prévoit que "les biens de l'État étranger situés au Canada sont

<sup>688</sup> *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, (1979) 1 R.C.S. 684, 707, comme cité dans *Navigation Sonamar c. Algoma Steamship Ltd.*, précité, note 685, p. 1352.

<sup>689</sup> *Navigation Sonamar c. Algoma Steamship Ltd.*, précité, note 685, p. 1352, où la Cour cite *R. c. Immigration Appeal Tribunal*, (1983) 2 All E.R. 420, 423.

<sup>690</sup> *Navigation Sonamar c. Algoma Steamship Ltd.*, précité, note 685, p. 1352, où la Cour cite *Amyot c. Léonard*, [1974] C.A. 302.

<sup>691</sup> *Navigation Sonamar c. Algoma Steamship Ltd.*, précité, note 685, p. 1353. Ainsi, la Cour note, qu'en espèce, la décision permettait à la partie concernée d'évaluer les possibilités d'appel : "[I]a requérante elle-même a compris la décision puisqu'elle prétend qu'elle comporte des erreurs manifestes de droit [...]. Étant capable de discerner l'erreur, si erreur il y a, elle est capable de décider de ses recours s'il en est et il n'y a pas atteinte à l'exercice d'un droit".

<sup>692</sup> S.C. 1982, c. S-18.

*insaisissables et ne peuvent, dans le cadre d'une action réelle, faire l'objet de saisie, rétention, mise sous séquestre ou confiscation [...]*".

Le même article prévoit pourtant des exceptions. Parmi elles, notons celles où

"a) l'État a renoncé, de façon expresse ou tacite, à son immunité", et celle dans laquelle

"b) les biens sont utilisés ou destinés à être utilisés dans le cadre d'une activité commerciale".

Notons que cet article ne concerne que *l'exécution des jugements*. Pourtant, une fois que la sentence arbitrale a été homologuée ou reconnue, rien ne devrait s'opposer à ce qu'on puisse l'exécuter sur les biens que l'État étranger utilise au Canada dans le cadre d'une activité commerciale.

Comme nous l'avons indiqué dans le premier titre, il revient à la partie qui demande l'exécution de démontrer que les biens sur lesquels elle veut se satisfaire sont utilisés dans le contexte d'une activité économique ou commerciale. Cette tâche peut se révéler difficile. C'est pourquoi, il est alors recommandé que la partie privée essaie d'obtenir une renonciation expresse de la part de l'État à son immunité d'exécution<sup>693</sup>.

En ce qui concerne la possibilité d'exécuter une sentence arbitrale à l'encontre d'une partie faillie, les problèmes qui peuvent se présenter découlent de la nécessité de respecter le principe d'égalité des créanciers (dont le but est de permettre à tous les créanciers de se satisfaire sur les biens du débiteur et de les partager entre eux en respectant la force de leurs titres respectifs). Souvent, la plupart des créances ne seront payées qu'en partie ; parfois elle ne le seront pas de tout. Comme le démontre l'arrêt canadien *Quintette c. Nippon*<sup>694</sup>, ce résultat est indépendant du fait que l'existence de la créance soit attestée par une sentence arbitrale ou par un jugement d'un tribunal public.

Cette affaire concernait un différend surgi d'un contrat à long terme de fourniture de charbon métallurgique entre Nippon et Quintette. La sentence arbitrale constatant une créance en faveur de Nippon fut rendue le 28 mai 1990. Quintette demanda

<sup>693</sup>

A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 348.

<sup>694</sup>

*Quintette v. Nippon*, précité, note 591.

d'annulation de la sentence en application de l'article 34 (2) de l'*International Commercial Arbitration Act*<sup>695</sup>. La demande d'annulation fut rejetée par la Cour Suprême de Colombie-Britannique<sup>696</sup>. Mais, la constatation qu'une sentence peut être reconnue en Colombie-Britannique ne signifie pas nécessairement qu'elle puisse y être exécutée. En l'espèce, l'exécution était devenue impossible en raison de l'insolvabilité de Quintette.

La Cour accueillit une demande de Quintette<sup>697</sup> (déjà débiteur aux sens de la section 2 du *Companies' Creditors Arrangement Act*<sup>698</sup>) et ordonna, le 13 juin, la suspension de toute poursuite individuelle contre cette dernière<sup>699</sup>. Le 14 juin, Nippon présenta donc une demande visant à l'annulation de l'injonction en question. Nippon soutenait que le C.C.A.A. n'est pas applicable lorsqu'il s'agit de droits conférés par une sentence arbitrale internationale. Cette demande d'annulation fut rejetée par la Cour d'appel qui, en soulignant le caractère discrétionnaire de la décision du juge dans l'application du C.C.A.A., réaffirme la priorité du principe d'égalité des créanciers<sup>700</sup>.

Malgré les critiques de cet arrêt<sup>701</sup>, nous estimons que la solution donnée est conforme à la pratique internationale.

<sup>695</sup> S.B.C. 1986, c. 14. Le texte de cet *Act* a été repris par l'*International Commercial Arbitration Act* 1996, c. 233.

<sup>696</sup> *Quintette v. Nippon*, précité, note 591 ; 48 B.L.R. (2d) 32 ; 51 B.C.L.R. (2d) 200 (B.C. Supr. C., June 19 1990) ;

<sup>697</sup> *Quintette v. Nippon*, précité, note 591, (1990) 51 B.C.L.R. (2d), p. 108.

<sup>698</sup> *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (C.C.A.A.).

<sup>699</sup> *Quintette v. Nippon*, précité, note 591, (1990) 51 B.C.L.R. (2d), p. 108. La Cour dispose comme suit :

"AND THIS COURT FURTHER ORDERS that no creditor of the Petitioner may exercise any right of set-off against any debts owed to the Petitioner including, without limitation, monies owed in respect of the sale of the Petitioner's coal to the Japanese Coal Purchaser or any member thereof and monies on deposit with any bank or other accounts of the Petitioner".

<sup>700</sup> *Quintette v. Nippon*, précité, note 591, 51 B.C.L.R. (2d) 105, p. 111. J. A. GIBBS, après avoir examiné le but du C.C.A.A., conclut : "It is evident that [...] s. 11 is to be construed as to confer on the court the power to permit Quintette to continue as a going concern while the attempt at compromise or arrangement or reorganization is being actively pursued".

<sup>701</sup> Lawrence J. CROZIER, "The Status of International Arbitration Awards Under Canadian Insolvency Law", (1991) *Can. Bus.L.J.* 294-300.

### Conclusion du second chapitre.

La jurisprudence canadienne ne permet de tirer de conclusions définitives, ni quant au type d'approche suivie dans la constatation de la violation de l'ordre public au moment du contrôle sur la sentence arbitrale, ni quant à l'étendue du contrôle que le tribunal de l'exécution peut exercer pour établir si l'ordre public a été violé par l'arbitre.

Quant à savoir si les tribunaux de l'exécution ou de l'annulation, adoptent une approche concrète ou abstraite, on note qu'aucune règle ne les obligent à considérer la violation de l'ordre public dans son sens *international*, ni à en prendre en compte le *résultat* de la violation au moment du contrôle sur la sentence arbitrale. Néanmoins, au Québec, l'article 3155 alinéa 5 du Code civil donne une indication très claire de la philosophie du législateur quant à l'approche à adopter par les tribunaux au moment de l'exécution des décisions étrangères. À notre avis, cette philosophie peut certainement être transposée en matière d'arbitrage.

En ce qui concerne les autres juridictions, il semble qu'au moment de l'exécution des jugements étrangers, on ne recourt à la notion de *public policy que dans le cas où "the most basic notions of morality and justice of the forum"* ont été violées. Par ailleurs, une tendance à l'analyse concrète de la situation semble se dessiner. Comme au Québec, seule une méfiance envers les arbitres en tant que juges privés pourrait s'opposer à ce que ces courants jurisprudentiels soient suivis en matières de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales. Pourtant, une telle méfiance se justifie difficilement dans le climat créé par la réforme. Cela est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence canadienne qui semble limiter au maximum, elle aussi, l'intervention de l'ordre public dans cette phase du contrôle.

Du point de vue du contenu du contrôle, les tribunaux canadiens ne se détachent donc pas du dénominateur commun minimal que les jurisprudences française et américaine considèrent comme suffisant pour protéger les intérêts fondamentaux des États au moment de l'introduction de la sentence arbitrale dans leur propre ordre juridique.

Plus difficile est de déterminer *comment* les tribunaux parviendront à constater qu'une décision arbitrale ne viole pas ces intérêts fondamentaux. Retiendront-ils que tout contrôle au fond est exclu, même s'il est question d'une violation de l'ordre public? Ou se poseront-ils en véritables défenseurs des intérêts du *for* et procéderont-ils à un examen en droit et en fait lorsqu'ils le jugeront nécessaire, lors de l'application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York ?

La seule décision qui ait reconnu une sentence arbitrale posant la question de l'illicéité du contrat au fond semble suivre la première solution. Mais elle ne nous semble pas suffisante pour établir une conclusion définitive.

### **Conclusion de la deuxième partie.**

L'examen du contrôle de conformité de la convention d'arbitrage à l'ordre public d'un point de vue général, qui exclut donc l'examen des règles concernant son objet, révèle la tendance à reconnaître largement l'autonomie des parties. En principe (et à l'exclusion de l'hypothèse d'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'adhésion), ces conventions ne sont soumises, ni en droit canadien, ni en droit comparé, à un régime plus sévère que celui prévu pour tout autre contrat conclu dans le domaine du droit commercial international.

La même tendance à limiter au maximum l'intervention de l'État se relève lors de l'examen du contrôle sur la sentence. Le but de ce contrôle final est uniquement de vérifier si la décision de l'arbitre présente les éléments essentiels lui permettant de s'insérer dans l'ordre juridique du tribunal saisi.

La question qui se pose est celle de savoir si le contrôle, tel qu'il est effectué par les tribunaux français et américains, est suffisant pour garantir ce minimum de compatibilité.

La tendance relevée en droit comparé semble limiter non seulement *le contenu* mais aussi *l'étendue* du contrôle effectué par le tribunal étatique.

Cette pratique ne met-elle pas en danger les intérêts fondamentaux de l'État que l'ordre public vise à protéger ? Ce danger est proportionnel à l'étendue de la compétence reconnue à l'arbitre en matière de litiges concernant l'ordre public, et sur laquelle nous nous arrêterons dans la prochaine partie en examinant la notion d'arbitrabilité.

Il est assez difficile de tirer des conclusions quant à l'étendue du contrôle exercé par le tribunal canadien lors d'une possible violation de l'ordre public. Bien que le Code de procédure civile du Québec interdise expressément la révision au fond, et malgré l'attitude assez libérale de la jurisprudence des juridictions de *common law*, on ne peut vraiment pas prédire si les tribunaux canadiens suivront la pratique adoptée en France et aux États-Unis au risque alors d'introduire dans notre système, une sentence non conforme à l'ordre public.

De toute façon, seul l'examen des pouvoirs effectivement reconnus à l'arbitre nous permettra de déterminer si le contrôle sur la sentence peut être considéré adéquat pour sauvegarder de manière efficace les intérêts fondamentaux des différents ordres juridiques.

### **Troisième Partie - Le contrôle sur l'arbitrage commercial international par l'intervention de l'arbitrabilité en droit canadien à la lumière du droit comparé.**

Qu'entend-on lorsqu'on parle d'arbitrabilité? D'où vient ce terme? Quelle est la fonction attribuée à cette notion? Dans quelle mesure s'identifie-t-elle à la conformité de l'objet de la convention d'arbitrage à l'ordre public?

Après avoir établi la signification que nous donnons au terme "arbitrabilité" (Introduction), nous répondrons à ces questions en étudiant le droit canadien à la lumière du droit comparé.

Nous examinerons ainsi comment l'arbitrabilité est posée par les textes législatifs, autant internationaux que canadiens, afin d'établir quelle est la loi qui lui est applicable et déterminer ensuite si elle n'est limitée *que* par l'ordre public dans son sens international. Quelles sont, en pratique, les limites qui découlent de cette intervention et sont-elles les mêmes dans la phase de reconnaissance de la convention d'arbitrage et dans la phase d'exécution de la sentence (Titre 1)?

En ce qui concerne plus particulièrement le droit canadien, nous examinerons les effets qui découlent du fait de distinguer, dans les textes législatifs, l'arbitrabilité de la notion d'ordre public. Nous en tirerons des conclusions quant à la pertinence pratique de cette distinction.

Notre troisième partie sera donc divisée en deux titres :

Introduction - Délimitation de la notion d'arbitrabilité.

Titre 1 - L'arbitrabilité dans les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et sa portée en droit comparé.

Titre 2 - L'arbitrabilité dans les textes législatifs canadiens et sa portée jurisprudentielle.

### Introduction - Délimitation de la notion d'arbitrabilité.

Le terme "arbitrabilité", utilisé par la doctrine et la jurisprudence depuis plusieurs années ne faisait pas, jusqu'à récemment, partie du vocabulaire des législateurs<sup>702</sup>. Les textes législatifs contiennent plutôt l'expression "susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage". Elle indique une qualité particulière de la question objet du différend : son aptitude à être soustraite à la juridiction publique.

En ce sens, l'arbitrabilité se distingue alors du domaine d'application des législations sur l'arbitrage commercial international, bien qu'un certain chevauchement entre les deux soit possible. Par exemple, si dans un pays, la législation sur l'arbitrage vise à régir uniquement les rapports de droit commercial et que l'arbitrage soit interdit en matière de questions de nature non commerciale, il est évident que, par la qualification *commercial*, on détermine, à la fois, le domaine d'application de la législation et l'arbitrabilité de la question. Pourtant, en principe, la détermination du domaine d'application des législations *précède* la décision sur l'arbitrabilité.

Ainsi, avant d'examiner la question posée à l'arbitre, le tribunal devra se demander si la convention d'arbitrage touche à un rapport de droit international privé.

Lorsqu'on qualifie un rapport d'*international*, on vise à établir avant tout, la loi applicable à l'arbitrage en question (la loi qui régit l'arbitrage interne ou la loi qui régit l'arbitrage international).

La réponse à cette question a évidemment une incidence directe sur la compétence de l'arbitre : elle sert, entre autres, à établir le standard à la lumière duquel on examinera la conformité de la convention d'arbitrage à l'ordre public.

Il est aussi évident que l'arbitre ne sera compétent que si le litige en question est couvert par la convention d'arbitrage. Notons, en effet, que l'adjectif "arbitrable" *est* aussi *utilisé* en pratique pour indiquer qu'une question entre parmi celles que les parties ont soumises à l'arbitre<sup>703</sup>.

<sup>702</sup>

Mais voir l'article 177 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*, édictée en Suisse le 18 décembre 1987.

<sup>703</sup>

Conrad K. HARPER, "The Options in First Options : International Arbitration and Arbitral Competence", 771 *PLI/Com* (February 1998), 127-145, p. 136 et s.

La détermination du domaine de la convention d'arbitrage est donc autant importante du point de vue de la décision sur la compétence, que le point de savoir si la question que les parties *ont soumise* à l'arbitre pouvait effectivement être soustraite à la justice étatique.

En effet, l'interprétation des conventions d'arbitrage par les tribunaux étatiques est aussi indicative que l'application de la notion d'arbitrabilité, de leur disposition, plus ou moins favorable, envers l'arbitrage<sup>704</sup>. Pourtant, la réponse à la question de savoir si une question rentre dans la convention d'arbitrage ne touche à la notion d'arbitrabilité que *sensu lato*.

Le but de cette étude est plutôt de déterminer quelles sont les caractéristiques (ou qualités) qui empêchent qu'un litige concernant un rapport de droit commercial international, qu'il soit ou non d'origine contractuelle, *couvert par la convention d'arbitrage*, soit considéré comme susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage.

Finalement, on ne peut définir la notion d'arbitrabilité sans mentionner l'arbitrabilité *ratione personae*<sup>705</sup>.

Cette expression a été formulée par la doctrine pour indiquer un phénomène assez spécifique : celui qui concerne la capacité des personnes morales de droit public à compromettre.

D'un point de vue général, il est vrai que chaque État peut choisir de limiter le recours à la justice privée sur la base des qualités personnelles des parties ou en tenant compte de l'objet du différend<sup>706</sup>.

Pourtant, les limites posées à la capacité de la personne morale de droit public (qui ne sont pas la manifestation d'un défaut absolu de capacité d'agir, mais plutôt une limitation de celle-ci), peuvent créer des problèmes assez particuliers, qui seront examinés séparément.

---

<sup>704</sup>

Voir sur le sujet S. THUILLEAUX et D.M. PROCTOR, "L'application des conventions d'arbitrage au Canada ; une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale", *op. cit.*, note 206 ; André LADOUCEUR, "Enclenchement et préalables", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, *op. cit.*, note 212, 67-114, p. 85 et s.

<sup>705</sup>

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 329.

<sup>706</sup>

K.-H. BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, note 474, p. 182 et s., où l'auteur note que les situations dans lesquelles le législateur pourra choisir de limiter l'arbitrage suivant un critère subjectif plutôt qu'objectif sont nombreuses.

## **Titre 1 - L'arbitrabilité dans les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et en droit comparé.**

Définir l'arbitrabilité est aussi difficile que définir l'ordre public.

On peut uniquement essayer d'en saisir l'essence puis, éventuellement, d'en identifier le contenu en un lieu donné, à un moment déterminé.

Cela est en partie une conséquence du fait que la notion d'arbitrabilité est liée à la notion d'ordre public. Mais l'incertitude découle aussi du fait qu'on ne peut pas être certain qu'elle ne sera limitée *que* par l'ordre public.

Ainsi, nous avons souligné, dans notre première partie, que la reconnaissance de la force obligatoire de la convention d'arbitrage exclut le pouvoir discrétionnaire du tribunal et donc l'intervention des règles de compétence juridictionnelle qui ne sont pas d'ordre public et qui sont normalement applicables pour régler les rapports entre les tribunaux publics.

Pourtant il pourrait s'avérer encore que l'arbitrabilité soit limitée par des *règles impératives* qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international.

Il est alors important d'établir, premièrement, si l'arbitrabilité est posée dans les textes législatifs comme une notion distincte de l'ordre public et de déterminer les raisons qui peuvent justifier cette distinction.

Il faut aussi comprendre que cette notion peut ne pas être la même pour l'arbitre et pour le tribunal, parce que les considérations qui les inspirent lors de la décision sur leur compétence ne sont pas les mêmes. Le devoir le plus important de l'arbitre est envers les parties. N'ayant pas de *for*, il n'a pas d'intérêt national à protéger, n'a pas d'ordre public dans le sens où on l'entend lorsqu'on parle de la justice étatique. Il est donc possible que les conclusions auxquelles il parvient lors de la décision sur sa compétence ne soient pas les mêmes que celles atteintes par le tribunal public.

Même lorsque la décision sur l'arbitrabilité est rendue par un tribunal étatique, et même si on constate que, *d'après la loi du for*, seul l'ordre public limite l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage, il est assez difficile de déterminer *a priori* si un litige sera considéré ou non arbitral.

Il est en effet possible que, d'après les règles de droit international privé du *for*, la loi applicable *dans le cas de l'espèce* ne soit pas celle du tribunal. Les limites

posées à l'arbitrabilité seront alors celles posées par la loi applicable suivant la règle de conflit.

Si, au contraire, la loi applicable est celle du *for* (par exemple, parce qu'elle est celle indiquée par la règle de conflit, ou parce que la question litigieuse est régie par une loi de police du *for* ou parce qu'on fait régir l'arbitrabilité par des règles matérielles à but international), il reste encore à établir quels sont les intérêts que l'ordre public du tribunal protège concrètement.

Étant donné que chaque système a sa propre notion de l'ordre public, les limites posées en pratique à l'autonomie des parties peuvent ne pas être les mêmes : un litige arbitral d'après la loi applicable à la convention d'arbitrage pourra ne pas l'être suivant la loi du tribunal étatique saisi dans la phase préliminaire à l'arbitrage ou du tribunal saisi pour l'exécution. On voit alors qu'il s'agit d'une question assez difficile à régler.

Le premier pas pour déterminer l'essence et l'étendue de l'arbitrabilité est alors de voir comment cette notion est posée par rapport à l'ordre public dans les textes législatifs internationaux et quelle est la loi applicable lors de sa constatation. (Sous-titre 1). Cet examen a pour but d'examiner ces textes législatifs à la lumière de la tendance de plus en plus forte en droit comparé de ne limiter l'arbitrabilité que lorsque l'ordre public au sens international du *for* l'impose.

Il faut ensuite déterminer comment l'arbitrabilité est effectivement appliquée par les tribunaux, autant au moment de la reconnaissance de la convention d'arbitrage qu'au moment du contrôle sur la sentence. C'est par l'examen de son intervention effective, que nous serons en mesure de tirer des conclusions quant à la portée de la notion d'arbitrabilité en droit comparé. (Sous-titre 2).

Notre plan, pour ce Titre 1, est donc le suivant :

Sous-titre 1 - Le rapport entre l'arbitrabilité et l'ordre public et la loi applicable à l'arbitrabilité dans les textes législatifs internationaux et en droit comparé.

Sous-titre 2 - La portée de l'arbitrabilité en droit comparé.

### **Sous-titre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public et la loi applicable à l'arbitrabilité dans les textes législatifs internationaux et en droit comparé.**

La notion d'arbitrabilité ne peut faire abstraction de l'intervention de l'ordre public puisque, comme nous l'avons noté dans la deuxième partie de cette étude, la compétence de l'arbitre trouve sa source dans la convention d'arbitrage dont la validité dépend, précisément, de sa conformité à l'ordre public.

Plus particulièrement, parce qu'elle concerne la *qualité de l'objet* de la convention d'arbitrage (sa susceptibilité d'être soumise à l'arbitrage), l'arbitrabilité dépend des limites posées par l'ordre public à l'autonomie contractuelle des parties quant à *l'objet* de leur convention. La première question qui se pose est alors celle de savoir si elle n'est limitée *que* par l'ordre public.

Dans ce sous-titre, nous examinerons d'abord comment la notion d'arbitrabilité est posée par la Convention de New York et par la loi-type de la C.N.U.D.C.I. Nous soulignerons ainsi les difficultés rencontrées par les rédacteurs de ces instruments législatifs internationaux au moment de définir la fonction de l'arbitrabilité par rapport à l'ordre public. (Chapitre 1).

Mais il ne suffit pas, pour prévoir si un litige sera ou non arbitral, de savoir si, d'après la loi du tribunal saisi, l'arbitrabilité coïncide avec l'ordre public. Il faut aussi savoir si, en l'espèce, ce tribunal appliquera sa propre loi ou une loi étrangère (Chapitre 2).

Les solutions atteintes en droit comparé seront examinées pour mieux saisir les solutions offertes par la loi-type.

Notre Sous-titre 1 sera divisé de la façon suivante :

Chapitre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans la Convention de New York de 1958 et dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Chapitre 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité d'après les sources internationales du droit de l'arbitrage commercial international et en droit comparé.

## **Chapitre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans la Convention de New York de 1958 et dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I.**

Nous essayerons premièrement d'établir le sens attribué à l'arbitrabilité et le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans la Convention de New York (Section 1), pour continuer avec la loi-type de la C.N.U.D.C.I. (Section 2).

*Section 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans la Convention de New York de 1958.*

Les articles II et V (2) de la Convention de New York posent la *susceptibilité de la question objet du différend d'être réglée par voie d'arbitrage* comme une condition, autant de la reconnaissance de la convention, que de la sentence arbitrale.

Distinguons l'arbitrabilité, condition de validité de la convention (Par. 1), de l'arbitrabilité, condition de reconnaissance de la sentence (Par. 2).

Par. 1 - L'arbitrabilité dans le contrôle sur la convention d'arbitrage. Article II de la Convention de New York.

Comme nous l'avons souligné dans la première partie, l'introduction de l'article II a été assez soudaine. On n'a pas eu la possibilité de connaître l'opinion des rédacteurs quant aux motifs qui justifient la distinction entre l'arbitrabilité et les autres conditions de validité de la convention d'arbitrage.

Notons par ailleurs, que la formulation de cet article (qui met l'accent sur les effets procéduraux de l'accord compromissoire et souligne les conséquences de la reconnaissance de ce contrat au niveau de la compétence juridictionnelle) est assez semblable à celle de l'article I du Protocole de Genève de 1923. Elle se justifie par la tendance, prévalant à l'époque, à regarder l'arbitrage d'un point de vue juridictionnel, d'après lequel on considère la convention d'arbitrage essentiellement comme une attribution à l'arbitre du pouvoir de *jus dicere* dépouillant corrélativement le tribunal étatique.

L'ambivalence des rédacteurs de la Convention de New York envers la notion d'arbitrabilité et son rapport avec l'ordre public apparaît plus clairement à l'examen des travaux préparatoires concernant l'article V.

Par. 2 - L'arbitrabilité dans le contrôle sur la sentence - Article V (2) de la Convention de New York.

L'historique de l'article V révèle l'ampleur des difficultés rencontrées pour conceptualiser la notion d'arbitrabilité et pour déterminer sa fonction par rapport à celle normalement remplie par l'ordre public.

La susceptibilité de la matière à être soumise à l'arbitrage était prévue parmi les conditions nécessaires pour la reconnaissance de la sentence arbitrale par le paragraphe a) de l'article IV du document présenté à la discussion par la Commission des Nations Unies. La conformité de la sentence à l'ordre public était posée comme condition de reconnaissance par le paragraphe h) du même article<sup>707</sup>.

Ce premier texte fut soumis à l'examen des Gouvernements ainsi qu'à celui de nombreuses organisations internationales, de nature intergouvernementale et non-gouvernementale.

Parmi les recommandations les plus significatives qui ont suivi, il faut en mentionner au moins deux, concernant précisément le paragraphe a) :

– Le représentant grec suggéra de supprimer la clause a) au motif que l'incompatibilité de la sentence arbitrale ou de la matière avec la *public policy* ou l'ordre public prévue par la clause h) aurait inclus aussi la non-susceptibilité de la matière d'être réglée par voie d'arbitrage<sup>708</sup>. D'après cette opinion, la clause a) était alors superflue.

– L'Institut d'Arbitrage Hollandais regretta que l'article IV n'ait pas été réduit à une seule clause, celle prévoyant l'incompatibilité avec l'ordre public du tribunal. D'après cette opinion, toutes les clauses, à l'exception de la clause h), étaient aussi superflues<sup>709</sup>.

<sup>707</sup>

G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, op. cit., note 30, p. III.A.1.4.

<sup>708</sup>

*Ibid*, p. III.A.2.34 (Doc. E/2822).

<sup>709</sup>

*Ibid*, p. III.A.3.7 où est cité le Doc. E/CONF. 26/4 avec l'opinion de : "No state would accept to enforce an award which is against its public policy, but in all other cases it should suffice for the authorities of the country of enforcement that the award is operative in the country where the award was made".

Les travaux suivants ont été basés sur l'examen des projets présentés par les Gouvernements. Parmi ceux-ci, la proposition du gouvernement hollandais<sup>710</sup> a reçu un accueil très favorable de la part des autres gouvernements<sup>711</sup>, parce qu'elle permettait une meilleure organisation et une définition plus précise des motifs qui justifiaient le refus de reconnaissance et d'exécution<sup>712</sup>.

Parmi ces motifs, le projet hollandais reprenait autant, la non-susceptibilité de la matière objet de la sentence arbitrale d'être réglée par voie d'arbitrage (paragraphe b) de l'article IV), que le motif tiré de l'exception d'ordre public (paragraphe e) de l'article IV).

Cette distinction fût critiquée par le représentant français qui souligna le danger présenté par le projet hollandais, de poser l'arbitrabilité comme notion distincte de l'ordre public ; cette formulation aurait constitué une tentation pour le tribunal de donner une application internationale à des règles locales non nécessairement d'ordre public<sup>713</sup>.

En effet, un texte commun ultérieur, préparé par les représentants français, allemands et hollandais, dans le but de parvenir à un accord par des concessions réciproques, ne contenait plus la clause concernant la non-susceptibilité de la matière d'être réglée par voie d'arbitrage<sup>714</sup>. Dans un tel système, la notion d'arbitrabilité se trouvait alors forcément absorbée par le concept d'ordre public.

Mais la plupart des représentants se montrèrent opposés à cette solution. La tendance dominante était celle de concevoir l'arbitrabilité comme une notion plus étendue que celle d'ordre public : la formule proposée par le représentant français aurait ainsi obligé les États signataires à revoir les limites posées dans leur pays à l'autonomie contractuelle des parties à une convention arbitrale internationale ; ou alternativement à faire une plus large utilisation de l'exception d'ordre public<sup>715</sup>.

<sup>710</sup> *Ibid*, p. III.B.1.12, Doc.E/CONF. 26/L.17.

<sup>711</sup> *Ibid*, p. III.C.76 et s., Doc. E/CONF. 26/SR.11.

<sup>712</sup> A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 264. La liste des motifs prévue par cet article était exhaustive.

<sup>713</sup> G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.C.89.

<sup>714</sup> *Ibid*, p. III.B.3.3., Doc. E/CONF. 26/L.40, 2 juin 1958.

<sup>715</sup> *Ibid*, p. III.C.118. Le représentant japonais craignait précisément cette seconde possibilité.

En effet, dans le texte proposé le 3 juin 1958<sup>716</sup>, l'article IV reprenait la non-arbitrabilité comme motif de refus *ex officio* de la sentence arbitrale<sup>717</sup>. Ce point ne sera plus remis en question.

Puisque, dans le texte final de la Convention de New York, l'arbitrabilité ne coïncide pas avec l'ordre public, elle pourrait être limitée par des règles impératives qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international<sup>718</sup>.

Plus précisément, en raison du fait qu'elles ne sont pas des règles d'application immédiate, elles ne devraient intervenir, en principe, que si elles font partie de la loi applicable à l'arbitrabilité suivant la règle de conflit.

Comme l'explique M. Böckstiegel<sup>719</sup>,

*"In the context of the New York Convention it seems to be generally accepted that arbitrability forms part of the general concept of public policy and that, therefore, Article V (2)(a), which mentions objective arbitrability separately from public policy which is mentioned in Article V (2)(b), can be deemed to be superfluous. Although it may be true that it is for historical reasons that the Convention mentions them in separate sections, the distinction as such does not seem superfluous to me. Legal rules restricting arbitrability need not necessarily be of public policy. It may well be that such restrictions [...], only have to be applied by arbitrators or courts if they form part of the law applicable to the dispute, but need not to be considered as being so fundamental that they are part of the public policy of the state with the effect of having to be applied even if another law is applicable to the dispute. Thus, although rules limiting arbitrability will always be meant as mandatory rules not subject to change by party autonomy, it is important to note, since it is not always seen, that mandatory rules are not necessarily identical with public policy rules. Public policy requires further additional qualifications"*

<sup>716</sup> *Ibid*, p. III.B.5.1. Doc. E/CONF.26/L.43. Projet concernant les articles III, IV et V, présenté par le groupe de travail n° 3.

<sup>717</sup> Article IV (2) (a).

<sup>718</sup> Voir le débat qui a suivi une journée d'étude organisée par le Comité français de l'arbitrage, tenue à Paris, le 12 janvier 1984, au sujet du document "L'arbitre et le contrat", (1984) *Rev. Arb.* 225-246. À cette occasion, M. Fouchard a noté (p. 228), que cet article est "une grave cause d'insécurité due à la timidité de la Convention de New York".

M. Mayer, pour sa part, en se déclarant d'accord avec M. Fouchard, a souligné le "cattère gênant de l'arbitrabilité dans la Convention de New York" et a souligné l'importance de ne limiter cette notion que par des lois de police.

<sup>719</sup> K.-H. BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, note 474, p. 183. (*Nos emphases*).

D'après la Convention de New York, l'arbitrabilité peut donc avoir une signification plus étendue que celle de l'ordre public.

*Section 2 - Le rapport entre l'arbitrabilité et l'ordre public dans la loi-type de la C.N.U.D.C.I.*

Le contrôle sur la convention d'arbitrage et sur la sentence arbitrale est prévu par les articles 8 (exécution de la convention d'arbitrage), 34 et 36 (contrôle sur la sentence) de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Examinons ces phases séparément à la lumière du droit comparé.

Par. 1 - L'arbitrabilité dans la phase de contrôle sur la convention d'arbitrage - Article 8 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

L'article 8, paragraphe 1 de la loi-modèle "Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal", se lit ainsi :

*"1 - Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si une d'entre elles le demande [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée".*

On note immédiatement que cet article ne fait pas de distinction entre l'inarbitrabilité et les autres causes de nullité de la convention d'arbitrage. La dichotomie qui existait dans l'article II de la Convention de New York de 1958 a ici disparu.

L'opportunité de reprendre la formulation de l'article II de la Convention de New York relatif aux questions susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage avait fait l'objet de discussions à plusieurs reprises pendant les travaux préparatoires de la loi-type.

Toutes les suggestions en ce sens avaient pourtant été refusées. Les rédacteurs ont conclu qu'une convention arbitrale portant sur une question non-arbitrable serait de toute façon nulle<sup>720</sup>.

<sup>720</sup>

Doc. A/CN. 9/ 245, par. 23 ; H.M. HOLTZMANN & J.E. NEUHAUS, *A Guide to UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, op. cit., note 86, p. 302 et s. Voir aussi Werner MELIS, "Arbitration and the Courts", dans Pieter SANDERS ed., *UNCITRAL'S Project*

Les législations américaine et française ne reprennent pas non plus la distinction entre arbitrabilité et autres causes d'invalidité de la convention arbitrale.

Le paragraphe 2 du FAA (*Federal Arbitration Act*)<sup>721</sup> prévoit que la convention d'arbitrage est valide, irrévocable et obligatoire ("*enforceable*"), "*save such grounds as exist in law or in equity for the revocation of any contract*". Notons par ailleurs, que lorsqu'un rapport tombe dans le domaine d'application de la Convention de New York, c'est directement à l'article II de cette dernière que les tribunaux américains font référence.

En France, l'article 1458 du Nouveau Code de procédure civile prévoit :

*"Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente.*

*Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.*

*Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence"*<sup>722</sup>.

L'arbitrabilité n'est pas mentionnée comme telle : elle rentre donc parmi les conditions de validité de la convention d'arbitrage.

Par. 2 - l'arbitrabilité dans la phase de contrôle sur la sentence arbitrale - Articles 34 et 36 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

La susceptibilité de la question à être réglée par voie d'arbitrage, disparue comme notion distincte dans la phase de contrôle préliminaire à l'arbitrage,

---

*for a Model Law on International Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration (I.C.C.A.), Congress Series n° 2, Kluwer, 1984, 83-120, p. 91 et s.

<sup>721</sup>

*The United States Arbitration Act*, Title 9, U.S. Code, c. 1-2.

<sup>722</sup>

À ce propos, il est intéressant de souligner que le critère de la nullité manifeste avait été pris en considération par les rédacteurs de la loi-type, mais il a été refusé parce qu'il aurait réduit le contrôle sur la convention arbitrale à un "prima facie". Voir H.M. HOLTZMANN & J.E. NEUHAUS, *A Guide to The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, op. cit., note 86, p. 315.

réapparaît comme condition pour la reconnaissance et l'exécution de la sentence à l'article 36, et comme condition pour refuser son annulation à l'article 34.

Ces articles reprennent les motifs prévus par l'article V de la Convention de New York<sup>723</sup>.

Ainsi, l'article 34, par exemple, prévoit la possibilité qu'un tribunal annule une sentence arbitrale s'il constate que "*l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage conformément à la loi du présent État ; ou que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État*".

Comme nous l'avons souligné dans la première partie, l'opportunité de faire dépendre l'annulation de la sentence arbitrale de la non-susceptibilité de l'objet du différend d'être réglé par voie d'arbitrage d'après la loi du *for* a été très discutée lors des travaux préparatoires. Mais ces discussions découlaient du fait que la décision d'annulation rentrait parmi les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence. Si elle est rendue suivant des règles impératives locales, on risque alors de donner à ces dernières un effet extraterritorial qui ne se justifie pas.

Malgré les possibles effets *erga omnes* d'une décision d'annulation les rédacteurs ont finalement décidé de retenir cette formulation en soutenant que la similarité entre l'article 34 et l'article 36 contribuerait à une interprétation plus harmonieuse de la loi-type.

L'opportunité de poser l'arbitrabilité comme condition distincte de l'ordre public n'a pas fait, au contraire l'objet de discussions lors de la formulation de l'article 36.

Comme on le note dans le *Commentaire*<sup>724</sup>

*"Ce motif est certainement valable pour refuser la reconnaissance ou l'exécution dans un État donné, qui considère souvent cette question comme touchant à l'ordre public, et peut en réduire le champ en ne protégeant que son ordre public international"*<sup>725</sup>.

Notons que les rédacteurs n'excluent pas la possibilité que l'arbitrabilité soit limitée par des considérations différentes de l'ordre public. On comprend alors

<sup>723</sup>

La seule différence entre ces deux articles est que l'annulation comme motif de refus est visée uniquement par l'article 36 régissant l'exécution. A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 445. Voir *supra*, p. 45 et s.

<sup>724</sup>

*Commentaire Analytique*, précité, note 119, p. 162.

<sup>725</sup>

(*Nos emphases*)

comment les objections concernantes l'inclusion de cette notion parmi les motifs prévus pour l'annulation de la sentence se justifient<sup>726</sup>.

Il revient alors au législateur national, lorsqu'il retient que l'arbitrabilité ne doit dépendre *que* de l'ordre public, ou encore, plus spécifiquement, que de l'ordre public au sens international, d'adapter la loi-type à ses exigences.

Ce législateur pourrait choisir de suivre l'exemple offert par l'article 1498 du Nouveau Code de procédure civile français, d'après lequel : "*[l]es sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international*".

---

<sup>726</sup>

On soulignait qu'en raison de l'efficacité *erga omnes* de la décision d'annulation on risquait de donner une efficacité extraterritoriale non justifiée, aux normes impératives du pays siège de l'arbitrage. *Rapport de la Commission des Nations Unies, précité*, note 42, p. 64 ; *Commentaire Analytique, précité*, note 119, p. 162.

### **Conclusion du premier chapitre.**

La définition du concept d'arbitrabilité selon les articles II et V (2)(a) de la Convention de New York, tout comme la notion de "susceptibilité du différend d'être réglé par voie d'arbitrage", laissent aux États signataires le pouvoir d'en déterminer le contenu. Ainsi, chaque État signataire peut interdire l'arbitrage en posant des limites, soit en raison de la personne, soit en raison de la matière. De plus, étant donné que l'arbitrabilité est posée comme une notion distincte de l'ordre public, elle pourrait être limitée par des règles impératives qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international.

Les hésitations qui avaient caractérisé les travaux préparatoires de la Convention de New York n'ont pas disparu lors de la formulation de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. Ainsi, malgré que l'arbitrabilité ne soit pas distincte, dans la phase préliminaire à l'arbitrage, des autres conditions de validité de la convention arbitrale, elle ressort comme un élément distinct, soumis à la loi du *for*, au moment du contrôle final sur la sentence (notamment, dans les procédures d'annulation, de reconnaissance et d'exécution). L'arbitrabilité pourrait donc bien être limitée, dans la phase du contrôle final sur la sentence par des règles impératives locales.

De ce point de vue, la loi-type se différencie du droit français, où l'arbitrabilité ne se pose plus comme notion distincte de l'ordre public, ni au moment de la reconnaissance de la convention (article 1458 N.C.P.C.), ni au moment de l'exécution de la sentence (article 1502 N.C.P.C.).

Nous examinerons, dans le prochain chapitre, les conséquences de ces différences de formulation, au niveau de la détermination de la loi applicable à la question de l'arbitrabilité.

## Chapitre 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité d'après les sources internationales du droit de l'arbitrage et en droit comparé.

Notre traitement du problème de la loi applicable à la question de l'arbitrabilité se base sur deux préalables. Le premier est que le point de vue du tribunal étatique ne coïncide pas nécessairement avec celui du tribunal arbitral.

Le second préalable est que la problématique n'est pas la même lorsqu'il s'agit d'examiner les limites posées à l'arbitrabilité en *raison de la personne* et celles posées en *raison de la matière*. La nécessité de s'arrêter séparément sur chacun de ces deux types de limites découle de la possibilité d'examiner *les limites posées à l'arbitrabilité du différend en raison des qualités personnelles des parties* à la lumière de la loi applicable aux parties elles-mêmes, plutôt qu'à la loi normalement applicable aux limites posées en raison de la matière. Les problèmes qui se posent ne sont donc pas les mêmes.

### *Section 1 - La loi applicable à l'examen des limites posées à l'arbitrabilité en fonction de la personne.*

Nous examinerons d'abord comment cette question se pose suivant la Convention de New York (Par. 1), pour voir ensuite comme elle a été résolue par la loi-type (Par. 2), par la jurisprudence arbitrale (Par. 3), par le droit français (Par. 3) et par le droit américain (Par. 4).

#### Par. 1 - La Convention de New York.

Lorsque l'État limite l'arbitrabilité en interdisant à certaines personnes ou catégories de personnes de conclure une convention d'arbitrage, il semble logique, à première vue, de considérer ces interdictions comme des limites à leur capacité, devant être examinées à la lumière de la loi applicable aux parties elles-mêmes.

C'est précisément la règle posée par l'article V (1) (a)<sup>727</sup>, qui établit que la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale pourront être refusées si la partie contre laquelle la sentence est invoquée fournit la preuve que "*les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicables, frappées d'une incapacité*".

<sup>727</sup>

Voir à ce propos, A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 61.

L'application de cet article peut néanmoins créer des difficultés lorsque la personne qui a conclu la convention d'arbitrage est un État ou une personne morale de droit public.

En raison de l'intervention de plus en plus massive des États dans le domaine économique, on s'est rendu compte que l'application de l'article V (1)(a) à la question de la capacité de l'État de compromettre menait parfois à des résultats contraires à la bonne foi<sup>728</sup>.

Il n'est pas surprenant alors que la Convention de Washington de 1965, visant au règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, prévoit dans son Préambule :

*"[...] le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée [...]"<sup>729</sup>.*

Cette solution doit être approuvée parce qu'elle présente l'avantage de permettre le respect du principe de la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles. Rien n'empêche aux États signataires de la Convention de New York de l'adopter, autant dans leur législation, que par leur pratique jurisprudentielle. Cette attitude favorable à l'arbitrage n'est toutefois pas imposée par la Convention de New York.

## Par. 2 - La loi-type.

La loi-type ne se différencie pas, du point de vue de la loi applicable à l'arbitrabilité *ratione personae*, de la Convention de New York. La capacité des parties est régie par la loi à elles applicable ; et aucune règle dans cette loi ne prévoit

<sup>728</sup>

Georges R. DELAUME, "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts : the Myth of the *Lex Mercatoria*", *op. cit.*, note 325, p. 595. L'État qui n'est plus intéressé par l'arbitrage ou qui ne veut pas exécuter la sentence arbitrale pourra opposer ses propres règles internes régissant la procédure prévue pour obtenir l'autorisation de compromettre. Il pourra aussi parvenir à changer la loi à son avantage. Voir Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 97.

<sup>729</sup>

Le Préambule spécifie cependant qu'"aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier".

que la conclusion de la convention d'arbitrage constitue un accord ayant force obligatoire par rapport aux personnes morales de droit public<sup>730</sup>. Il est donc au moins théoriquement possible que les pays qui ont suivi la loi-type limitent l'arbitrabilité sur la base d'interdictions qui ne font pas partie de principes d'ordre public au sens international, mais des règles impératives internes de l'État en question. L'arbitrabilité serait alors une notion plus étendue que celle d'ordre public.

Le principe qui impose aux États de se soumettre aux conventions d'arbitrage auxquelles ils font partie découle au contraire assez clairement de l'examen de la pratique internationale sur laquelle nous nous arrêterons dans les prochaines pages.

### Par. 3 - La jurisprudence arbitrale.

La jurisprudence arbitrale ne traite pas l'arbitrabilité *ratione personae* comme une question de capacité ni la soumet à la loi régissant la convention d'arbitrage. Les arbitres ont plutôt créé, pour régir cette question, la règle suivante de validité de la convention arbitrale : lorsque l'État s'est engagé par une convention d'arbitrage, *ni la nature du contrat, ni celle des actes qui ont fait naître le différend*, ne sont des arguments suffisants permettant à l'État de se soustraire à son obligation<sup>731</sup>.

La conclusion de la convention d'arbitrage empêche donc l'État d'invoquer son immunité de juridiction. La notion d'immunité de juridiction découle de l'idée que l'égalité entre les États interdit que l'un soit soumis à l'autorité juridictionnelle de l'autre. Cette règle n'a pourtant aucune raison d'être appliquée en matière d'arbitrage, à moins que l'on n'assimile l'arbitre au tribunal national. Or, c'est précisément parce que la convention d'arbitrage est assimilée à une renonciation à l'immunité de juridiction que la distinction entre actes *iure imperii* et actes *iure gestionis* devient insignifiante<sup>732</sup>.

<sup>730</sup>

Voir aussi, à titre d'exemple l'article, 177. 2 de la loi suisse sur l'arbitrage international, qui exclut expressément qu'un État puisse invoquer sur ses propres règles impératives pour s'opposer à la reconnaissance de la convention d'arbitrage. Voir A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage International en Suisse*, *op. cit.*, note 571, p. 38.

<sup>731</sup>

Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, "The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State-Controlled Enterprises", dans *International Arbitration. 60 Years of I.C.C. Arbitration. A Look at the Future*, *op. cit.*, note 32, 117-176, p. 145 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 334 et s. ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 223 et s.

<sup>732</sup>

Yves DERAIS, observations sous la sentence intérimaire C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2321 en 1974, *Clunet* 1975.940-944, p. 944 : "L'immunité de juridiction n'a donc pas sa place, que l'État soit en cause pour des actes accomplis de *iure gestionis* ou de *iure imperii*, en matière

La solution contraire contredirait le principe *pacta sunt servanda*<sup>733</sup>, comme l'illustre une sentence rendue en 1974 où l'arbitre<sup>734</sup> refuse l'application de la doctrine de l'immunité<sup>735</sup> en s'expliquant ainsi :

*"Je dois admettre que j'ai quelque peine à suivre le fil du raisonnement selon lequel un État, uniquement en raison de sa situation et de ses qualités suprêmes, serait incapable de donner une promesse qui l'engage. Le principe Pacta sunt servanda est de façon générale reconnu en Droit International et il est difficile de voir une raison quelconque pour laquelle il ne s'appliquerait pas ici. Un État souverain doit être suffisamment souverain pour faire une promesse qui l'engage, aussi bien en Droit international qu'en droit interne. [...] Exiger ou supposer dans ces*

---

d'arbitrage international. C'est là une conséquence de plus du fait que l'arbitre ne rend pas la justice au nom de l'État, mais exécute une mission que lui ont confiée les parties". Dans le même sens, voir Riccardo LUZZATTO, "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", (1977) IV *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 11-120, p. 93 : "There should be [...] no doubt [...] that an agreement to arbitrate constitutes an implicit waiver and that, therefore international or municipal rules granting sovereign immunity should not apply. [...]. The *jure imperii* or *jure gestionis* character of the subject matter of the agreement should therefore be irrelevant". Voir aussi Voir M. RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law*, *op. cit.*, note 98, p. 172.

La notion d'immunité de juridiction doit être distinguée de celle d'immunité d'exécution, qui agit ultérieurement, au moment de l'exécution de la sentence arbitrale, et sur laquelle nous nous sommes arrêtés dans la première partie. Elle ne concerne pas l'arbitre, parce qu'elle ne touche pas à la question de sa compétence mais à la possibilité que la partie gagnante puisse, éventuellement, se satisfaire sur les biens de l'État. Voir *supra*, p. 197 et 240.

<sup>733</sup> Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1939 en 1971. Voir aussi, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 341 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 224.

<sup>734</sup> Sentence intérimaire C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2321 en 1974, (1976) I *Yearbook* 133 ; *Chunet* 1975.938, obs. Derains.

<sup>735</sup> *Ibid*, p. 939 : "En ce qui me concerne, je ne vois pas le besoin de me référer à un système de droit national particulier ou à la juridiction d'un pays quelconque à cet égard. Quelle que soit la '*proper law*' du contrat, elle n'a rien à voir avec la protection d'une immunité de souveraineté. L'immunité de souveraineté peut agir en tant que barrière à l'exercice d'une compétence juridictionnelle ou s'opposer à des mesures d'exécution, mais elle n'intervient pas, en tant que telle, dans les relations juridiques entre les parties, telles que définies dans un contrat ou autrement [...]."

Et à la page 940 : "La doctrine de l'immunité concernant les poursuites judiciaires ou les mesures d'exécution est reconnue par les tribunaux du monde entier, bien qu'elle ne soit pas uniformément appliquée dans tous les pays. Le terrain d'entente cependant, est le Droit International, tel quel pratiqué par les États, et l'idée de l'égalité entre les États [...]."

Il est par conséquent clair pour moi que la doctrine de l'immunité de souveraineté ne s'applique que dans les relations entre les tribunaux et autres autorités d'un côté et un autre État, ses représentants ou ses biens, de l'autre.

*En tant qu'arbitre, je ne suis moi-même ni le représentant ni l'organe d'un État quelconque. Mon autorité d'arbitre repose sur un accord entre les parties. [...] De plus, les tribunaux et les autres autorités suédoises ne peuvent en aucune manière interférer dans mes activités d'arbitre, ni m'ordonner de faire ce que je pense ne pas devoir faire, ni m'ordonner de m'abstenir de faire ce que je pense devoir faire". (Nos italiques).*

*conditions qu'une promesse de l'État de se soumettre à l'arbitrage devrait, pour l'engager, être confirmée devant l'arbitre, affecterait plus la souveraineté de l'État et sa dignité que le ferait l'exécution, par l'arbitre, de la mission qui lui a été confiée en application de l'accord des parties. [...] Le point de savoir si l'objet du présent litige relève du jus gestionis ou du jus imperii a aussi été discuté par les unes et les autres des parties. Il résulte de ce que j'ai dit ci-dessus que cette distinction est dépourvue de pertinence à partir du moment où les parties se sont mises d'accord sur l'arbitrage"*<sup>736</sup>.

Le principe est considéré si fondamental que, dans une sentence datant de 1975<sup>737</sup>, l'arbitre a conclu que l'inaptitude de l'État à compromettre "*devrait être considérée comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international dont la mise en jeu ne pourrait être exclue par l'application du droit [de l'État en question]*"<sup>738</sup>.

Cette solution, approuvée par la doctrine<sup>739</sup>, est désormais appliquée par les arbitres de façon constante. La décision rendue sur un différend concernant la rupture, par l'État égyptien, d'un projet résultant d'une série de contrats entre le Ministère du Tourisme d'Égypte et l'une de ses Sociétés d'État (EGOTH), et des compagnies étrangères (SPP M.E. et SPP H.K.), pour la construction d'un village touristique sur le Plateau des Pyramides<sup>740</sup>, en fournit un bon exemple.

<sup>736</sup>

*Idem.*

<sup>737</sup>

Sentence intérimaire C.C.I. rendue en 1975 dans l'affaire n° 2521, *Clunet* 1979.997, obs. Derains.

<sup>738</sup>

*Ibid.*, p. 998. Cette conclusion a été considérée par M. Derains, dans ses observations sous la sentence même (*Clunet* 1979.998-999) comme un exemple de l'existence d'un "ordre public international anational". Voir aussi la sentence C.C.I. rendue en 1986 dans l'affaire n° 4381, *Clunet* 1986.1102, obs. Derains.

<sup>739</sup>

Voir par exemple, P. LALIVE, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *op.cit.*, note 326, p. 344 : "Là où les tribunaux de l'État en cause n'ont pas su, ou pas voulu, trouver la riposte adéquate (par exemple par la limitation de l'"incapacité" aux seules situations internes), la question peut se présenter à l'arbitre international sous la forme d'une exception d'incompétence. Il est certain, à ce sujet, que la tendance générale des arbitres est aujourd'hui de rejeter ce genre de défense, sur la base d'une double motivation générale (qui peut s'exprimer par des formules diverses [...] : recours au principe de la bonne foi, à la notion de *venire contra factum proprium*, au concept de l'abus de droit, de l'*estoppel* ou de l'ordre public international)".

<sup>740</sup>

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3493 de 1983, *SPP (Middle East) et Southern Pacific Properties, c. Arab Republic of Egypt et The Egyptian general Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*, (1984) IX *Yearbook* 111.

Notons que cette sentence a par la suite été annulée en France par la Cour d'appel de Paris, au motif que l'État égyptien n'avait pas été désigné parmi les personnes ayant qualité de parties au contrat. L'engagement d'une personne morale publique avec un statut juridique distinct n'était pas suffisant, d'après le tribunal de l'annulation, pour établir la volonté de l'État de devenir partie au contrat et de renoncer à son immunité de juridiction. (*SPP (Middle East) et Southern Pacific Properties, c. Arab*

Après la conclusion des contrats et après avoir obtenu toutes les autorisations administratives nécessaires, le gouvernement égyptien s'est trouvé forcé, à cause d'une forte opposition politique, d'émettre une série de mesures législatives entravant le projet puis, finalement, à annuler par un décret de 1978 le décret rendu antérieurement (en 1975) permettant précisément l'exploitation du Plateau.

Les sociétés étrangères ont alors saisi l'arbitre (comme prévu par la clause compromissoire, signée par les parties contractantes et approuvées, elle aussi, par les autorités gouvernementales compétentes) pour obtenir la condamnation de l'État égyptien au paiement, au prix du marché, de leur participation à la *joint venture*, et des dommages compensatoires pour les bénéfices qu'elles auraient pu réaliser par la réalisation du projet.

L'État égyptien s'opposait à l'arbitrage en soutenant, entre autre, l'incompétence de l'arbitre en raison de l'absence d'une renonciation expresse à son immunité souveraine ; renonciation exigée par la loi égyptienne.

Après avoir établi l'existence de la convention arbitrale liant toutes les parties, le tribunal arbitral a examiné la question de la loi applicable et de l'éventuelle utilisation de principes de droit international. Les arbitres ont choisi la loi égyptienne et, sur la base de cette loi (applicable dans la limite de sa compatibilité avec les principes de droit international)<sup>741</sup>, ils ont rejeté l'exception présentée par le Gouvernement égyptien.

Le tribunal arbitral a donc suivi les principes de droit international et, ce faisant, s'est aligné sur la doctrine<sup>742</sup> et la jurisprudence plus modernes<sup>743</sup>, qui considèrent la convention arbitrale comme un moyen efficace, bien qu'implicite, de renoncer à l'immunité<sup>744</sup>, dans la seule mesure où la *question* posée à l'arbitre est arbitrable<sup>745</sup>.

---

*Republic of Egypt et The Egyptian general Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*, Paris, 1ère ch. supp., 12 juillet 1984, *Rev. Arb.* 1986.75). Pourtant, en même temps que la procédure d'annulation se déroulait en France, la sentence était exécutée aux Pays-Bas. Le Président du Tribunal du District d'Amsterdam a rejeté les objections soulevées par l'État égyptien ; il a aussi nié tout effet du recours en annulation sur le caractère obligatoire de la sentence. Voir sur ces arrêts, Ph. LÉBOULANGER, "État, politique et arbitrage - l'affaire du Plateau des Pyramides", *op. cit.*, note 104. Voir aussi la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 5103 de 1988, *Clunet* 1988.1206.

<sup>741</sup> *Ibid*, p. 117.

<sup>742</sup> *Ibid*, p. 119 et p. 120, où est cité, DELAUME, "State Contracts and Transational Arbitration", (1981) *A.J.Int.L.* 786.

<sup>743</sup> *Ibid*, p. 118.

<sup>744</sup> *Idem*, où est citée la sentence arbitrale C.C.I. de 1974, n° 2321, *précitée*, note 734 : "The issue is whether the submission to international arbitration by States and public entities should be regarded as an implicit waiver of immunity thus preventing concurrent application of other

En l'espèce, les mesures législatives de l'État Égyptien n'ont pas fait l'objet de contestation. Bien qu'elles étaient effectivement reconnues comme la cause de la rupture du contrat, leur nature politique aurait empêché une condamnation de la part de l'arbitre pour violation des obligations contractuelles. On comprend en effet que la conclusion à l'affaire *EGOTH* n'aurait pas été la même *si on avait remis en question* l'opportunité de ces mesures législatives : dans ce cas, l'arbitre aurait dû se déclarer incompétent<sup>746</sup>.

#### Par. 4 - La réforme législative américaine.

La même tendance s'est explicitement exprimée par voie législative aux États-Unis, en 1988<sup>747</sup>, par une réforme, inspirée du modèle britannique<sup>748</sup>, dont le but était de mettre fin aux différences d'interprétation de la loi de 1976 sur les immunités diplomatiques<sup>749</sup>. Les cas dans lesquels, aux termes de l'article 2 de la loi américaine de 1988, la convention d'arbitrage doit être exécutée malgré l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'État partie à la convention sont les suivants :

- (1) *si l'arbitrage se déroule ou doit se dérouler aux États-Unis ;*
- (2) *si la convention d'arbitrage ou la sentence sont régies, ou peuvent être régies, par une convention internationale liant les États-Unis et leur imposant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ;*

---

international or municipal rules granting sovereign immunity. In finding upon the governing law we implicitly answered in the affirmative".

<sup>745</sup>

Ainsi J.-M. JACQUET, "L'État, opérateur du commerce international", *op. cit.*, note 567, p. 661.

<sup>746</sup>

Notons que cette conclusion est confirmée par l'arrêt américain *Liamco v. Libya (Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Socialist People's Libyan Arab Jamabyria*, 482 F. Supp. 1165 (D.D.C. 1980) ; (1981) VI *Yearbook* 248), par lequel la cour a refusé (en appliquant l'article (V)(2)(a) de la Convention de New York) de donner exécution à une décision arbitrale qui avait porté un jugement sur les actes de puissance publique accomplis par un État sur son territoire. Voir Elisabeth M. SENGGER-WEISS, "Enforcing Foreign Arbitral Awards", (1998) 53 *Dispute Resolution J.* 70-78.

<sup>747</sup>

Loi n° 100-669 du 16 novembre 1988, portant amendement des articles suivants : 9 U.S.C. sec. 15 (sur la doctrine des actes de souveraineté), 28 U.S.C. sec. 1605 (a)(6) (sur l'immunité de juridiction) et 28 U.S.C. sec. 1610 (a)(6) (sur l'immunité d'exécution). Voir F. JOLY, "États-Unis : une réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage", *op. cit.*, note 569.

<sup>748</sup>

*United Kingdom State Immunity Act*, de 1978. Version française, dans (1980) *Rev.cr.dr.int.pr.*, 156, Commentaires de L. Collins.

<sup>749</sup>

*Foreing Sovereign Immunities Act of 1986 (F.S.I.A.)*, 28 U.S.C. sec. 1330, 1602-1611.

(3) si la demande est d'une nature telle que, même en l'absence d'une convention d'arbitrage, elle aurait pu être portée devant les tribunaux américains (par application d'une autre exception au principe de l'immunité) ; et

(4) si la convention d'arbitrage, sans satisfaire les critères précédents, peut néanmoins être analysée comme valant renonciation implicite au bénéfice de l'immunité.

Comme le note Mme Joly, cet article réaffirme des principes déjà établis par la jurisprudence<sup>750</sup>. Tout se ramène, encore une fois, à l'obligation de bonne foi et au respect du principe *pacta sunt servanda* qui est aussi souligné par le paragraphe (4) du même article et qui a inspiré, comme nous l'avons vu, la jurisprudence arbitrale. Ce même principe a aussi inspiré la formulation d'autres textes législatifs, tel que la *Loi fédérale sur le droit international privé*, édictée en Suisse en 1988, qui prévoit, au second alinéa de l'article 177 que, "[s]i une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage"<sup>751</sup>.

#### Par. 5 - La position de la jurisprudence française.

La position de la jurisprudence française a considérablement évolué.

La position traditionnelle, établie il y a déjà longtemps, était que l'interdiction posée par l'article 2060 du Code civil français (qui exclut l'arbitrage par rapport aux "*contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics*")

<sup>750</sup>

F. JOLY, "États-Unis : un réforme de 1988 restreint le domaine des immunités des États étrangers en matière d'arbitrage", *op. cit.*, note 569, p. 609.

<sup>751</sup>

A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, *op. cit.*, note 571, p. 42. Pour une application de cet article par les arbitres, voir la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6162 de 1990, (1992) XVII *Yearbook* 153. Voir aussi la résolution adoptée en 1988 par l'Institut de droit international, telle que citée par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 344 : "Un État, une entreprise d'État ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti". Mais voir A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 62. Les auteurs soulignent que cette "tentative courageuse [...] pour traiter les problèmes des États ou des entreprises publiques qui cherchent à renier les conventions d'arbitrage en arguant leur défaut de capacité légale", ne fera pourtant pas obstacle à ce que l'État partie refuse d'exécuter la sentence arbitrale dans son propre territoire. Si on ne peut qu'être d'accord avec cette constatation, il est pourtant aussi vrai que l'État en question pourrait posséder des biens dans un autre pays. Dans la mesure où ces biens sont destinés à une activité commerciale, il est encore possible que la partie privée puisse éventuellement être satisfaite. Voir, *supra*, p. 197 et s. et 240 et s.

n'était qu'une "prohibition générale, édictée pour des contrats internes" et non une interdiction "d'ordre public international"<sup>752</sup>.

Bien que cette jurisprudence reconnaissait la possibilité de soumettre l'État à la juridiction de l'arbitre pour les litiges surgissant de rapports de droit international, il existait une différence importante entre la solution française et celle de la jurisprudence arbitrale<sup>753</sup>.

Cette dernière impose la reconnaissance de la convention d'arbitrage, *indépendamment de la nature des actes* et *malgré* l'interdiction découlant de la règle impérative interne, sur la base du respect du principe *pacta sunt servanda*.

Par contre, en droit français, la non application de l'article 2060 du Code civil français se justifiait uniquement par la qualification "*international*" des rapports concernés.

Or, au niveau pratique, cette distinction aurait été insignifiante, si ce n'était de l'interprétation plutôt restrictive donnée au terme "*international*" par le Conseil d'État.

D'après un avis du Conseil d'État, rendu en 1986<sup>754</sup>, sont internes, en principe, les rapports entre une personne morale française de droit public et une partie étrangère indépendamment de la mise en cause *d'intérêts du commerce*

<sup>752</sup>

La première décision en ce sens a été rendue par la Cour d'appel de Paris en 1957 (Affaire *Myrtoon Steamship*, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 344). Successivement, dans l'affaire *O.N.I.C. c. Capitaine du S.S. San Carlo*, (Cass. civ., 1ère ch., 14 avril 1964, J.C.P. 65.II.14406, note Level ; *Clunet* 1965.646, note Goldman ; *Rev. Arb.* 1964.82 ; D. 1964.637, note Robert), la Cour de Cassation s'est exprimée ainsi : "La prohibition de compromettre pour les personnes publiques, qui résulte des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile [français] ne soulève pas une question de capacité au sens de l'article 3 du Code civil. Cette prohibition n'est pas applicable à un contrat international passé par une personne publique pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international". La motivation donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Trésor public c. Galakis*, (Cass. civ., 1ère ch., 2 mai 1966 : *Clunet* 1966.648, note Level ; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1967.553, note Goldman ; D.S. 1966.575, note Robert ; *Rev. Arb.* 1966.99), est presque identique à celle de l'arrêt *San Carlo*. Voir aussi, *Sté Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie et autres*, Orléans, ch. civ., 13 décembre 1979 ; Cass. civ., 1ère ch., 13 octobre 1981, *Rev. Arb.* 1983.63, note Devolve ; Rouen, 1ère et 2ème ch. réunies, 13 novembre 1984, *Rev. Arb.* 1985.115. À propos de la nature de l'interdiction posée par l'article 2060 du Code civil français, voir Pascal ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litiges arbitrables", *J.Cl. Proc. Civ.*, Fasc. 1024, p. 10.

<sup>753</sup>

Dans ce sens voir aussi J.-M. JACQUET, "L'État, opérateur du commerce international", *op. cit.*, note 567, p. 669.

<sup>754</sup>

Avis de l'Assemblée Générale du Conseil d'État, 6 mars 1986, sur l'affaire *Walt Disney Marne de la Vallée*, dans *Études et documents du Conseil d'État*, 1987, p. 178.

*internationale*<sup>755</sup>, lorsque ces rapports supposent l'accomplissement *d'actes de nature administrative*<sup>756</sup>. Cela signifie qu'une personne morale de droit français, ayant conclu une clause compromissoire relativement à un contrat qui supposait l'accomplissement de sa part, d'actes de nature administrative, aurait pu ultérieurement opposer à l'arbitrage l'interdiction découlant de l'article 2060 de son Code civil.

Si l'adage *pacta sunt servanda* s'opposait, en principe, à l'acceptation par les arbitres, d'une telle objection, la question se posait alors de savoir si la convention d'arbitrage, ou la sentence arbitrale éventuellement rendue, pouvait être reconnue par le tribunal français.

Dorénavant, cette question ne se pose plus puisque, selon la jurisprudence française plus récente, "*l'ordre public international [...] interdirait à une entreprise publique de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu entre les parties [...]*"<sup>757</sup>.

Cette position, ultérieurement réaffirmée par la jurisprudence<sup>758</sup>, s'appuie (comme les décisions arbitrales), sur le respect de l'ordre public international. La jurisprudence française n'admet donc plus qu'un État (français ou étranger, peu importe) oppose la nature des actes à accomplir dans le contrat principal pour refuser l'exécution d'une convention d'arbitrage.

### *Section 2 - La loi applicable à l'examen des limites posées à l'arbitrabilité en fonction de la matière.*

Notre examen de la loi applicable à l'arbitrabilité *ratione materiae* distinguera la position du tribunal étatique (Par. 1), de celle du tribunal arbitral (Par. 2).

<sup>755</sup>

Article 1492 du N.C.P.C..

<sup>756</sup>

Une exception est possible uniquement si le contrat international revêt un intérêt national : article 7 de la loi n° 86972 du 19 août 1986, J.O. 22 août 1986.

<sup>757</sup>

*Société Gatoil c. National Iranian Oil Company*, précité, note 382. Voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., note 74, p. 337.

<sup>758</sup>

*Ministère tunisien de l'Équipement c. société Bec Frères*, Paris, 1ère ch. civ., 24 février 1994, *Rev. Arb.* 1995.275, note Y. Gaudemet ; *Société KFTCIC c. société Icori Estero et autre*, précité, note 54. Ce dernier arrêt établit que la reconnaissance de la convention d'arbitrage est indépendante de la nature publique ou privée de l'objet du contrat. Voir aussi, *Boulois c. UNESCO*, Trib. Gr. Inst. de Paris, (ord. réf.), 20 octobre 1997, *Rev. Arb.* 1997.575, note Jarroson. Par cet arrêt, le Tribunal de Grande Instance a expressément reconnu qu'une convention d'arbitrage constitue une renonciation à l'immunité de juridiction.

Par. 1 - La loi applicable à l'arbitrabilité devant le tribunal étatique.

Nous nous arrêterons premièrement, sur la Convention de New York (A), pour continuer avec l'examen de cette question suivant la loi-type (B), et suivant le droit comparé (C).

A - La loi applicable à l'arbitrabilité selon la Convention de New York.

L'article V (2)(a) permet clairement aux États signataires de refuser d'office une sentence rendue sur un différend non arbitral d'après leur propre loi. De plus, parce que, comme nous l'avons noté auparavant, l'arbitrabilité est posée comme une condition distincte de l'ordre public, elle pourra être limitée par l'application de règles impératives locales. Cela signifie qu'une sentence pourrait être refusée en application des règles qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international, même si le *seul* lien qui existe entre le rapport litigieux et le lieu de l'exécution est la présence de biens de la partie perdante dans cette juridiction.

L'article II, au contraire, n'indique, ni la loi applicable à l'examen de la susceptibilité du différend d'être réglé par voie d'arbitrage<sup>759</sup>, ni celle applicable à l'examen de la validité de la convention arbitrale en tant que contrat<sup>760</sup>.

Les réponses possibles à la question de savoir quelle est la loi applicable à la question de l'arbitrabilité *ratione materiae* lors de l'application de l'article II de la Convention de New York sont nombreuses. Cette question, strictement liée au problème de la nature hybride de l'arbitrage et à la double série d'effets naissant de la convention arbitrale, a été très discutée en doctrine avec des résultats assez différents. Ainsi, certains auteurs, regardant l'arbitrage plutôt du point de vue de ses effets juridictionnels, ont considéré la loi du *for* comme la seule applicable à la question de l'arbitrabilité, autant dans la phase préliminaire à l'arbitrage que dans la phase de l'exécution de la sentence. Certains autres, en considérant la convention d'arbitrage essentiellement du point de vue de sa nature contractuelle, suggéraient

<sup>759</sup>

Article II.1 : "Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite [...] portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage".

<sup>760</sup>

Article II.3 : "Le tribunal d'un État contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée".

l'application de la loi de l'autonomie dans la phase préliminaire de l'arbitrage et l'application conjointe de la loi de l'autonomie et de la loi du *for* dans la phase de l'exécution de la sentence arbitrale.

Examinons ces solutions plus en détails.

1 - L'arbitrabilité comme une question de procédure.

D'après M. van den Berg<sup>761</sup>,

*"(T)he main effect of an arbitration agreement is the exclusion of the compétence of the courts in favour of arbitration. As a court derives its compétence as a rule from its own law, it should inquire under its own law whether the compétence has lawfully been excluded in favour of arbitration".*

Le juge étatique appliquera alors la *lex fori* à l'examen de la susceptibilité du différend d'être réglé par voie d'arbitrage<sup>762</sup>.

Une telle solution satisferait, d'après l'auteur, le besoin d'uniformité dans l'interprétation de la Convention de New York. M. van den Berg se base sur la lecture conjointe des articles V (2)(a) et II (1)<sup>763</sup>. Selon lui<sup>764</sup>, la formulation de

<sup>761</sup> A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 152.

<sup>762</sup> *Ibid.*, p. 154. Voir aussi P. CONTINI, "International Commercial Arbitration - The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *op. cit.*, note 62, p. 296 ; G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.B. 2.

Notons que la solution proposée par la doctrine la plus ancienne (elle aussi basée sur cette conception juridictionnelle de l'arbitrage), soutenait que la loi applicable à l'arbitrabilité du litige serait celle du pays dont les tribunaux auraient été compétents à défaut de la convention d'arbitrage. Voir Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5. À la page 111, l'auteur en parle comme d'une "thèse [...] ingénieuse [...] mais impraticable", parce qu'"en matière de commerce international, les parties seront le plus souvent en présence de la compétence concurrente et non exclusive, de plusieurs juridictions appartenant à différents États : selon quelle loi, alors, faudra-t-il se prononcer ?"

<sup>763</sup> A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 152. L'auteur note aussi que, malgré le défaut de la Convention de New York de spécifier la loi applicable : "It must be presumed that [...] the *lex fori* governs the question of arbitrability. Internal consistency of the Convention requires such an analogous interpretation". Dans le même sens, G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.B.2. L'auteur ajoute que la possibilité que les États puissent utiliser la réserve de commercialité est une preuve ultérieure de l'applicabilité de la *lex fori* : "One can argue that, if the law of the State where the recognition of the arbitration agreement is sought applies for defining commercial matters, the same law should reasonably apply in order to decide whether the matter is capable of settlement by arbitration".

<sup>764</sup> A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 288 et s. : "The non arbitrability of the subject matter of the agreement under the law applicable to the

l'article V est une indication claire de ce que la *lex fori* est la *seule* loi applicable à la question de l'arbitrabilité.

L'interprétation donnée par M. van den Berg restreint cependant de façon considérable le domaine de la loi applicable à la convention d'arbitrage<sup>765</sup>. D'après cet auteur, le seul cas dans lequel l'arbitrabilité suivant la loi régissant la convention arbitrale pourrait jouer un rôle est celui où la loi régissant la convention arbitrale est la même que celle du siège de l'arbitrage. Sur la base d'une demande d'annulation, le tribunal du siège arbitral examinera la question de l'arbitrabilité de la matière selon la *lex fori*, et donc, forcément, aussi selon la loi régissant la convention d'arbitrage<sup>766</sup>.

En suivant cette logique, on parvient à soutenir que le tribunal qui ne reconnaît pas une convention arbitrale ou qui refuse la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale rendue sur la base d'une convention arbitrale invalide parce quelle concerne une question non-arbitrable selon la loi d'autonomie, appliquerait une règle différente que celle prévue par la Convention de New York. Si cette règle est plus sévère, la décision qui découle de son application constituerait une violation de la Convention.

Il faut admettre que l'application de la *lex fori* présente l'avantage de voir la question de l'arbitrabilité régie par la même loi, au moins dans le cas où le tribunal saisi dans la phase préliminaire est le même que celui saisi dans la phase du contrôle

---

agreement is not a matter of invalidity which has to be taken into account when the enforcement of the award is sought under the Convention.[...]. The express reference to the law of the country where the enforcement is sought is already a strong indication that the law of the forum is the only controlling law for the question of arbitrability". L'applicabilité de la *lex fori* à la question de l'arbitrabilité éviterait aussi au tribunal saisi d'examiner la question selon une loi étrangère. *Ibid*, p. 153 : "A court is less suited (*forum non conveniens*) for deciding on the arbitrability under the law of another country. [...]. Similar considerations lead to the conclusion that neither the court before which the enforcement of the agreement nor that before which the enforcement of the award is sought has to take account of the arbitrability under the law applicable to the arbitration agreement in case that law is different from the law of the forum".

<sup>765</sup>

Cela semble être effectivement l'opinion de M. van den BERG qui (*The New York Arbitration Convention of 1958, op. cit.*, note 17, p. 291), après avoir examiné les matières susceptibles de conduire à un refus de reconnaissance et d'exécution pour invalidité de la convention arbitrale selon la loi applicable conclut : "It may be said that, in general, the invalidity of the arbitration agreement under the applicable law as ground for refusal of the award as provided in Article V (1)(a) has lost a great deal of its practical significance".

<sup>766</sup>

*Ibid*, p. 289. L'auteur note que cette hypothèse ne semble jamais s'être vérifiée en pratique.

sur la sentence (ce que, il faut le souligner, n'est pas nécessairement toujours le cas)<sup>767</sup>.

D'un autre côté, elle ne tient pas vraiment compte du principe de l'autonomie de la volonté par rapport à la convention d'arbitrage. Les parties perdent donc le droit à la protection qui leur est éventuellement offerte par la loi qu'elles ont choisie pour régir leur convention d'arbitrage. De plus, parce que, comme nous l'avons noté, dans le contexte de la Convention de New York, l'arbitrabilité n'est pas nécessairement limitée uniquement par l'ordre public, mais aussi par des règles impératives, on risque de donner à ces règles une efficacité extraterritoriale qui pourrait ne pas se justifier sur la base de la seule compétence juridictionnelle du tribunal saisi.

## 2 - L'arbitrabilité comme condition contractuelle de validité de la convention d'arbitrage.

Si l'on prend en compte la nature contractuelle<sup>768</sup> de l'arbitrage, on arrive à considérer la susceptibilité de la question d'être réglée par des arbitres comme constituant une condition de validité de la convention d'arbitrage : la licéité de son objet.

Normalement, elle sera alors examinée à la lumière de la loi choisie par les parties pour régir cette convention (loi de l'autonomie)<sup>769</sup>. Cette conclusion est

<sup>767</sup>

Bernard HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", (1994) J.D.I. 900-966, p. 924.

<sup>768</sup>

A.C. FOUSTACOS, "Conditions Required for the Validity of the Convention Agreement", (1988) 5 *J.Int'l Arb.* 113-129, p. 116 ; Jean ROBERT, *L'Arbitrage civil et commercial en droit interne et droit international privé*, Paris, Librairie Dalloz, 1967, p. 361. Philippe FOUCHARD, "Arbitrage Commercial International - Notion", *J.Cl. Proc. civ.*, Fasc. 1050, p. 17.

<sup>769</sup>

Dans ce sens, voir Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 108 : "Donc, lorsque l'"arbitrabilité" du litige est considérée au seul point de vue de la validité de la convention arbitrale, [...] il suffira [...] de rechercher la soumission du litige ou de certains éléments à l'arbitrage".

Voir aussi A.C. FOUSTACOS, "Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement", *op. cit.*, note 768, p. 116 ; J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial*, *op. cit.*, note 768, p. 361 : "La considération de l'objet n'intervient normalement que pour envisager si la matière litigieuse est susceptible d'arbitrage selon la loi qui régit l'objet. Cette loi sera nécessairement celle qui régit le fond du droit et qui pourra s'avérer différente de la loi de procédure. On est ici, selon le droit commun, au cœur de l'application de la loi de l'autonomie, laquelle détermine classiquement la licéité de l'objet". Voir aussi, Piero BERNARDINI, *L'arbitrato Internazionale*, Roma, Giuffrè Editore, 1987, p. 112. Notons pourtant que M. Fouchard a depuis changé d'idée : voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 345, "Lorsqu'il apprécie l'arbitrabilité objective d'un litige à caractère international, le juge français se réfère *nécessairement* à la conception française de l'ordre public international". (*Nos italiques*).

confirmée aussi par la lecture de l'article V (1)(a) qui soumet précisément la question de la validité de la convention d'arbitrage à la loi indiquée par les parties. Nous verrons pourtant qu'une tendance croissante examine, autant la question de l'arbitrabilité, que la validité de la convention, à la lumière de la loi du tribunal.

Lorsque la loi applicable à cette question *est* la loi de l'autonomie, une difficulté apparaît si *les parties n'ont pas choisi* la loi applicable à leur convention d'arbitrage puisque l'article II (à la différence de l'article V (1)(a) de la même Convention)<sup>770</sup> ne donne aucune indication à ce propos.

Selon le principe de l'autonomie de la convention arbitrale, la loi qui régit cette question n'est pas nécessairement la même que celle qui régit le contrat principal<sup>771</sup>.

*A priori*, la solution la plus raisonnable à cette question résulte de la lecture conjointe des articles II et V (1)(a). Le choix de la *loi du pays siège de l'arbitrage* est logique puisque ce pays est le lieu de l'exécution de la convention d'arbitrage. Elle présente l'avantage appréciable de faire régir la convention d'arbitrage par la même loi, dans la phase préliminaire et dans la phase finale de l'arbitrage, au moins dans le cas où le contrôle sur la sentence est effectué suivant une procédure d'annulation ou d'homologation (puisque le pays siège de l'arbitrage est aussi le

---

<sup>770</sup>

Notons que la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage au moment de la reconnaissance de la sentence a fait l'objet de discussions très vives lors de la rédaction de la Convention de New York. La première proposition qui a vu la question de la invalidité de la convention d'arbitrage parmi les motifs de refus de la sentence ne donnait aucune indication quant à la loi applicable à cette question. Voir G. GAJA, *International Commercial Arbitration - the New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. III.B.1.12, Doc. E/CONF. 26/L.17). Cette lacune a été critiquée par les représentants turc (G. GAIA, *ibid*, p. III.C. 99), belge (G. GAIA, *ibid*, p. III C. 105) et salvadorien (G. GAIA, *ibid*, p. III C. 105). Les représentants français (G. GAIA, *ibid*, p. III. C. 107.) et américain (G. GAIA, *ibid*, p. III. C. 117) soulignaient les difficultés de parvenir à une entente sur ce point. Le représentant israélien, pour sa part, considérait qu'une convention d'arbitrage aurait du être considérée valide si elle était conforme à la loi du pays siège de l'arbitrage ou à la loi du pays de l'exécution (G. GAIA, *ibid*, p. III. C.116). Le représentant français rejetta cette solution en soulignant que la tendance de la jurisprudence française était depuis le début du siècle de soumettre le contrat à la loi de l'autonomie. Il conclua alors qu'il aurait été impossible pour la France de ratifier une Convention allant à l'encontre de ce principe (G. GAIA, *ibid*, p. III.C.120). La question de la loi applicable à la convention d'arbitrage fut finalement soumise à un groupe de travail (G. GAIA, *ibid*, p. III.C.121-122), qui conclut qu'il était préférable qu'elle soit laissée à la décision des États (G. GAIA, *ibid*, p. III. C.143). La question de la loi applicable à la convention d'arbitrage fut par contre soulevée encore une fois, le 9 juin, par le représentant de l'Union Soviétique, qui proposa la formulation finalement adoptée dans le texte final (G. GAIA, *ibid*, p. III.C.212).

<sup>771</sup>

Voir, Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 5, p. 67 et s.

pays où on demandera éventuellement l'annulation ou l'homologation). C'est d'ailleurs la voie proposée par la Convention Européenne<sup>772</sup>.

Mais le critère alternatif appliqué lors de l'appréciation de la validité de la convention arbitrale se base sur l'idée que le tribunal connaît déjà le lieu où la sentence arbitrale sera rendue, ce qui n'est pas souvent le cas<sup>773</sup>. Les auteurs qui penchent pour cette solution soutiennent que, le cas échéant, le tribunal saisi dans la phase préliminaire à l'arbitrage pourra décider selon sa propre loi<sup>774</sup>.

<sup>772</sup>

Article 6.2) : "Quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une Convention d'arbitrage, les tribunaux des États contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable et en ce qui concerne les autres questions :

- a) selon la loi à laquelle les parties ont soumis la convention d'arbitrage ;
- b) à défaut d'une indication à cet égard, selon la loi du pays où la sentence doit être rendue ;
- c) à défaut d'une indication sur la loi à laquelle les parties ont soumis la convention et, si au moment où la question est soumise à un tribunal judiciaire, il n'est pas possible de prévoir quel sera le pays où la sentence sera rendue, selon la loi compétente, en vertu des règles de conflit du tribunal saisi.

Le juge pourra ne pas reconnaître la Convention d'arbitrage si, selon la loi du *for*, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage".

Cette solution est raisonnable, surtout si l'on sait que l'article II a été introduit à la dernière minute et donc que le silence sur ce point ne doit pas forcément être interprété *a contrario*. A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958, op. cit.*, note 17, p. 126 et s. C'est aussi la solution proposée par les principales conventions internationales : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, note 74, p. 243. Voir aussi J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial, op. cit.*, note 768, p. 373. L'auteur note, (à propos de la Convention de Genève de 1927) que l'utilisation de la loi du *for* arbitral comme critère subsidiaire est la "plus inattendue, le choix du lieu de l'arbitrage ne coïncidant que rarement [...] en matière d'arbitrage international avec le lieu où a été formé la convention". Il conclut cependant que "cette solution a au moins le mérite d'être nette dans son application".

<sup>773</sup>

Soulignons que la détermination du lieu où la sentence a été rendue peut causer des difficultés même après qu'elle ait été rendue. Voir, à ce propos l'arrêt anglais *Hiscox v. Outwaite*, précité, note 63. Voir aussi, Okezie CHUKWUMERIE, "Commentary : Is an Arbitration Award "Made" Where It Is Signed ?", *op. cit.*, note 63. Mais, voir la décision de la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Société Algotharm c. sté DEP*, Paris 1ère ch. civ., 11 janvier 1996, *Rev. Arb.* 1996.100, note Gaillard, et plus récemment, *Société Procédés de préfabrication pour le béton c. Libye*, précité, note 117. Dans cette dernière affaire, la Cour s'est exprimée ainsi : "Le siège de l'arbitrage est une notion purement juridique, emportant d'importantes conséquences et notamment la compétence des juridictions étatiques pour connaître des recours en annulation, sous la dépendance de la volonté des parties, et non une notion matérielle, dépendant du lieu où l'audience a été tenue ou du lieu de la signature de la sentence, susceptible de varier au gré de la fantaisie ou de la maladresse de l'arbitre".

<sup>774</sup>

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958, op. cit.*, note 17, p. 127. La doctrine la plus ancienne s'est posée la question de savoir s'il ne serait pas plus opportun d'utiliser directement la *lex fori* à la place de la loi du siège arbitral. P. CONTINI, "International Commercial Arbitration - The United Nations Conventions on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *op. cit.*, note 62, p. 296. L'auteur est enclin à l'utilisation de la *lex fori* par le tribunal saisi toutes les fois qu'il n'y a pas de choix explicite par les parties, sans aucune référence à l'article V (1)(a). Mais, voir G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention, op. cit.*, note 30, p. I.B.3 : "This view leads to the unsatisfactory conclusion that the validity of the arbitration agreement may have to be assessed under one law for the purpose of giving it effect according to article II and under a different law for the purpose of recognizing and enforcing an arbitral award on the basis of the agreement".

Dans le cas où les parties ont choisi la loi applicable au fond, une autre solution consisterait à appliquer cette dernière à l'examen de la convention d'arbitrage. Notons que cette solution est celle adoptée par le législateur à l'article 3221 du Code civil du Québec.

D'ailleurs, l'utilisation de la loi du contrat principal comme critère de rattachement dans la détermination de la loi applicable est logique<sup>775</sup>.

Premièrement, en raison des liens entre les deux. Comme le contrat de transaction<sup>776</sup>, une convention d'arbitrage se justifie par la situation dans laquelle le rapport litigieux trouve son origine : souvent, un contrat. On pourrait alors être tenté de voir la convention d'arbitrage, "comme reliée au contrat d'origine par un rapport de principal à accessoire"<sup>777</sup>, d'où l'identité du régime applicable aux deux contrats.

Ce choix est en effet tellement logique qu'il a fallu l'intervention du principe de l'autonomie pour reconnaître l'individualité juridique de la convention d'arbitrage.

Mais, même lorsqu'on reconnaît cette individualité, lorsque les parties ont choisie la loi applicable au contrat et qu'elles n'ont pas indiqué spécifiquement la loi applicable à la convention d'arbitrage, il est normal qu'on considère ce choix comme une indication de la volonté des parties de voir la convention d'arbitrage régie par la même loi, surtout quand les deux contrats font partie d'un seul document. Le choix des parties serait donc considéré comme la manifestation d'une intention de rattachement suffisante pour exclure l'utilisation du critère territorial<sup>778</sup>.

On pourrait aussi se demander quel rôle doit être accordé, dans cette phase, à la loi du pays de l'exécution de la sentence<sup>779</sup>. Puisque l'article V (2)(a) prévoit

<sup>775</sup>

Voir par exemple, *Rapport sur le droit international privé*, Office de révision du Code civil, XXXII, Montréal, Éditeur Officiel, 1975, et les *Mémoires de la Chambre des Notaires du Québec - Projet de Loi 125 - Code civil du Québec*, tome I, Livre premier au cinquième, Montréal, juillet 1991.

<sup>776</sup>

Charles JARROSON, "Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales", (1997) 86 *Rev.cr.dr.int.pr.* 657-683.

<sup>777</sup>

*Ibid.*, p. 661.

<sup>778</sup>

Voir à ce propos, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 238 et s.

<sup>779</sup>

Voir G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. I.B.4. L'auteur déplore que, ni la lecture conjointe des articles II et V (1)(a), ni l'utilisation de la *lex fori* ne garantit un critère uniforme au moment de la confirmation de la convention arbitrale et au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale : "What article II (3) appears to require [...] is that the agreement may lead to an arbitral award which may be recognized under the Convention. This would be in line with the purpose of article II - which is to facilitate the recognition and enforcement of the award under the Convention - and would explain

expressément l'applicabilité de la loi du *for* à la *question de l'arbitrabilité* au moment de la reconnaissance de la sentence arbitrale, l'application de plusieurs lois est encore possible.

Lorsque l'on soumet la même question à des lois différentes, on risque évidemment d'aboutir à des solutions contradictoires. Toutefois, ce risque est faible puisque, en pratique, si l'inarbitrabilité est souvent examinée comme motif de refus de la convention d'arbitrage dans la phase préliminaire de contrôle, le recours à l'article V (2)(a) est, lui, très rare.

Il reste néanmoins intéressant d'examiner comment les législations nationales, la pratique jurisprudentielle internationale et la loi-type ont abordé ce problème.

#### B - La loi applicable à l'arbitrabilité suivant la loi-type.

Les articles 34 et 36 de la loi-type (régissant respectivement l'annulation et la reconnaissance et l'exécution de la sentence) établissent clairement que l'arbitrabilité est constatée d'office suivant la *lex fori*.

Au contraire, la loi applicable *dans la phase de contrôle préliminaire* sur la convention d'arbitrage est la loi d'autonomie, parce que l'article 8 de la loi-type ne distingue pas l'arbitrabilité des autres conditions de validité de la convention d'arbitrage. Comme nous l'avons noté, la décision des rédacteurs de la loi-type de ne pas faire une référence expresse à l'arbitrabilité dans les dispositions concernant la convention d'arbitrage se justifie précisément par la constatation qu'une convention d'arbitrage concernant un litige inarbitrable sera, de toute façon, nulle<sup>780</sup>.

La liberté des parties dans le choix de la loi applicable n'est toutefois pas illimitée.

Comme nous l'avons indiqué dans la première partie, un problème s'est posé lors des travaux préparatoires de la loi-type à propos de la loi applicable à l'arbitrabilité, en raison de la qualification assez étendue donnée au mot *international*. Suivant la définition de ce qui constitue un arbitrage international, peuvent en effet rentrer dans le domaine d'application de cette loi, autant les litiges de droit international privé

---

the absence of any choice-of-law rule in the same article, since the rules set by other articles would become indirectly relevant".

*Contra*, voir *Meadows v. Baccala & Shoop Ins. Serv., Inc.*, précité, note 389, (1992) XVII *Yearbook* 686, p. 688.

<sup>780</sup>

*Commentaire Analytique*, précité, note 119, p. 116.

que les litiges de droit interne (notamment lorsque le lieu de l'arbitrage est à l'étranger ou lorsque "les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plusieurs pays")<sup>781</sup>.

En raison du fait que la loi-type assume souvent, lors de son adoption, la qualité de *lex specialis*<sup>782</sup>, on ne voulait pas offrir aux parties la possibilité de se soustraire aux normes impératives locales autrement applicables en soumettant simplement leur convention d'arbitrage à une loi étrangère<sup>783</sup>. Cette préoccupation a mené à l'insertion de l'article 1.5 qui prévoit que la loi-type

*"[...] ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que la présente loi".*

Le but de cet alinéa est donc précisément d'éviter que les parties choisissent le lieu de l'arbitrage pour échapper à l'application des dispositions impératives de la loi<sup>784</sup>, "notamment celles qui prévoient la juridiction exclusive des tribunaux"<sup>785</sup>. Cet article ne vise donc pas à faire régir l'arbitrabilité par la loi du *for à la place* de la loi de l'autonomie, mais à préciser que la loi du *for peut intervenir* pour régir cette question bien que la loi-type (*lex specialis*) la soumette, en principe, à la loi choisie par les parties.

L'application de la loi de l'autonomie à l'arbitrabilité dans la phase préliminaire à l'arbitrage soulève deux questions :

1 - Premièrement, la question, déjà examinée à propos de l'article II de la Convention de New York, de savoir, à défaut d'un choix exprès des parties, quelle

---

<sup>781</sup>

Article 1(3)(c).

<sup>782</sup>

*Rapport de la Commission des Nations Unies, précité, note 42, p. 14. La nature de *lex specialis* de la loi-type signifie que, parce qu'elle vise "à établir un régime juridique spécial, [...] en cas de conflit, ses dispositions, plutôt que les dispositions applicables aux arbitrages en générale, s'appliqueraient".*

<sup>783</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "Chapitre XVIII - De la convention d'arbitrage - Article 2638-2643", *op. cit.*, note 87. Voir, *supra*, p. 32.

<sup>784</sup>

E. MEZGER, "Dix questions relatives au titre VI du Livre IV N.C.P.C.", (1981) *Rev. Arb.* 543-550, p. 549.

<sup>785</sup>

*Rapport de la Commission des Nations Unies, précité, note 42, par. 28.*

est cette loi : la loi-type, comme d'ailleurs la plupart des législations nationales, ne donne aucune indication à cet égard<sup>786</sup>.

Notons que l'importance d'avoir une norme établissant la loi applicable à la convention d'arbitrage à défaut d'indication par les parties, avait été soulignée lors des travaux préparatoires de cette loi. On avait même suggéré de prévoir, directement dans la loi-modèle, les conditions de validité de cette clause. On avait aussi proposé, entre autre, de résoudre la *question de la validité matérielle de la convention* en incluant, dans la loi-type, une liste des questions inarbitrables<sup>787</sup>. Hélas, on s'est rapidement rendu compte de l'impossibilité d'atteindre l'uniformité et on renonça à traiter directement de cette question<sup>788</sup>.

2 - La seconde question résulte du fait que l'article 8 fait régir la question de l'arbitrabilité par la loi de l'autonomie alors que les articles 34 et 36 la soumettent à la loi du *for*. La même question est donc réglée par deux lois différentes dans la phase préliminaire et dans la phase finale de l'arbitrage. Il est alors évident que l'on risque d'aboutir à des décisions contradictoires, même dans le cas où le contrôle dans les deux phases est exercé par des tribunaux du même ordre juridique.

Ce choix des rédacteurs de la loi-type est assez difficile à expliquer et la lecture des travaux préparatoires ne nous aide guère. Les discussions les plus importantes qui ont eu lieu relativement à la question de la loi applicable à l'arbitrabilité dans la phase finale du contrôle portaient sur la formulation de l'article 34 (sur la procédure d'annulation). La préoccupation majeure des rédacteurs concernait l'opportunité de faire régir l'arbitrabilité par la loi du siège arbitral, compte tenu des effets généraux reconnus au jugement d'annulation (puisque la décision d'annulation rentre parmi les causes de refus de reconnaissance et d'exécution)<sup>789</sup>.

Au contraire, la possibilité de reprendre l'article V (2)(a) de la Convention de New York lors de la formulation de l'article 36 (sur la reconnaissance et l'exécution)

<sup>786</sup>

Voir H.M. HOLTZMANN & J.E. NEUHAUS, *A Guide to The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 86, p. 301, qui soulignent, précisément, comment la loi-modèle perpétue la situation d'incertitude créée à ce propos par la Convention de New York.

<sup>787</sup>

*Ibid.*, p. 270, (Doc. A/C. 9/207 (14 mai 1981) : "The less matters of validity are regulated in the model law, the greater would be the need for a provision determining the law applicable to the validity of the arbitration agreement".

<sup>788</sup>

*Rapport de la Commission des Nations Unies*, précité, note 42, p. 116.

<sup>789</sup>

*Commentaire Analytique*, précité, note 119, p. 162. Voir *supra*, p. 47 et s.

n'a pas été matière à controverse. Les rédacteurs ont plutôt souligné la nécessité d'offrir un ensemble de règles concernant la reconnaissance et l'exécution de la sentence le plus compatible possible avec la Convention de New York<sup>790</sup>.

On s'est rendu compte qu'il aurait été impossible de se mettre d'accord sur la question de savoir si l'arbitrabilité ne devrait être qu'une application de l'ordre public. Cela est d'ailleurs raisonnable si on considère que la rédaction de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. est le résultat d'un compromis et que son but est d'être adopté par le plus grand nombre possible de pays. Certains, parmi ces pays, ne sont pas nécessairement favorables à l'institution de l'arbitrage *per se* mais sont obligés de moderniser leur législation pour développer leur commerce international.

La question de la loi applicable à l'arbitrabilité, quant à elle, ne semble pas avoir été examinée *dans son ensemble*. La possibilité de conflit n'a pas été prise en considération lors des travaux préparatoires. Cela est d'ailleurs compréhensible en considération des difficultés présentées par cette question, même dans le contexte des droits nationaux.

En effet, nous verrons, en examinant le droit comparé, que l'examen de cette question par la jurisprudence de différents pays a abouti à des positions théoriques assez différentes les unes des autres, pour justifier des résultats qui, finalement, demeurent, en pratique, assez semblables : l'arbitrabilité est régie par la loi du *for* dans les deux phases du contrôle.

C - La loi applicable à l'arbitrabilité en droit comparé : le recours aux règles matérielles à but international.

Examinons d'abord comment les tribunaux américains et français sont parvenus à faire régir la question de l'arbitrabilité par des règles matérielles à but international (1). Nous comparerons ensuite cette solution avec celle adoptée par le législateur suisse (2).

1 - Le recours aux règles matérielles à but international.

La jurisprudence américaine et française semblent désormais avoir abouti à la même conclusion : qu'il s'agisse du contrôle sur la sentence ou du contrôle

---

<sup>790</sup>

*Ibid*, p. 164.

préliminaire sur la convention d'arbitrage, *l'arbitrabilité doit être constatée à la lumière de l'ordre public au sens international du for*. Leur point de départ est pourtant assez différent.

Aux États-Unis, il n'a jamais été question pour les tribunaux de faire régir cette question par une loi autre que la *lex fori*, suivant l'article II (3) de la Convention de New York. En effet, dans l'arrêt *Mitsubishi*, la décision rendue par le First Circuit Court of Appeals<sup>791</sup> se réfère à M. Gaja<sup>792</sup> pour examiner la question de l'arbitrabilité d'après sa propre loi. Cette conclusion n'est pas contestée par la Cour Suprême<sup>793</sup> qui, en s'appuyant, elle aussi, sur la doctrine<sup>794</sup>, confirme que les exceptions à l'arbitrabilité permises par l'article II de la Convention sont celles qui découlent de la loi du *for*. La notion d'arbitrabilité est alors *nécessairement* la même dans les deux phases du contrôle<sup>795</sup>.

Applicabilité de la *lex fori* ne signifie cependant pas applicabilité automatique de toutes ses règles impératives internes, indépendamment de la nature du rapport litigieux. La Cour précise :

*"In Sherk, this Court recited Art. II (1), including the language relied upon by the Court of Appeals, but paid heed to the Convention delegates' frequent[ly voiced] concerns that courts of signatory countries in which an agreement to arbitrate is sought to be enforced should not be permitted to decline enforcement of such agreements on the basis of parochial views of their desirability in a manner that would diminish the mutually binding nature of their agreements. [...] The utility of the Convention in promoting the process of international commercial arbitration depends upon the*

---

<sup>791</sup> *Mitsubishi Motor Corporation v. Soler-Chrysler-Plymouth*, 723 F. 2d 155, précité, note 396.

<sup>792</sup> G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. I.B.2.

<sup>793</sup> *Mitsubishi Motor Corporation v. Soler-Chrysler-Plymouth*, 105 S. Ct. 3346 (1985), précité, note 396.

<sup>794</sup> Notamment, G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. I.B.2 ; A.J. van den BERG, *The New York Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17 ; P. CONTINI, "International Commercial Arbitration : The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *op. cit.*, note 62.

<sup>795</sup> Voir ainsi, *Parsons & Whittemore v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, précité, note 414 ; l'un des très rares cas où la défense découlant de l'article V (2)(a) de la Convention de New York a été invoquée pour contester l'exécution d'une sentence arbitrale.

willingness of national courts to let go of matters they would normally think of as their own"<sup>796</sup>.

Les limites posées à l'arbitrage en droit interne ne se transposent donc pas forcément en droit international privé.

Dans une décision plus récente<sup>797</sup>, la Cour pousse encore plus loin le raisonnement. En excluant explicitement toute pertinence de la loi du lieu de l'exécution éventuelle de la sentence au moment de la reconnaissance de la convention arbitrale<sup>798</sup>, en application de l'article II de la Convention de New York, elle semble finalement exclure la nécessité de toute référence à *une loi en particulier*<sup>799</sup>.

*"We find that reference to the domestic laws of only one country, even the country where the enforcement of the arbitral award will be sought, does not resolve whether a claim is "capable of settlement by arbitration" under article II of the Convention. [...]*

*The determination of whether a type of claim is "not capable of settlement by arbitration" under article II (1) must be made on an international scale, with reference to the laws of countries party to the Convention"*<sup>800</sup>.

On est alors parti de l'idée que seule la loi du *for* régit l'arbitrabilité et l'on a abouti à l'idée que cette question serait mieux régie suivant le critère plus abstrait des *principes fondamentaux reconnus par la pratique internationale*. Pourtant, parce que ces principes fondamentaux sont établis par le tribunal saisi, on revient à l'application de la loi du *for*.

Le plus surprenant dans cet arrêt est que, d'après la Cour, l'application de la loi du *for* (ou mieux, des principes fondamentaux du *for* reconnus au niveau international) ne se limite pas à la question de l'arbitrabilité. La validité de la

<sup>796</sup>

*Mitshubishi Motor Corporation v. Soler-Chrysler-Plymouth*, précité, note 396, 105 S. Ct. 3346 (1985), p. 360. (Nos emphases).

<sup>797</sup>

*Meadows v. Baccala & Shoop Ins. Serv., Inc.*, précité, note 389.

<sup>798</sup>

*Ibid.*, p. 1041 : "[T]he absence in Art. II of any reference to the law where enforcement will be sought and the presence of such language in Art. V may compel the [opposite] conclusion, [i.e.], that the delegates to the Convention deliberately excluded any such reference from Art. II and intended that the law where enforcement is sought is dispositive only of the question whether to enforce an arbitral award and not of the question whether to order arbitration under article II".

<sup>799</sup>

B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", *op. cit.*, note 767, p.

926.

<sup>800</sup>

*Meadows v. Baccala & Shoop Ins. Serv., Inc.*, précité, note 389, p. 1042. (Nos emphases).

convention d'arbitrage (question traditionnellement soumise à la loi de l'autonomie)<sup>801</sup> ne sera pas, elle non plus examinée à la lumière de la loi indiquée par la règle de conflit. Le tribunal considère en effet que la loi d'un seul pays n'est plus suffisant. Il s'exprime ainsi :

*[W]hether the arbitration agreement is "null and void" under Article II (3) turns on whether the agreement is "subject to an internationally recognized defense such as duress, mistake, fraud or waiver".*

On semble donc avoir créé une véritable règle matérielle à but international pour régir, autant la question de l'arbitrabilité, que celle de la validité de la convention d'arbitrage. La distinction entre l'arbitrabilité et les autres causes de validité de la clause arbitrale perd alors de son importance : toutes seront examinées à la lumière des principes fondamentaux reconnus au niveau international, *tels qu'ils sont interprétés et appliqués* par les tribunaux locaux.

C'est une solution qui nous semble finalement très proche de celle suivie par les tribunaux français.

Un examen de la jurisprudence française plus récente en matière de validité de la clause compromissoire confirme la tendance à l'application de la règle matérielle de validité de la convention d'arbitrage en excluant la règle de conflit<sup>802</sup>.

En partant de l'idée que l'arbitrabilité est une condition de validité de la convention d'arbitrage dont la constatation doit être faite suivant la loi applicable à la convention d'arbitrage, la jurisprudence a tout d'abord reconnu que (du fait que la convention est un contrat autonome) cette loi n'est pas nécessairement celle régissant le contrat principal.

Ensuite, en donnant au principe de l'autonomie de la convention arbitrale une étendue beaucoup plus large, elle a finalement établi que la convention est, en fait,

---

801

A.J. van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *op. cit.*, note 17, p. 126

et s.

802

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 248 et s. Voir aussi L. MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 130.

*complètement autonome de toute loi étatique. Ce qui l'assujettit uniquement à la conception française de l'ordre public international*<sup>803</sup>.

Notons que la règle établissant la validité de la clause compromissoire, posée par l'arrêt *Menicucci* en 1975<sup>804</sup>, était, à son début, source d'incertitude, autant quant à sa méthode d'application, qu' à son contenu.

Cette incertitude apparaît de façon évidente dans un arrêt rendu en 1985 par la Cour d'appel de Nîmes qui, tout en déclarant valide une clause compromissoire dans un contrat international (il s'agissait d'une convention arbitrale entre compagnies d'assurances de pays différents) sur la base du caractère international du rapport, a jugé nécessaire de faire aussi référence au droit interne applicable à la convention d'arbitrage<sup>805</sup>. Or, une telle référence n'a pas de place dans un système où la règle matérielle exclut par principe la règle de conflit.

Soulignons que les arbitres eux-mêmes se sont montrés très prudents dans l'application de la règle qui pose le principe de la validité de la clause compromissoire, surtout en matière de droit du travail. Ainsi, dans une sentence rendue en 1976, l'arbitre, après avoir qualifié d'international, le rapport entre les parties, s'est déclaré incompétent sur la base du droit du travail français. La nature internationale du rapport n'étant pas en discussion, on aurait pu s'attendre, comme l'a souligné M. Derains, à une déclaration de validité *per se* de la convention d'arbitrage<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup>

Comme le note M. Synvet (H. SYNJET, note sous *Sté Gatoil c. National Iranian Oil Co.*, *op. cit.*, note 382, p. 294), si la convention d'arbitrage est alors un *contrat sans loi*, elle ne devient pas pour autant un *contrat sans droit*.

<sup>804</sup>

*Menicucci c. Mahieux*, Paris, 13 décembre 1975, *Clunet* 1977.106, note Loquin ; *Rev. cr. dr. int. pr.* 1976.507, note Oppetit ; *Rev. Arb.* 1977.147, note Fouchard : "Si la loi française prohibe la clause compromissoire dans un acte mixte, cette disposition est inapplicable lorsque cet acte revêt le caractère de contrat international. En effet, dans un tel contrat, l'accord compromissoire en matière d'arbitrage international est valable comme présentant une complète autonomie et indépendamment de la référence à toute loi étatique". (*Nos italiennes*).

<sup>805</sup>

*Bureau central français des assurances c. Daugeat et autres*, Nîmes, 12 septembre 1985, *Rev. Arb.* 1990.910, obs. J.H.M. et C.V. Ces auteurs, dans leurs observations sous la même affaire, (111 *Rev. Arb.* 1990.910-915, p. 914) considèrent cette démarche "excessivement restrictive" à la lumière de la tendance jurisprudentielle qui consiste à poser la règle de la validité de la clause compromissoire en matière internationale indépendamment de la matière.

<sup>806</sup>

Yves DERAIS, observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2558 en 1976, *Clunet* 1977.954-957, p. 955 et 956 où l'auteur souligne : "On peut craindre que certains considèrent excessif d'affirmer qu'il suffit qu'un contrat soit international pour que la clause compromissoire qu'il contient soit irrémédiablement valable, indépendamment de toute loi étatique". Il ajoute que la portée de la jurisprudence *Menicucci*, "semble être de poser une règle matérielle de droit français,

La difficulté dans la détermination de l'étendue de la règle résulte de ce que, comme plusieurs autres règles matérielles à but international, elle trouve son origine dans l'éviction d'une règle interne d'ordre public<sup>807</sup>.

En dépit de ces incertitudes, la jurisprudence ultérieure tend clairement à rendre ses décisions en matière d'arbitrage en s'appuyant sur des règles matérielles à but international, sans recourir à la règle de conflit<sup>808</sup>. Ainsi, un arrêt rendu par la Cour de Cassation en 1994<sup>809</sup>, énonce que :

*"En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence. L'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique"*<sup>810</sup>.

La formulation de cet arrêt a suscité beaucoup de discussions en France. La doctrine s'est ainsi interrogée sur la nature de cette règle (est-elle supra-nationale ou fait-elle partie de l'ordre juridique français?)<sup>811</sup>. Elle a tenté de préciser la fonction

propre aux relations internationales, selon laquelle les restrictions *rationae materiae* à la validité de la clause compromissoire en droit interne n'ont pas cours dans l'ordre international".

<sup>807</sup>

Voir H. GAUDEMET-TALLON, note sous l'arrêt *Municipalité de Khoms El Mergeb c. société Dalico*, *op. cit.*, note 382, p. 124, à propos du contenu "très insuffisant" de la règle posée par la Cour dans cette affaire.

<sup>808</sup>

*Société Bomar Oil NV c. ETAP*, Cass. civ., 1ère ch., 11 octobre 1989, *Rev. Arb.* 1990.134 ; Cass. civ. 1ère ch., 9 novembre 1993, *Rev. Arb.* 1994.108 ; *Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c. Sté Al Tayar*, précité, note 550.

<sup>809</sup>

*Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sté Dalico Contractors*, précité, note 114. Voir aussi *Sté Lucernex c. société Négobeureuf*, précité, note 386 ; *Sté Prodexport c. société FMT productions*, précité, note 386. Voir sur ces arrêts, X. BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *op. cit.*, note 386.

<sup>810</sup>

Notons que dans sa jurisprudence plus récente la Cour d'appel de Paris a abandonné la référence aux règles impératives du droit français : seules les *exigences de l'ordre public international* sont une limite à la reconnaissance de la convention d'arbitrage. Voir aussi, *Société KFTCIC c. sté Icori Estero et autre*, précité, note 54. Dans le même sens, voir la décision rendue par la Cour de cassation dans l'affaire *Sieur Philippe Renault c. Société V2000 et Projet XJ220 Ltd*, Paris, 1ère ch. D., 7 décembre 1994, *RTD com.* 1995.II.401, obs. Dubarry et Loquin ; *Rev. Arb.* 1996.245, note Jarroson ; Cass. Civ. 1ère ch., 21 mai 1997, *Chunet* 1998.969, note Poillot-Peruzzetto ; *Rev. cr.dr.int.pr.* 1998.87, note Heuzé.

<sup>811</sup>

H. GAUDEMET-TALLON, note sous l'arrêt *Municipalité de Khoms El Mergeb c. société Dalico*, *op. cit.*, note 382, p. 120 : "(C)ertains voudront sans doute voir dans l'arrêt Dalico la reconnaissance d'une véritable règle supra-nationale et diront que, sans la créer (ce pour quoi elle n'a pas de compétence), la Cour de Cassation française l'a fait apparaître au grand jour lui donnant ainsi une force particulière". Voir aussi, Emmanuel GAILLARD, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khos c. Soc. Dalico Contractors*, *Chunet* 1994.433-446, p. 439 : "Il ne fait [...] aucun

attribuée par la Cour à l'ordre public international<sup>812</sup> et de déterminer de quel ordre international il s'agissait (l'ordre public véritablement international ou l'ordre public français au sens international?)<sup>813</sup>.

L'opportunité d'exclure le recours à la méthode conflictuelle lors de la décision sur la validité de la convention d'arbitrage a été particulièrement discutée<sup>814</sup>. Elle a fait l'objet de débats encore plus animés lors de son application en matière de consommation<sup>815</sup>.

---

doute que les "règles impératives" visées par la Cour de cassation sont bien des règles de source française et l'"ordre public international" est bien la conception française des "principes de justice universelle considérés [...] comme doués d'une valeur internationale absolue" qu'évoquait la jurisprudence la plus classique du droit international privé. [...]. [I]l n'a donc jamais été question pour la jurisprudence française de prétendre dégager une véritable règle supra-nationale".

<sup>812</sup> Eric LOQUIN, note sous les arrêts *Société Bomar Oil N.V. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)* et *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Sté Dalico Contractors*, J.D.I. 1994.692-701, p. 699. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 258 : "On constate ainsi que l'ordre public international visé par la jurisprudence *Dalico* pour désigner les règles matérielles applicables dans l'ordre juridique français pour apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage risque de coïncider très exactement avec l'ordre public d'éviction au sens classique de la théorie des conflits de lois. En autres termes, les règles matérielles du droit français constituent sans doute à la fois le minimum et le maximum de libéralisme dont peut faire preuve le droit français à l'égard d'une convention d'arbitrage international". Voir aussi, Pierre MAYER, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Sté Dalico Contractors*, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.664-672, p. 668 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 193. Cet auteur considère *troublante* cette référence à l'ordre public international, et note qu'en réalité, la jurisprudence a donné naissance à une nouvelle forme d'ordre public qui se distingue tour à tour, de l'ordre public au sens international privé, des lois de police et de l'ordre public interne".

<sup>813</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 258. Voir aussi, H. GAUDEMET-TALLON, note sous l'arrêt *Municipalité de Khoms El Mergeb c. société Dalico*, *op. cit.*, note 382, p. 125.

<sup>814</sup> H. GAUDEMET-TALLON, note sous l'arrêt *Municipalité de Khoms El Mergeb c. société Dalico*, *op. cit.*, note 382, p. 120 et 121. E. GAILLARD, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khos c. Soc. Dalico Contractors*, *op. cit.*, note 811 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 247 et s. Voir, entre autres, X. BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *op. cit.*, note 386, d'après lequel l'exclusion de la méthode conflictuelle dans ce contexte est pleinement justifiée par la nature procédurale de la convention d'arbitrage. Et J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 173 qui souligne : "La méthode suivie par la Cour de cassation est assurément sommaire, mais elle répond à un objectif déterminé", notamment celui de "favoriser l'arbitrabilité grâce à l'utilisation des critères du *for* particulièrement libéraux".

<sup>815</sup> *Sieur Philippe Renault c. Société V2000 et Projet XJ220 Ltd*, *précité*, note 810 : "Dès lors que le contrat met en cause des intérêts du commerce international, sans qu'il n'importe qu'il réalise un achat destiné à l'usage personnel de l'acheteur, la clause compromissoire qu'il comporte doit recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige".

Ainsi, M. Mayer, bien qu'admettant que la mise à l'écart de la méthode conflictuelle classique "*est en général approuvée*" dans le domaine de l'arbitrage, met en garde contre une utilisation trop généreuse des règles matérielles<sup>816</sup>.

Notons que même les auteurs favorables à l'utilisation des règles matérielles comme constituant une méthode alternative à l'utilisation de la règle de conflit admettent la nécessité de limiter leur champ d'application<sup>817</sup>. Par ailleurs, les auteurs qui approuvent l'abandon de l'approche conflictuelle lors de l'appréciation de la convention d'arbitrage critiquent eux aussi cette jurisprudence sur le plan de la terminologie<sup>818</sup>.

D'un autre côté il faut admettre que cette jurisprudence présente un avantage indiscutable : elle exclut la possibilité que les tribunaux d'un même pays soient appelés à décider de la question de l'arbitrabilité suivant des lois différentes dans les différentes phases de contrôle. De plus, le recours à la méthode des règles matérielles n'est pas nécessairement plus aléatoire que le recours aux règles de conflit, qui sont, elles aussi, des règles nationales, et qui ne correspondent pas nécessairement plus "aux hypothétiques prévisions des parties"<sup>819</sup>.

D'après certains auteurs, cette solution présente aussi l'avantage de "faire échapper l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage aux particularismes locaux"<sup>820</sup>.

Cela nous semble discutable, dans la mesure où c'est toujours la conception française de l'ordre public international qui intervient. La critique qui voit dans l'exclusion à la règle de conflit et dans l'application de la loi du *for* une manifestation (bien que dans ses termes minimaux) de narcissisme et d'impérialisme juridique reste donc justifiée.

---

<sup>816</sup>

P. MAYER, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Soc. Dalico Contractors*, *op. cit.*, note 812, p. 670. Il faut pourtant souligner que le même auteur admet que "[L]a licéité de la clause compromissoire est le terrain sur lequel la méthode conflictuelle peut le plus légitimement être écartée".

<sup>817</sup>

H. BATTIFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *op. cit.*, note 366, p. 111 et s.

<sup>818</sup>

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 248 et s.

<sup>819</sup>

*Ibid*, p. 251.

<sup>820</sup>

*Ibid*, p. 249.

Par conséquent, nous ne sommes pas d'accord avec cette partie de la doctrine qui n'hésite pas à soumettre la question de l'arbitrabilité aux exigences de l'ordre public international français<sup>821</sup>. Nous préférons suivre M. Mayer lorsqu'il note que "[c]haque législation définit les matières qui sont insusceptibles de donner lieu à l'arbitrage. Jauger systématiquement les sentences étrangères selon les normes françaises est une méthode un peu trop sommaire"<sup>822</sup>.

Ce qui précède nous amène à nous poser deux autres questions :

- Est-il pertinent de faire régir *toutes les conditions de validité* de la convention d'arbitrage par la loi du *for*, ou ne serait-il pas plus opportun de distinguer parmi celles-ci, celles qui se prêtent à être régies par des règles matérielles à but international de celles qui seraient mieux tranchées sur la base de la loi désignée par la règle de conflit<sup>823</sup> ?

- Dans quelle mesure le recours aux règles matérielles doit nécessairement exclure l'application de toute loi étatique ?

Nous examinerons dans le prochain paragraphe la solution donnée à ces questions par le législateur suisse.

2 - Combinaison de règles de conflit et de règles matérielles dans la détermination de la validité de la convention d'arbitrage.

---

821

E. GAILLARD, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khos c. Soc. Dalico Contractors*, *op. cit.*, note 811, p. 447. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 345 : "Lorsqu'il apprécie l'arbitrabilité objective d'un litige à caractère international, le juge français se réfère nécessairement à la conception française de l'ordre public international". X. BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière commercial international", *op. cit.*, note 386.

822

P. MAYER, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Soc. Dalico Contractors*, *op. cit.*, note 812, p. 671.

823

P. MAYER, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Soc. Dalico Contractors*, *op. cit.*, note 812, p. 671, est par exemple favorable à la soumission de la question de la forme de la convention d'arbitrage à la loi française (mais uniquement si elle est plus libérale) ; il soutient aussi l'applicabilité sans recours à la méthode conflictuelle de la règle française établissant la "licéité de la clause compromissoire". Il conteste par contre l'applicabilité de l'ordre public international français en matière de *capacité* ou de *pouvoir* des parties à la clause elle-même. Pour une analyse très détaillée de ces différentes méthodes et des avantages et inconvénients de leur application lors de l'examen des éléments nécessaires à la formation de la convention d'arbitrage, voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 261 et s.

Comme le note M. Bucher<sup>824</sup>, il est possible, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la méthode la plus appropriée pour régir chaque question, de combiner le recours à la méthode conflictuelle et le recours à la règle matérielle.

C'est précisément ce qu'a fait le législateur suisse, lors de la réforme du droit de l'arbitrage international<sup>825</sup>. Ainsi, d'après l'article 178 de la loi fédérale sur le droit international privé, la *convention d'arbitrage* est régie par une règle matérielle quant à sa *forme* et par la méthode conflictuelle quant au *fond*. Une autre règle matérielle pose le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage du contrat principal.

Cet article, intitulé "Convention d'arbitrage" se lit ainsi :

*"1. Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.*

*2. Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose, soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.*

*3. La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né".*

La question de l'*arbitrabilité* est réglée séparément des autres conditions de validité par les deux règles matérielles à but international posées par l'article 177. Le premier alinéa règle l'*arbitrabilité* objective ou *ratione materiae* (notamment la susceptibilité d'une *question* d'être réglée par voie d'arbitrage) et le second régit la question de l'*arbitrabilité* subjective ou *ratione personae* (notamment, la capacité d'une personne morale de droit public de se soumettre à l'arbitrage).

Cet article prévoit :

*"1 Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage.*

<sup>824</sup>

A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, op. cit., note 571, p. 38 et s. Voir aussi sur le sujet, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., note 74, p. 257 et s. Les auteurs, en examinant la possibilité de combiner les règles de conflit et les règles matérielles concluent pourtant que "cette hypothèse devrait rester théorique" en droit français.

<sup>825</sup>

*Loi fédérale sur le droit international privé*, édictée le 18 décembre 1987. Voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., note 74, p. 256, où les auteurs notent que cette solution a aussi été suivie en 1993 par le législateur algérien.

*2 Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage".*

Mais, comme le souligne encore M. Bucher, la Suisse "n'a pas intérêt à devenir une terre de refuge pour des arbitrages sans lien significatif avec [le] pays, et qui [...] se trouvent étroitement rattachés à des systèmes juridiques étrangers qui exigent impérativement que les parties se soumettent à la juridiction étatique"<sup>826</sup>. Pour cette raison, il est alors possible que le tribunal suisse refuse d'appliquer la règle matérielle prévue par l'article 177.1 et rende sa décision, suivant l'article 19 de la même loi, en prenant en considération les dispositions impératives du droit étranger<sup>827</sup>.

La solution adoptée en Suisse présente l'avantage de limiter au maximum l'intervention des règles locales lors de la constatation de l'arbitrabilité. Elle permet aussi de limiter le *forum shopping* dans la mesure où l'application des règles impératives étrangères n'est pas exclue *a priori*.

---

<sup>826</sup>

A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, op. cit., note 571, p. 41.

<sup>827</sup>

Art. 19 : "1 - Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2 - Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit".

D'après M. Bucher l'article 19 n'est pas la seule base légale qui pourrait justifier la non application de l'article 177 par le tribunal suisse. L'auteur indique que l'article 15 de la même loi pourrait aussi intervenir.

Cette article pose une clause échappatoire en prévoyant :

Art. 15 : "1 - Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

2 - Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit".

Mais si on accepte cette conclusion, on donne à la clause échappatoire un rôle qui ne lui est pas familier : celui d'écartier l'application d'une *règle matérielle à but international du for* (qui s'applique normalement comme une loi de police), alors que la fonction traditionnellement reconnue à cette clause est celle d'écartier l'application de la loi indiquée par la règle de conflit lorsque cette loi n'a pas de liens suffisants avec le rapport litigieux. Il est vrai que la règle matérielle à but international ne vise pas à protéger des intérêts fondamentaux du *for*. On pourrait alors soutenir que, puisqu'elle ne vise qu'à offrir la solution la plus appropriée dans les circonstances (et non pas la seule solution possible pour le tribunal, comme une loi de police), le tribunal pourrait l'écartier, s'il constate qu'elle offre pas, en fait, la solution idéale dans le cas de l'espèce. Mais, ce faisant, on remet en discussion la fonction de la clause échappatoire et on entre dans un débat qui n'est pas le nôtre.

La protection des parties est alors assurée, autant par l'intervention de l'ordre public suisse, que par l'intervention de la loi étrangère si, sur la base des liens entre le rapport et le pays étranger, le tribunal suisse considère qu'elle s'applique.

Bien que l'application concrète de la loi étrangère a été mise en doute par la doctrine<sup>828</sup>, il nous semble que la solution suisse soit finalement préférable à celle adoptée par les tribunaux français et américains, surtout parce qu'elle ne fait pas référence aux principes de droit international et qu'elle régit directement la matière : elle est ainsi plus claire.

## Par. 2 La loi applicable à l'arbitrabilité devant le tribunal arbitral.

Le devoir de l'arbitre de respecter la volonté des parties ne peut évidemment pas faire abstraction du respect de la loi qu'elles ont choisie pour régir leur convention d'arbitrage (lorsque ce choix a été fait). Ce respect implique le devoir de l'arbitre de se dessaisir lorsque la question n'est pas arbitrable selon la loi choisie pour régir la convention d'arbitrage<sup>829</sup>.

De même que lorsqu'il s'agit d'établir la loi applicable au fond, l'application de la loi choisie par les parties pour régir leur convention d'arbitrage n'exclut pas automatiquement l'application de toute autre loi. Comme le souligne M. Derains, "la tendance qui consiste à appliquer cumulativement les règles de différents droits nationaux pour montrer qu'ils constituent le support d'une solution déterminée [...] est une vieille tradition de l'arbitrage international"<sup>830</sup>. Mais un choix peut être

<sup>828</sup>

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p.176, où l'auteur observe qu'en dehors d'hypothèses assez rares, "le droit étranger n'est pas pris en compte au stade de l'arbitrabilité" par les tribunaux suisses.

<sup>829</sup>

B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", op. cit., note 767, p. 911, où l'auteur soutient pourtant que l'arbitre peut retenir sa compétence si l'interdiction posée par la loi choisie par les parties "va à l'encontre d'un principe général de l'arbitrage international". L'auteur donne l'exemple des arbitres qui, "siégeant à Paris, saisis d'un litige portant sur les suites de l'inexécution d'une convention nulle pour violation de l'ordre public, rejettent l'argument du défendeur selon lequel, en vertu de la loi applicable à la convention, la nullité de la convention principale entraînerait celle de la clause compromissoire, et le litige ne serait par conséquent pas susceptible d'être tranché par voie d'arbitrage : l'autonomie de la clause compromissoire peut être en effet considérée comme un principe transnational de l'arbitrage commercial international".

<sup>830</sup>

Yves DERAIS, "L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence", dans CEPANI, *L'arbitrage et le droit européen*, op. cit., note 302, 65-80, p.71. Voir aussi, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 152 et s. ; J.A. TALPIS, "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New Civil Code of Quebec", op.cit., note 377, p. 209-210.

nécessaire lorsque l'application de ces différentes lois conduit à des résultats contradictoires.

Ainsi, la question se pose, par exemple, de savoir dans quelle mesure l'arbitre est lié par les règles d'application nécessaire d'une loi autre que celle choisie. Dans ce cas, comme à défaut de choix par les parties de la loi applicable à la convention d'arbitrage, il faut établir les critères à suivre par les arbitres.

Un élément déterminant dans sa décision sera évidemment l'attente légitime des parties de recevoir une sentence susceptible d'exécution. Cette attente légitime implique la responsabilité déontologique de l'arbitre envers les parties. Notons que cette responsabilité est soulignée de façon expresse par l'article 26 du Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale<sup>831</sup>. En pratique, cette attente des parties se traduit, entre autres, par le devoir de l'arbitre de respecter l'article V (1)(a) de la Convention de New York, dont la formulation a été reprise par la loi-type<sup>832</sup>, par les législations canadiennes de *common law*<sup>833</sup> et par le Code de procédure civile du Québec<sup>834</sup>. Tous ces articles prévoient le refus de la sentence arbitrale lorsque la convention d'arbitrage "*n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue*".

À propos de la référence à la loi du siège de l'arbitrage, M. Derains note<sup>835</sup> :

831

Cet article prévoit, sous le titre "Règle générale", que "[L]a Cour d'arbitrage et l'arbitre procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale". L'insertion de cette précision dans le Règlement de la C.C.I. a été considérée par Howard M. HOLTZMANN, ("Commentary", dans *International Arbitration. 60 Years of I.C.C. Arbitration. A Look at the Future*, op. cit., note 32, 361-367, p. 363), "a realistic reminder to arbitrators that they do not function in a vacuum". A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, op. cit., note 571, p. 87 et s. ; Julian D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana Publications, 1978, p. 536 : "An arbitrator has a responsibility to the arbitrants in particular and to international commerce in general" ; et encore, (p. 537) : "The award is the 'raison d'être' of every arbitration ; if the award is unenforceable the whole arbitration proceedings will have been a waste of time and energy. If an arbitrator's award is not enforceable because it violates the public policy of the place of performance, the arbitrator will have fouled the responsibility vested in him".

832

Article 36 (1)(a)(i).

833

Article 36 (1)(a)(ii).

834

Article 950.2 C.p.c.

835

Yves DERAIS, observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4392 de 1983, *Clunet* 1983.908-910, p. 908 et s. Voir aussi Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, op. cit., note 5, p. 71.

"[C]'est là une nouvelle preuve de la pérennité de la conception juridictionnelle de l'arbitrage, quand bien même il serait international. Il est vrai que bien qu'en posant le principe de la soumission de la convention d'arbitrage à la loi de l'autonomie, la Convention de New York de juin 1958 renvoie pourtant dans la majorité des cas à la compétence de la loi du lieu de l'arbitrage".

Le même auteur souligne également la rareté de cas dans lesquels les parties indiquent spécifiquement la loi régissant la convention d'arbitrage. De cette rareté découle la pratique de considérer la loi du siège arbitral comme substitut de la loi de l'autonomie. On y parvient par le processus de recherche de la volonté même des parties, selon lequel l'indication du lieu du siège de l'arbitrage, considérée alors comme un choix tacite de la loi applicable à la convention d'arbitrage devient un facteur de rattachement<sup>836</sup>.

Même lorsque les parties ont indiqué la loi applicable à la convention d'arbitrage, le devoir de l'arbitre de rendre une sentence capable d'exécution pourra encore se traduire par son devoir de se dessaisir suivant la *lex loci arbitri* en raison de la possible annulation de la sentence par le tribunal du lieu du siège arbitral.

Pourtant dans ce cas, face aux nouvelles tendances qui se sont dessinées dans certains pays (comme la France, les États-Unis et la Suède, où les tribunaux ont permis l'exécution de sentences annulées dans les pays d'origine)<sup>837</sup>, nous hésitons à voir dans le devoir de l'arbitre de rendre une sentence capable d'exécution, la source d'une règle qui l'obligerait à se déclarer incompétent suivant la loi du siège arbitral. À partir du moment où l'on admet la possibilité qu'une sentence annulée puisse être exécutée dans une autre juridiction, et où la convention est valable suivant la loi choisie par les parties, on perd, selon nous, toute justification pour une déclaration d'incompétence suivant la *lex loci arbitri* : l'attente légitime des parties à recevoir une sentence capable d'exécution peut en effet encore être satisfaite.

Notons que, indépendamment de la loi applicable à la convention d'arbitrage ou de la loi du siège arbitral, lorsque la question posée à l'arbitre implique l'application

<sup>836</sup>

*Idem.* L'auteur note cependant que cette conclusion n'est plus possible lorsque le lieu de l'arbitrage a été choisi par une institution d'arbitrage. Dans ce cas, l'alternative consiste alors à soumettre la convention d'arbitrage à la même loi que celle qui régit le contrat principal. Voir B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", *op. cit.*, note 767, p. 912 et s., sur l'hypothèse que la loi du siège arbitrale contienne une règle matérielle de droit international privé.

<sup>837</sup>

Voir *supra*, p. 51 et 94.

de règles particulières d'une loi nationale, une solution très logique est celle de décider de l'arbitrabilité suivant la loi du pays auquel appartient la loi qui doit être appliquée pour régler le différend<sup>838</sup>. Cela signifie que l'arbitrabilité est alors déterminée suivant la loi applicable au contrat principal. C'est d'ailleurs la règle posée au Québec par l'article 3121 du Code civil.

Mais la loi applicable au fond n'est pas nécessairement la loi choisie par les parties lors de la conclusion du contrat. Il peut aussi s'avérer qu'une des parties demande à l'arbitre l'application d'une loi de police appartenant à un autre ordre juridique.

Cette seconde hypothèse s'est vérifiée lors d'une procédure arbitrale qui aboutit à une sentence rendue en 1992<sup>839</sup>. Dans cette affaire, les arbitres avaient été saisis pour régler un litige surgissant d'un contrat de construction d'usine soumis au droit brésilien. Le client (partie demanderesse) soutenait que le comportement du constructeur violait la loi américaine RICO, dont elle réclamait l'application en tant que loi de police, et exigeait les dommages-intérêts triples prévus par cette loi.

Avant d'établir si la loi américaine pouvait s'appliquer, le tribunal arbitral s'est posé la question de savoir s'il était *compétent pour l'application* de cette loi<sup>840</sup>. Il y répond en faisant référence à la jurisprudence des États-Unis<sup>841</sup>. Cette solution nous semble logique. La loi RICO étant une loi d'ordre public américain, la volonté du législateur américain de la voir appliquée *par un arbitre ou par un tribunal étatique* a un poids déterminant. Ce sont les intérêts des États-Unis qui sont mis en jeu lorsque l'on demande l'application de l'une de ses lois de police ; et il revient donc aux États-Unis d'établir si l'examen de ces intérêts peut être laissé à un tribunal privé.

---

838

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 159-160.

839

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6320 de 1992, *précité*, note 379.

840

On pourrait se poser la question de savoir s'il n'aurait pas été plus logique de faire l'envers : examiner préalablement si la loi de police dont l'application été demandée était applicable dans le cas de l'espèce puis, ensuite, examiner la question de l'arbitrabilité d'un litige concernant cette loi. En ce sens, Y. DERAÏNS, "L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence", *op. cit.*, note 830, p.72.

841

*Ibid.*, p. 987 : "Alors que les tribunaux des États-Unis ont parfois été divisés sur l'arbitrabilité des demandes de dommages-intérêts multiples en vertu de la loi Rico, l'U.S Court of Appeals for the Second Circuit a récemment confirmé l'arbitrabilité de telles demandes en refusant d'annuler la sentence d'un tribunal d'arbitrage maritime (*Kerr-McGee Refining Corp. v. Triumph Tankers, Ltd.*, 90-7778, 2d Cir.). [...]". Le tribunal arbitral décide alors qu'il était effectivement compétent pour examiner la demande fondée sur la loi Rico.

Notons qu'après avoir établi sa compétence pour appliquer la loi américaine, le tribunal arbitral revient sur la question de savoir si cette loi s'imposait dans le cas de l'espèce en tant que loi de police, malgré le choix du droit brésilien par les parties. Après avoir considéré la nature de la législation RICO, les intérêts en jeu et la connexité entre le rapport litigieux et les États-Unis, l'arbitre finit par en exclure l'application, et rejette donc la demande<sup>842</sup>.

---

842

*Ibid*, p. 989 : "Le tribunal ne nie pas qu'il puisse y avoir des situations dans lesquelles un tribunal arbitral international devrait admettre l'application des lois de police qui n'appartiennent pas à la loi à laquelle les parties ont choisi de soumettre leurs litiges ou leurs rapports. Le tribunal souligne cependant que l'application d'une loi qui n'appartient pas à la *lex contractus* est soumise à des conditions particulièrement strictes". Après avoir déterminé clairement que la loi en question est une loi de police, il est encore nécessaire d'établir que l'État auquel la loi appartient a un intérêt "puissant et légitime" justifiant l'application de cette loi, par un arbitre, dans le cas concret.

### **Conclusion du second chapitre.**

L'examen de la loi applicable à la question de l'arbitrabilité nous permet de tirer les conclusions suivantes.

Du point de vue de la loi applicable à l'arbitrabilité *ratione personae* nous avons souligné que l'article V (1)(a) de la Convention de New York soumet la question de la capacité des parties à la loi qui leur est applicable. Cette règle pourrait créer des problèmes : elle pourrait en effet être invoquée par une personne morale de droit public pour contester la validité de la convention d'arbitrage à laquelle elle fait partie, en opposant les limites à sa capacité de compromettre qui découle de ses propres règles impératives.

Les articles 34 et 36 de la loi-type, basés sur l'article V de la Convention de New York posent le même problème.

La pratique relevée en droit comparé, au contraire, caractérisée par un recours de plus en plus fréquent aux règles matérielles, à soustrait pratiquement toute utilité à la notion d'arbitrabilité *ratione personae*. On peut affirmer qu'il existe désormais un véritable principe d'ordre public international qui empêche (indépendamment de la nature publique ou privée de l'objet du contrat), que les personnes morales de droit public s'opposent *a posteriori*, à la reconnaissance de leur convention d'arbitrage, en alléguant les interdictions découlant de leur propre loi ou de la loi choisie pour régir leur convention.

Lorsqu'il s'agit de décider de l'arbitrabilité *ratione materiae*, l'arbitre sera lié par la volonté des parties et par son obligation de rendre une sentence susceptible d'exécution.

Le tribunal étatique, quant à lui, examinera cette question suivant sa propre loi lors du contrôle sur la sentence.

Lors du contrôle préliminaire sur la convention d'arbitrage, il lui est permis en principe, par la Convention de New York, d'examiner cette question, autant à la lumière de sa propre loi, que suivant la loi choisie par les parties.

La loi-type par contre, maintient la loi du *for* comme loi applicable à l'arbitrabilité lors du contrôle sur la sentence ; mais dans la phase préliminaire elle

pose cette question comme une condition de validité de la convention d'arbitrage, soumise donc à la loi choisie par les parties pour régir cette dernière.

Ni la Convention de New York, ni la loi-type ne donnent d'indications pour déterminer quelle est la loi applicable à l'arbitrabilité dans la phase préliminaire à l'arbitrage, lorsque les parties n'en n'ont pas choisie.

La formulation de la loi-type crée la possibilité de parvenir à des décisions contradictoires, même dans l'hypothèse où cette question est jugée, dans les différentes phases, par les tribunaux d'un même ordre juridique.

Cette possibilité est exclue en droit comparé. La tendance à faire régir l'arbitrabilité par une règle matérielle posée par voie législative a été suivie par la jurisprudence française et américaine aussi bien que par le législateur suisse. Ce dernier n'a pourtant pas exclu la possibilité de tenir compte des lois de police étrangères si le rapport litigieux présente un lien suffisant avec les pays qui les a édictées. Cette ouverture ainsi que la clarté de la solution suisse rend cette dernière préférable.

## Sous-titre 2 - La portée de l'arbitrabilité en droit comparé.

Aux États-Unis, le tribunal étatique renverra les parties à l'arbitrage à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage "*is subject to an internationally recognized defense such as duress, mistake, fraud or waiver*"<sup>843</sup>.

La notion d'arbitrabilité, pour sa part, sera établie, dans chaque cas, suivant les limites posées à l'arbitrage par le droit du *for*. Ces limites interviendront pourtant uniquement dans la mesure où elles ne sont pas la manifestation d'une optique "paroissiale". Le tribunal américain les établira alors en tenant compte aussi de la pratique internationale<sup>844</sup>.

En France, on ne fait pas référence à l'arbitrabilité comme telle, mais le principe est bien établi que le tribunal renverra les parties devant l'arbitre qu'il constate que leur convention ne viole pas les règles impératives du droit français ou les principes de l'ordre public international (tels qu'entendus par le tribunal français)<sup>845</sup>.

Il est évidemment difficile d'indiquer quelles seront les limites effectivement posées à l'arbitrage, dans chaque cas, en partant simplement de ces prémisses. Il est alors nécessaire d'identifier quels sont les principes fondamentaux que le tribunal protège lorsqu'il retient sa compétence sur un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage. L'œuvre de l'interprète est cruciale. Non seulement, il doit décider si *la matière qui fait l'objet du litige* est d'ordre public interne ou international ; mais de surcroît il doit décider si, et le cas échéant, dans quelle mesure, cette qualification peut limiter la compétence de l'arbitre.

La confiance accordée aux arbitres a joué un rôle fondamental dans la détermination de ce qui pourrait être soustrait à la justice étatique et de ce qui, considéré d'importance fondamentale pour l'ordre juridique, devrait être décidé exclusivement par les tribunaux.

Auparavant, il était inconcevable que des juges privés puissent appliquer des règles posées spécifiquement pour assurer la protection de l'État. La méfiance était

843

*Meadows v. Baccala & Shoops Ins. Serv., Inc.*, précité, note 389.

844

*Idem.*

845

*Comité populaire de la municipalité de Khoms el Mergeb c. Sté Dalico Contractors*, précité, note 114.

trop grande. La compétence arbitrale était exclue du seul fait que la matière litigieuse était soumise à une réglementation impérative : déterminer ce qui était réservé à la compétence du tribunal public était relativement simple.

Nous verrons, dans un premier chapitre, comment, partis de cette position, nous sommes finalement parvenus à reconnaître cette compétence à l'arbitre.

Mais admettre la compétence de l'arbitre à trancher des litiges même si les règles applicables sont des règles d'ordre public, oblige à distinguer, lorsqu'une matière est soumise à une réglementation impérative, les questions si importantes pour la communauté qu'elles excluent l'arbitrage, de celles qui ne le sont pas.

Comme toujours, lorsqu'il s'agit d'ordre public et de *public policy*, le problème réside dans l'impossibilité d'établir *une règle d'application générale* qui permettrait d'adopter *un critère* valable dans toutes les instances. Cela n'exclut pourtant pas que l'on puisse indiquer certains critères utiles dans l'identification du lien entre la question objet du différend et l'ordre public et la *public policy* ; lien sur la base duquel l'arbitrage doit être exclu.

L'examen de ces critères sera divisé, pour plus de clarté, en deux chapitres.

Le critère le plus évident de l'intérêt de l'État est la présence d'une interdiction expresse par le législateur de soumettre une question déterminée à l'arbitrage. De même, la compétence de l'arbitre pourra être limitée par une règle impérative de réserve de compétence. Ces limites qui agissent ou peuvent agir *directement au niveau de la compétence juridictionnelle* seront examinées dans le deuxième chapitre.

Le troisième chapitre visera à l'examen de deux autres critères traditionnellement utilisés pour déterminer si une question intéresse l'ordre public, celui de la libre disposition du droit litigieux et celui de la violation de l'ordre public.

Nous examinerons donc ces questions en trois chapitres :

Chapitre 1 - Arbitrabilité et règles impératives : les matières intéressant l'ordre public et les questions intéressant l'ordre public.

Chapitre 2 - Critères pertinents dans la détermination des questions intéressant l'ordre public : les interdictions expresses à l'arbitrage et les réserves impératives de compétence.

Chapitre 3 - Autres critères traditionnellement utilisés dans la détermination des questions intéressant l'ordre public.

## Chapitre 1 - Arbitrabilité et règles impératives : les matières intéressant l'ordre public et les questions intéressant l'ordre public.

Nous examinerons dans ce chapitre les étapes qui nous ont menés du refus autrefois pur et simple de la compétence de l'arbitre chaque fois que la résolution du différend imposait l'application d'une norme impérative, (Section 1) à la reconnaissance de l'arbitrabilité indépendamment de la *nature de la règle* applicable (Section 2).

### *Section 1 - L'incompétence de l'arbitre dans l'application des règles impératives.*

L'indication la plus évidente de l'intérêt de l'État dans une matière donnée est qu'elle soit soumise à une réglementation impérative. L'intérêt de l'État dans la matière fait présumer son intérêt dans la résolution de tout différend qui la concerne.

Comme le note M. Dorais<sup>846</sup>, l'exclusion de l'arbitrage de toute matière relative à l'ordre public "*était une arme formidable pour des autorités judiciaires réfractaires à la notion et à la pratique de l'arbitrage*".

Cette exclusion est posée explicitement dans les juridictions civilistes.

Ainsi, l'article 2060 du Code civil français prévoit :

*"On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et, plus généralement, dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public"*.

Cet article a remplacé l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile qui interdisait, entre autre, l'arbitrage par rapport aux contestations sujettes à communication au Ministère public<sup>847</sup>.

Ces contestations étaient énumérées à l'article 83 du même Code de procédure civile. Parmi elles, on trouvait précisément, les "causes qui concernent l'ordre public"<sup>848</sup>.

<sup>846</sup>

André DORAIS, "L'arbitrage commercial - Développements législatifs", (1987) *R. du B.* 273-304.

<sup>847</sup>

L'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile prévoyait que l'"on ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logements et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communications au ministère public".

Cette règle avait été interprétée comme excluant de l'arbitrage toute *matière* sujette à une réglementation impérative<sup>849</sup>.

En effet, comme le souligne M. Ancel<sup>850</sup>, lorsque l'article 2060 du Code civil français interdit l'arbitrage sur toutes "*les matières qui intéressent l'ordre public*", on pourrait bien croire qu'il renvoie à l'article 6 du même Code interdisant de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public. Suivant cette interprétation, continue M. Ancel :

*"[L]es matières d'ordre public au sens de l'article 2060 seraient toutes les matières dans lesquelles il existe des lois (ou plus généralement des règles) d'ordre public. Il y aurait, alors, coïncidence entre l'ordre public juridictionnel et l'ordre public de fond. Un litige ne pourrait pas être soumis à l'arbitrage dès lors qu'il toucherait l'ordre public".*

Cette solution, qui a caractérisé la jurisprudence du XIX<sup>ème</sup> siècle et celle de la première moitié du XX<sup>ème</sup><sup>851</sup>, fut fortement critiquée par la doctrine. Qualifiée de "simpliste"<sup>852</sup>, on lui reprochait de vouloir faire coïncider à tout prix "ordre public" et "disposition impérative"<sup>853</sup>.

848

Citons d'autres causes qui faisaient l'objet de cette communication suivant l'article 83 C.p.c. : celles concernant l'État et les établissements publics, celles concernant l'état des personnes, et les contestations concernant la compétence du tribunal étatique. Il était aussi communicable au ministère public (suivant l'article 36 de la loi 5 juillet 1844) tout litige concernant la nullité ou la déchéance des brevets d'invention. Voir à ce propos, Henry MOTULSKY, *Écrit - Études et notes sur l'arbitrage*, tome II, Paris, Dalloz, 1974, p. 57. P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 4.

849

*Sté anonyme agricole c. Torris*, Paris, 9 février 1954, *D.* 1954.192 ; *J.C.P.* 1955.II.8483, note Motulsky ; *Rev. Arb.* 1955.21 : "Les dispositions légales ou réglementaires relatives à la taxation des marchandises intéressent l'ordre public, aucune constatation concernant l'interprétation ou l'application de ces dispositions ne peut être réglée par voie d'arbitrage sous peine de la violation de l'article 1004 du Code de procédure civile".

850

P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 4.

851

*Idem*, où l'auteur cite Cass. Civ., 9 janvier 1854, *D.P.* 1954.1.69 ; Cass. Req., 7 novembre 1865, *D.P.* 1966.1.204 ; 6 juillet 1899, *S.* 1901.1.357 ; *D.P.* 1899.1.50.

852

Ainsi P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 5.

853

Henry MOTULSKY, note sous l'arrêt *Sté Anonyme Agricole c. Torris*, Paris, 9 février 1954, *J.C.P.* 1955.II.8483, (aussi dans H. MOTULSKY *Écrits - Notes et Études sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 848, p. 69). D'après cet auteur, il ne suffit pas qu'une question d'ordre public soit posée aux arbitres pour exclure l'arbitrage. La notion d'ordre public "doit être maniée avec beaucoup de circonspection". (*Ibid*, p. 64). Pour établir si une question concerne l'ordre public *de manière à interdire l'arbitrage*, "la question est de savoir si les exigences de l'intérêt social s'opposent, dans une conjoncture donnée, à faire trancher le problème par des arbitres". Il faut alors distinguer les cas dans lesquels l'intérêt social exclut que la question "*soit abordée*" par un juge privé. L'arbitrage est alors clairement interdit. Mais il peut aussi s'avérer que l'intérêt social exige uniquement que le litige soit

L'interdiction de soumettre à l'arbitrage les matières qui intéressent l'ordre public, posée de façon assez claire dans les juridictions civilistes, prévalait aussi dans les juridictions de *common law*<sup>854</sup>, même si, dans les pays comme l'Angleterre, la pratique du *stated case* rendait pratiquement superflu de poser explicitement une telle interdiction.

Aux États-Unis, c'était précisément l'"*anachronistic judicial hostility to agreements to arbitrate which american courts had borrowed from English common law*"<sup>855</sup>, qui avait rendu nécessaire le *Federal Arbitration Act* (FAA)<sup>856</sup>.

La promulgation de cet *Act* constitua le premier pas vers la reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives, aux États-Unis.

### *Section 2 - La reconnaissance de la compétence de l'arbitre à appliquer les règles impératives.*

Nous examinerons le phénomène de la reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives en distinguant la position française de la position américaine.

#### Par. 1 - La position française - Distinction entre les matières intéressant l'ordre public et les questions intéressant l'ordre public.

La compétence de l'arbitre pour résoudre des questions soumises à une réglementation impérative a été admise par la Cour de cassation française, pour la première fois, en 1950<sup>857</sup>. Elle a été confirmée par la jurisprudence ultérieure.

Ainsi, dans l'arrêt *Impex*<sup>858</sup>, la Cour de Cassation a décidé que la partie qui s'opposait à l'arbitrage en raison de l'illicéité du contrat n'avait pas rapporté la preuve que le but du contrat même était illicite<sup>859</sup>.

---

tranché dans le respect de norme impérative. Dans ce cas, ce qui est interdit n'est pas, d'après M. Motulsky l'utilisation de l'arbitrage comme telle, mais uniquement "une utilisation contraire à l'intérêt générale". (*Ibid.*, p. 65 et 66).

<sup>854</sup> Voir A. DORAIS, "L'arbitrage commercial - Développements législatifs", *op. cit.*, note 846, p. 278.

<sup>855</sup> *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105 S.Ct. 3346, précité, note 396, p. 3353.

<sup>856</sup> *The United States Arbitration Act* Title 9, U.S. Code, c. 1-2.

<sup>857</sup> *Tissot c. Neff*, 28 novembre 1950, *Bull. civ.* III.355 ; D. 1951.170 ; S. 1951.120 ; *Gaz. Pal.* 1951.I.80.

La Cour a souligné que la question posée aux arbitres ne portait que sur l'inexécution des contrats et le droit à des dommages compensatoires : elle échappait donc à la prohibition de l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile.

Le litige pouvait donc être remis à l'arbitre.

Le principe établi par cet arrêt est donc le suivant : lors de la détermination de la compétence arbitrale, c'est la *mission* conférée à l'arbitre qui compte, c'est-à-dire la *question qui lui est posée*<sup>860</sup>.

858

*Impex c. Société P.A.Z Malteria Adriatica*, Colmar, 29 novembre 1968, J.C.P.19 70.II.16246, note Oppetit et Level ; Paris, 22ème ch., 20 juin 1969, *Clunet* 1971.118, note Oppetit ; Cass. civ., 1ère ch., 18 mai 1971, *Clunet* 1972.62, note Oppetit.

Dans ce cas, les faits sont bien connus. Il s'agissait d'un différend né d'un contrat par lequel la Société française Impex s'engageait à livrer aux Sociétés italiennes, Malteria Tirrena et Malteria Adriatica, diverses quantités d'orge de brasserie.

L'une des clauses du contrat prévoyait que les factures relatives aux ventes seraient émises par des établissements portugais ou suisses, ce qui aurait permis à la Société Impex de percevoir les restitutions prévues pour les exportations de céréales de l'extérieur du Marché Commun (parce qu'à l'époque, ni la Suisse, ni le Portugal n'en faisaient partie). Suite au refus de l'Office National Interprofessionnel des Céréales de délivrer les certificats d'exportations nécessaires pour avoir droit aux restitutions, la Société Impex informa les Sociétés italiennes qu'elle était dans l'impossibilité de satisfaire ses obligations.

Suivant les termes des clauses compromissaires existantes entre les parties relativement aux contrats de vente, les Sociétés italiennes saisirent alors les chambres arbitrales afin de voir reconnu leur droit au paiement des dommages-intérêts compensatoires pour l'inexécution du contrat. Pour sa part, la Société Impex demanda au tribunal étatique de déclarer la nullité desdits contrats, "la clause de relais par un pays tiers constituant selon elle, une infraction à une disposition d'ordre public français".

859

*Impex c. Société P.A.Z Malteria Adriatica*, (précité, note 858), *Clunet* 1972.62, p. 63 : "La société Impex n'a pas rapporté la preuve de ce que les parties contractantes avaient sciemment perpétré [le recours à un relais dans un pays tiers] en violation des prescriptions d'ordre public". Ce relais avait été au contraire "prévu sur la seule initiative de la société Impex" et il "ne constituait qu'une modalité de l'exécution matérielle du marché et, en aucune façon, la condition même de la formation du contrat".

860

B. OPPETIT, note sous l'arrêt *Société Impex c. Société P.A.Z. Malteria Adriatica*, *op. cit.*, note 67, p. 67. L'auteur souligne que le même critère a été utilisé en matière de transaction. (Trib. com. Rouen, 7 juin 1971, J.C.P. 1971.II.16918.). La validité de l'acte de transaction n'est pas niée si, par celui-ci, les parties n'arrivent pas à donner effet à un acte nul. "[C]omme dans le compromis, le critère de la validité de la transaction réside moins dans son objet que dans l'appréciation de la portée de ses effets". Voir aussi *Sté Auvinet S.A. c. S.A. Sacomi et Poirier*, Rennes, 1ère ch., 26 septembre 1984, *Rev. Arb.* 1986.441, note Ancel : "Le critère de détermination du pouvoir juridictionnel des arbitres se trouve dans l'objet du litige et non dans le caractère des règles qui régissent sa solution". Plus particulièrement, en matière d'application et d'interprétation des traités, voir *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.) c. République de Yougoslavie*, Rouen, 1ère et 2ème ch. réunies, 13 nov. 1984, précité, note 752 : "Les arbitres peuvent faire application pure et simple d'un traité chaque fois que son sens leur apparaît parfaitement clair, alors même que relevant du droit public international, il entrerait dans la catégorie de ceux qui ne peuvent être interprétés que par l'autorité gouvernementale". Finalement, dans l'affaire *Société Matra Hachette c. société Reteitalia*, (Paris, 1ère ch. D., 20 septembre 1995, *Rev. Arb.* 1996.87, note Cohen), la Cour a admis la compétence de l'arbitre à appliquer des règles impératives posées en matière de faillite ; et dans l'affaire *Westland*

C'est en ce sens qu'il est plus approprié alors de parler de *question intéressant l'ordre public* plutôt que de *matière intéressant l'ordre public*. Comme le note M. Level<sup>861</sup>, la formule "*matières qui intéressent l'ordre public*" est équivoque.

Par la reconnaissance de la compétence arbitrale dans des matières soumises à une réglementation d'ordre public, on refuse, selon les termes de M. Level, "*l'inarbitrabilité par blocs d'incompétence, c'est-à-dire pour le seul motif que l'objet du litige porte sur une matière régie par des règles d'ordre public. La convention d'arbitrage, par le seul fait qu'elle porte sur une telle matière, ne porte pas a priori atteinte à une règle d'ordre public*"<sup>862</sup>.

Or, étant donné que la réforme qui a eu lieu en France en matière de droit de l'arbitrage (du 12 mai 1981) est ultérieure à l'arrêt *Impex*, la question se pose de savoir pourquoi le Code civil français ne parvient pas à refléter la solution jurisprudentielle.

En fait, le Code civil français continue à exclure de l'arbitrage, "*toutes les matières qui intéressent l'ordre public*" et n'établit pas clairement que la compétence de l'arbitre n'est pas automatiquement exclue du seul fait que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public, comme le fait, par exemple, l'article 2630 du Code civil du Québec.

Cette absence de reconnaissance formelle des principes plus favorables à l'arbitrage dans le texte du Code civil s'explique cependant par le fait que la réforme du Code civil français a été établie par décret. Comme le souligne M. Fouchard, c'est le principe de la répartition constitutionnelle de compétence qui aurait empêché, d'après l'avis du Conseil d'État, l'introduction par voie de décret de règles touchant "*aux principes fondamentaux du droit des obligations*"<sup>863</sup>. Le Rapport au Premier Ministre français souligne pourtant<sup>864</sup> :

---

*Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace*, (Paris, 1ère ch. Sect. A, 19 mai 1993, *Rev. Arb.* 1993.645, note Jarrosson ; *Clunet* 1993.957, note Idot), la Cour a reconnu l'arbitrabilité en matière anticoncurrentielle.

<sup>861</sup> P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 234. Voir aussi J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 34. D'après cet auteur, "[l]e critère de matières qui intéressent l'ordre public est particulièrement mal adapté à l'arbitrage international".

<sup>862</sup> P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 236.

<sup>863</sup> Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 54, p. 381.

<sup>864</sup> Rapport à M. le Premier Ministre concernant la réforme du N.C.P.C. français par le décret du 12 mai 1981, J.C.P. 1981, n° 23 (supplément), 3 juin 1981, cité par Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *op. cit.*, note 54, p. 382.

*"Les dispositions nouvelles sur l'arbitrage international ne concernent que la procédure et ne remettent nullement en cause les principes maintenant bien établis par la jurisprudence de la Cour de Cassation en ce qui concerne le régime juridique de l'arbitrage international ; il en est ainsi notamment [...] lorsque les règles par application desquelles le litige devrait être tranché présenteraient un caractère d'ordre public"<sup>865</sup>.*

Si la formulation de l'article 2060 du Code civil français demeure inchangée, le Rapport reconnaît, en principe la compétence de l'arbitre à trancher un différend, même si la matière est régie par des règles impératives.

On parle donc seulement de *questions* qui intéressent l'ordre public et on n'exclut plus du domaine de l'arbitrage des *matières entières* : l'arbitrabilité prend évidemment une signification plus étendue. Pourtant, cette interprétation de l'article 2060 du Code civil pose deux questions.

Un première question (sur laquelle nous reviendrons après avoir examiné la position américaine) est celle de savoir comment justifier qu'une question suffisamment importante pour être régie par des règles impératives puisse être résolue par un tribunal privé. La confiance envers les compétences professionnelles des arbitres n'est évidemment pas une explication suffisante : même l'arbitre le plus compétent n'est pas là pour défendre les intérêts de l'État qui a émis la réglementation impérative ; il peut donc en saisir l'essence et être capable de l'appliquer, sans considérer pourtant qu'il est nécessaire de l'appliquer dans le cas concret.

Notons pourtant que lorsqu'on reconnaît la compétence de l'arbitre en matière de règles impératives, on soutient simplement que le tribunal étatique n'est pas intéressé à les appliquer directement, qu'il n'est pas intéressé à s'occuper lui-même de *la résolution* du litige. L'État n'a cependant pas perdu son intérêt à ce que ces règles soient correctement appliquées. Seulement, il le manifeste plutôt en mettant l'emphase sur le contrôle de la *sentence*.

La seconde question qui se pose (qui fera l'objet des deux prochains chapitres), est d'identifier, parmi les questions soumises à une réglementation impératives, celles qui peuvent être soumises à l'arbitrage de celles dont la résolution est réservée au tribunal public.

---

<sup>865</sup>

(Nos emphases).

Par. 2 - La position américaine.

Aux États-Unis, l'introduction du *Federal Arbitration Act* a établi le principe à suivre par les Cours, lors de la décision sur l'arbitrabilité : seules certaines règles ne peuvent être appliquées par l'arbitre, notamment celles qui posent une *policy* considérée comme plus importante que celle qui a inspirée le *Federal Arbitration Act*.

Parmi les matières non arbitrables, relevons celles régies par le *Securities Exchange Act*<sup>866</sup> et le *Sherman Antitrust Act*<sup>867</sup>.

Notons toutefois que la force de la *policy* favorable à l'arbitrage s'est affirmée de façon constante. Elle s'est imposée avec encore plus de vigueur après l'adhésion des États-Unis à la Convention de New York en 1970.

L'importance de l'arbitrage commercial international, d'un point de vue général, a été affirmé par l'arrêt *Moses H. Cone Memorial v. Mercury Construction Co.*<sup>868</sup>, selon lequel si la volonté du législateur d'interdire l'arbitrage ne peut pas être établie avec certitude, le litige doit être considéré arbitral.

D'un point de vue plus spécifique, l'arrêt *Sherk v. Alberto Culver Inc.*<sup>869</sup> a souligné l'importance du commerce international et de l'arbitrage pour le développement du commerce même. Sur cette base, la Cour a reconnu la compétence de l'arbitre dans la résolution d'un différend concernant l'application du *Securities Exchange Act* de 1934.

La faveur de cette *policy* envers l'arbitrage fut confirmée, voire même, amplifiée par l'arrêt de la Cour Suprême *Southland Corp. v. Keating*<sup>870</sup> qui déclara que l'applicabilité de la section 2 du *Federal Arbitration Act* relative à la convention

---

<sup>866</sup>

*Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 ; 201 F. 2d 439 (2d Cir. 1953).

<sup>867</sup>

*American Safety Equipment Corp. v. J.P. Mc Guire & Co.*, 391 F. 2d 821 (C.A. 1968) : "A claim under antitrust laws is not merely a private matter, and the Sherman Anti-Trust Act is designed to promote the national interest in a competitive economy ; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public interest".

<sup>868</sup>

*Moses H. Cone Memorial v. Mercury Construction Co.*, 460 U.S. (1983) : "any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration". Voir Michael F. HOELLERLING, "Arbitrability of Disputes", (1985) 41 *Bus. Lawyer*, 125-144, p. 126.

<sup>869</sup>

*Sherk v. Alberto Culver Inc.*, précité, note 78, p. 515-517.

<sup>870</sup>

*Southland Corp. v. Keating* 465 U.S. 1 (1984).

d'arbitrage<sup>871</sup>, n'est pas limitée aux matières de compétence fédérale mais qu'elle s'étend aussi aux Cours des États fédérés. Cela signifie que la *policy* fédérale favorable à l'arbitrage l'emporte sur la *policy* contraire de l'État fédéré<sup>872</sup>.

La force de la *policy* représentée par la Convention de New York est telle que dorénavant, on peut affirmer que, pour les Cours américaines, l'arbitre est, en principe, compétent pour appliquer n'importe quelle règle d'ordre public<sup>873</sup>.

Parmi les décisions les plus importantes dans la reconnaissance de la compétence des arbitres citons l'arrêt *Mitsubishi*<sup>874</sup>, dans lequel la force de la *policy* en faveur de l'arbitrage a été examinée par la Cour Suprême à la lumière de la *policy* qui a inspiré la législation antitrust.

Cette bataille s'est révélée particulièrement intéressante en ce qu'elle a mis face à face deux *policies* différentes mais également représentatives des intérêts économiques d'un pays fort industrialisé voué à la sauvegarde des principes du libre

---

<sup>871</sup>

§ 2 du *Federal Arbitration Act*, 465 U.S. 1 (1984) : Validity, Irrevocability, and Enforcement of Agreements to Arbitrate : "A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such a contract or transaction [...] shall be valid, irrevocable and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract".

<sup>872</sup>

Voir A. B. OVERBY, "Arbitrability of Disputes under the Federal Arbitration Act", *op. cit.*, note 301, p. 1141 : "Thus, agreements to arbitrate disputes that might be non-arbitrable under state law are enforceable under the Act". Voir aussi, *Ardra Insurance Company et al. v. J.P. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York*, *New York Law Journal*, 26 Dec. 1990 ; (1992) XVII *Yearbook* 666 : "Any Federal or State Law that prevents the Federal Government from 'speaking with one voice' in international trade must bow to superior authority. [...] The focus, therefore, must be on the Convention, not on the Federal Statutes". Dans le même sens, plus récemment, *Metallgesellschaft Limited, Peter Montrose, and Terry Wilson, v. David L. Threlkeld & Co., Inc.*, 923 F. 2d 245, (2nd Cir. 1991) ; (1992) XVII *Yearbook* 672, où la Cour d'appel a considéré que la loi du Vermont étant plus restrictive que la Convention de New York et que l'*Arbitration Act*, elle ne pouvait pas être appliquée ; *Doctor's Associates, Inc. & Nick Lombardi v. Paul Casarotto*, précité, note 385 ; *Trans Chemical Limited v. China National Machinery Import & Export Corp.*, précité, note 493.

<sup>873</sup>

Ainsi, selon une décision récente de la Cour Suprême, *Tonyja Duffield, v. Robertson Stephens & Co.*, 144 F.3d 1182 (9th Cir. C.A. 1998), 119 S. Ct., les litiges concernant la violation de droits civils suivant the Civil Rights Act of 1991 peuvent être réglés par un arbitre, dans la mesure où les parties s'accordent pour l'arbitrage après la naissance du différend. Suivant cet arrêt, n'est pas opposable à l'employé la clause compromissaire dans le contrat d'emploi, si la question litigieuse concerne la violation de droits civils. La Cour d'appel énonce : "Civil Rights Act of 1991 precludes compulsory arbitration of civil rights claims, and employees may not be required, as a condition of employment, to waive their right to bring future Title VII claims in court". L'arbitrage est pourtant permis si le litige est soumis à l'arbitre par compromis. Ainsi, la Cour affirme : "Under Civil Rights Act of 1991, employees are not precluded from agreeing after Title VII claim has arisen to submit dispute to arbitration, and if they choose to do so, they are bound by arbitrator's decision". (Nos emphases). Comme le souligne la Cour : "Purpose of Civil Rights Act of 1991 was uniformly to expand employees' rights and to increase the possible remedies available to civil rights plaintiffs".

<sup>874</sup>

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, précité, note 396.

marché et de la libre concurrence et en même temps activement impliqué dans le commerce international<sup>875</sup>.

Par la décision *Mitsubishi*, la Cour suprême admet la compétence arbitrale pour l'application du droit antitrust et renverse ainsi la doctrine posée par l'arrêt *American Safety*<sup>876</sup> qui avait exclu l'arbitrabilité en raison précisément, de l'intérêt public concerné.

Comment est-on parvenu à un tel renversement de jurisprudence ?

Le cas *Mitsubishi* surgissait d'une demande présentée par *Mitsubishi Motor Corp.* (Mitsubishi) contre une compagnie portoricaine, *Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*

*Mitsubishi* était une corporation japonaise née d'un contrat de co-entreprise entre *Chrysler International, S.A.* (CISA), une compagnie suisse, appartenant à *Chrysler Corporation*, et *Mitsubishi Heavy Industries, Inc.* (japonaise). Le but de la co-entreprise était la distribution, hors États-Unis, par les distributeurs *Chrysler*, de véhicules fabriqués par *Mitsubishi*. La co-entreprise trouvait son origine dans deux contrats. Un premier contrat, signé en 1979 par Soler et CISA, visait la distribution de véhicules fabriqués par *Mitsubishi* à l'intérieur d'un territoire déterminé, incluant le territoire métropolitain de la ville de San Juan (Porto Rico). Corrélativement, CISA, *Soler* et *Mitsubishi* conclurent un contrat pour la vente directe à *Soler* des produits fabriqués par *Mitsubishi*. Ce contrat, qui régissait les termes et les conditions de la vente, contenait une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage au Japon, d'après les règles de l'Association Commerciale Japonaise.

Après un début prometteur menant à l'augmentation, pour l'année 1981, du minimum de ventes établi par le contrat, *Soler* éprouve de sérieuses difficultés pour atteindre ce nouveau minimum ; ce qui l'oblige à demander à *Mitsubishi* l'annulation de plusieurs commandes. Afin d'éviter les difficultés présentées par le marché local, *Soler* essaie aussi d'exporter une partie de ses véhicules aux États-Unis et en Amérique du Sud. Mais elle est bloquée dans son initiative par une opposition de la part de *Mitsubishi* et de CISA qui ne lui accordent pas la permission nécessaire.

Après l'échec de toutes les tentatives de résolution amiable qui ont été entreprises, *Mitsubishi* arrête finalement l'envoi des véhicules et, le mois suivant,

<sup>875</sup>

Voir Lee LOEVINGER, "Antitrust Issues As Subjects of Arbitration", (1969) 44 *N.Y.U.L. Rev.* 1085-1096.

<sup>876</sup>

*American Safety Equipment Corp. v. J.P. Mc Guire & Co.*, précité, note 867.

poursuit *Soler* devant la Cour de Porto Rico afin d'obtenir une injonction interdisant *Soler* de le poursuivre devant les tribunaux américains (comme il avait menacé de faire), et de l'obliger plutôt à se soumettre à l'arbitrage, comme prévu par le contrat. Aussi *Mitsubishi* présente bientôt une demande d'arbitrage devant l'Association Commercial Japonaise.

De son côté, *Soler* s'oppose à cette demande, en allégeant, d'une part, que *Mitsubishi* a failli à l'exécution de plusieurs obligations contractuelles et surtout en affirmant, d'autre part, qu'il y a eu violation par *Mitsubishi* et CISA des règles antitrust<sup>877</sup>. *Soler* soutient en effet que ces deux sociétés ont conspiré pour se partager le marché, en violation parfaite de la liberté du commerce.

La Cour du district de Porto Rico renvoie les parties à l'arbitrage. La Cour d'appel confirme en partie la décision prise par le juge de premier degré. En soulignant l'importance de la *policy* favorable à l'arbitrage<sup>878</sup> et en notant également que cette *policy* a été renforcée par l'adhésion des États-Unis à la Convention de New York de 1958, la Cour déclare sa confiance envers l'institution de l'arbitrage aussi bien du point de vue de la capacité des arbitres à connaître des questions complexes<sup>879</sup>, que du point de vue de leur impartialité dans l'application d'une législation imposant des contraintes au monde des affaires<sup>880</sup>.

---

<sup>877</sup>

*Sherman Act* 15 U.S.C. § 1 *et seq.*; the *Federal Automobile Dealer's Day in Court Act*, 70 Stat. 125, as amended, 15 U.S.C. § 1221 *et seq.*. La loi antitrust portoricaine, P.R. Laws Ann., Tit. 10, § 257 *et seq.* (1978) et le *Puerto Rico Dealers' Contracts Act*, P.R. Laws Ann., Tit. 10 §278 *et seq.* (1978 and Supp. 1983).

<sup>878</sup>

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 105 S.Ct. 3346, *précité*, note 396, p. 3356 : "The Bremen [*Bremen v. Zapata Off Shore Corp.*, 407 U.S. 1 (1972)] and *Sherk* establish a strong presumption in favour of enforcement of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions. Here, as in *Sherk*, that presumption is reinforced by the emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution".

<sup>879</sup>

*Ibid.*, p. 3357 : "[P]otential complexity should not suffice to ward off arbitration. [...] In any event, adaptability and access to expertise are hallmarks of arbitration. [...] In sum, the factor of potential complexity alone does not persuade us that an arbitral tribunal could not properly handle an antitrust matter".

<sup>880</sup>

*Idem* : "For similar reasons, we also reject the proposition that an arbitration panel will pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes. International arbitrators frequently are drawn from the legal as well as the business community; where the component has an important legal component, the parties and the arbitral body with whose assistance they have agreed to settle their dispute can be expected to select arbitrators accordingly. We decline to indulge the presumption that the parties and arbitral body conducting a proceeding will be unable or unwilling to retain competent, conscientious, and impartial arbitrators".

L'importance de cet arrêt résulte du fait, qu'à la différence d'autres litiges liés à l'application de normes impératives de droit interne, ceux fondés sur la législation antitrust ont un aspect bien plus marqué de questions d'ordre public<sup>881</sup>.

En effet, les raisons alléguées pour refuser le recours à l'arbitrage en matière antitrust sont nombreuses. À celles énoncées par l'*American Safety*<sup>882</sup> et examinées par la Cour dans *Mitsubishi*, la doctrine en joint d'autres qui se soucient de ne pas priver la victime du droit à la compensation monétaire prévue par la législation antitrust jusqu'à la prise en compte de l'inadéquation de la procédure d'instruction dans l'arbitrage eu égard à l'importance de cette phase dans les procédures antitrust<sup>883</sup>.

Comme l'a souligné le Juge Stevens (dissident), dans l'affaire *Mitsubishi*<sup>884</sup>, le *Sherman Act* a été comparé à une charte des droits et des libertés d'ordre constitutionnel dont le but est de préserver l'esprit d'entrepreneur.

---

<sup>881</sup>

La doctrine portant sur l'arrêt *Mitsubishi* est abondante. Voir, par exemple, John R. ALLISON, "Arbitration Of Private Antitrust Claims In International Trade : A Study In The Subordination Of National Interests To The Demands Of A World market", (1986) *International Law and Politics* 361-439 ; William J. T. BROWN and Stephen D. HOUCK, "Arbitrating International Antitrust Disputes", (1990) 3 *World Competition* 19-32 ; Thomas E. CARBONNEAU, "Mitsubishi : the folly of quixotic internationalism", (1986) 2 *Arb. Int.* 116-139, et "L'arbitrage en droit américain", *op. cit.*, note 471 ; Dennis J. CONNOLLY, "The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards In The United States : Defenses To Arbitrability", (1985-86) 37 *South Carolina Law Review*, 719-746 ; G. Monique ESCUDERO, "The Enforceability of Predispute Agreements Under 10(b) and 0b-5 Claims", (1986) 43 *Washington and Lee Law Review* 923-954 ; Mark R. LEE, "Antitrust And Commercial Arbitration : An Economic Analysis", (1987) 62 *St. John's Law Review* 1-44 ; R.E.M. GOODMAN, "Note - Arbitrability and Antitrust : *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*", (1985) 23 *Columbia Journal of Transnational Law* 655-678 ; Jill A. PIETROWSKI, "Enforcing International Commercial Arbitration Agreements - Post *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*", (1986-87) 36 *American University Law Review*, 57-92.

<sup>882</sup>

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, précité, note 396. La complexité des questions à résoudre et le manque d'expertise des arbitres ; la nécessité de protéger l'intérêt public ; la possibilité qu'une partie se trouve dans une position désavantageuse du point de vue économique, et n'ayant donc pas une force de négociation suffisante. Cette situation est particulièrement fréquente dans les contrats d'adhésion.

<sup>883</sup>

Voir L. LOEVINGER, "Antitrust Issues as Subjects of Arbitration", *op. cit.*, note 875, p. 1091.

<sup>884</sup>

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 105 S.Ct. 3346, précité, note 396, p. 3366, où l'on cite *United States v. Topco Associates Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972) : "Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster. Implicit in such freedom is the notion that it cannot be foreclosed with respect to one sector of the economy because certain private citizens or groups believe that such foreclosure might promote greater competition in a more important sector of the economy".

Les mesures prévues par le *Sherman Act* sont autant de nature civile que criminelle et sa formulation est telle qu'elle démontre l'importance accordée à l'activité privée dans la répression des comportements anticoncurrentiels<sup>885</sup>.

Les poursuites sont en effet encouragées. À ce propos, notons la règle qui prévoit un paiement en compensation égal au triple des dommages-intérêts<sup>886</sup>. Relevons également celle qui, dans l'application de la législation antitrust, en excluant l'exception tirée de l'adage *in pari delicto*<sup>887</sup>, reconnaît même à la partie impliquée dans l'illicéité le droit d'intenter l'action antitrust.

Aussi, l'on pourra noter que la juste application de règles protectrices de la concurrence comporte parfois une évaluation de la question qui fait l'objet du différend en fonction de la réalité et des intérêts économiques de la communauté intéressée<sup>888</sup>. La question se pose évidemment de savoir jusqu'à quel point cette évaluation peut être confiée à des tribunaux privés. Cependant, dans l'arrêt *Mitsubishi*, la Cour a souligné sa pleine confiance en la capacité des arbitres de résoudre toute question que le législateur n'a pas expressément réservée à la juridiction étatique.

C'est précisément sur la base de cette confiance que les tribunaux américains ont suivi la Cour Suprême en déclarant l'arbitre compétent en matière antitrust<sup>889</sup>.

De surcroît, ils sont même parvenu à étendre ces solutions en matière de législation antitrust en matière d'arbitrage interétatique<sup>890</sup> et même en strict droit interne<sup>891</sup>.

---

885

Robert PITOFSKI, "Arbitration and Antitrust Enforcement", (1969) 44 *N.Y.U.L. Rev.* 1072-1084.

886

15 U.S.C. § 15 (1982). La loi prévoit aussi le remboursement des frais judiciaires défrayés par la victime, 15 U.S.C. §15(a).

887

R. PITOFSKY, "Arbitration and Antitrust Enforcement", *op. cit.*, note 885, p. 1078, où l'auteur cite *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968) et *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211 (1951). L'application de l'adage *in pari delicto* implique que l'action en justice de l'acteur qui a été partie à l'illicéité ne sera pas entendu.

888

Voir *infra*, p. 444, à propos du but de la loi antitrust canadienne, tel qu'il est énoncé par l'article 1.1 de la *Loi portant réglementation générale du commerce en matière de complots, de pratiques commerciales et de fusions qui touchent à la concurrence. (Loi sur la concurrence)* L.R.C. 1985 c. C-34.

889

*In re Hops Antitrust Litigation*, 655 F. Supp. 169 (E.D. Mo.) *app. dismissed*, 832 F. 2d 470 (8th Cir. 1987). Voir W.J.T. BROWN and S.D. HOUCK, "Arbitrating International Antitrust Disputes", *op. cit.*, note 881, p. 21.

890

*Seacoast Motors of Salisbury v. Chrysler Corp.*, 959 F. Supp. 52 (1997).

891

W.J.T. BROWN and S.D. HOUCK, "Arbitrating International Antitrust Disputes", *op. cit.*, note 881, p. 21, où les auteurs citent : *Genco Latinoamerica, Inc. v. Seiko Time Corp., et al.*, 1987-2

Toutefois, comme la souligné la Cour dans l'arrêt *Mitsubishi*, cette confiance trouve tout de même sa limite dans la nécessité de protéger l'intérêt public. Ce dernier n'est pourtant pas mieux protégé par la limitation de la compétence de l'arbitre des différends que par le contrôle de la sentence arbitrale. Cette conclusion se traduit, en pratique, par la reconnaissance de ce qui a été appelé, à la suite de l'arrêt *Mitsubishi*, "*the second look doctrine*".

Par. 3 - La reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives et la *second look doctrine* aux États-Unis et en France.

La reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives repousse le contrôle à la phase finale de l'arbitrage ; notamment dans la procédure d'annulation et dans les procédures d'homologation ou de reconnaissance et d'exécution.

Dès lors, la *second look doctrine* acquit une importance toute particulière. Comme le souligne l'arrêt *Mitsubishi*<sup>892</sup> :

*"Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws have been addressed. [...]*

*While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them"*<sup>893</sup>.

Ce principe est le même que celui exprimé par la jurisprudence française, comme le révèle une décision de 1991 dans laquelle la Cour d'appel de Paris s'est exprimée ainsi :

*"En matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public*

---

Trade Cases (CCH) 67,770 9 S.D.N.Y. (1987) ; *GKG Caribe, Inc. Nokia, Inc.*, No 88-1774 GG (D.P.R. November 15, 1989) et l'observation faite dans *Kowalski v. Chicago Tribune Co.*, 1988-2 Trade Cases (CCH) 68,173 at 59, 145 : "(I)t seems unlikely, after McMahon, that the principle of *Mitsubishi* can be confined to international transactions".

<sup>892</sup> 105 S.Ct., *précité*, note 396, p. 3359.

<sup>893</sup> (*Nos emphases*).

*international, et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation*"<sup>894</sup>.

Mais en réalité, la signification de la *second look doctrine* n'est pas si claire ; et aux plus grands pouvoirs reconnus à l'arbitre ne semble pas correspondre un contrôle plus strict sur la sentence de la part du tribunal étatique.

De sérieux doutes ont été exprimés par la doctrine quant à la capacité du tribunal de l'annulation (ou de l'homologation ou de l'exécution), de parvenir à déterminer si l'arbitre, *qui n'est souvent même pas obligé de motiver sa sentence*, a appliqué correctement les règles d'ordre public<sup>895</sup>.

Ainsi, les tribunaux américains ont lié l'arbitrabilité au contrôle final sur la sentence sans par ailleurs se poser la question de savoir si ce contrôle devrait être étendu d'une façon proportionnelle à l'élargissement des pouvoirs reconnus aux arbitres<sup>896</sup>. L'étendue du contrôle sur la sentence semble demeurer la même, indépendamment du fait que la question litigieuse est ou non soumise à une réglementation impérative.

En France, nous avons souligné comment une tentative de la Cour d'appel de Paris<sup>897</sup> de lier le contrôle sur la sentence aux pouvoirs plus importants reconnus à l'arbitre, afin de justifier une révision plus approfondie de la part du tribunal de

<sup>894</sup>

*Sté Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisien*, Paris, 1ère ch. supp., 29 mars 1991, *Rev. Arb.* 1991.478, note Idot. (*Nos emphases*).

<sup>895</sup>

J. Pellerin, note sous *Société Editic et autres c. A. Moreau*, *op. cit.*, note 465, p. 131 ; V. HEUZÉ, note sous l'arrêt *Société European Gas Turbines S.A. c. société Westman International*, *op. cit.*, note 452, p. 362 ; L. IDOT, note sous *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, *op. cit.*, note 451, p. 451 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 551 ; P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *op. cit.*, note 410, p. 630. Voir aussi W.W. PARK, "Private Adjudicators And The Public Interest : The Expanding Scope of International Arbitration", *op. cit.*, note 471, p. 642 et T.E. CARBONNEAU, "L'arbitrage en droit américain", *op. cit.*, note 471, p. 49. Voir *supra*, p. 171 et s. et 193 et s.

<sup>896</sup>

K.-H. BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability", *op. cit.*, note 474, p. 183.

<sup>897</sup>

*Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.349, *précité*, note 436, p. 349 : "Le pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité, implique dans le cadre du recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international (art. 1502-4 N.C.P.C.), un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat".

l'exécution, n'a pas eu de suite dans la jurisprudence de la même Cour, qui a, au contraire, réaffirmé l'interdiction faite au tribunal de l'annulation de remettre en discussion la qualification donnée par l'arbitre aux faits de l'espèce<sup>898</sup>.

Mais alors, si les pouvoirs reconnus au tribunal étatique lors de l'exécution de la sentence ne sont pas proportionnés aux pouvoirs de l'arbitre, le respect de l'ordre public est-il vraiment garanti ; les intérêts de la communauté sont-ils vraiment protégés?

---

898

*Fabre et autre c. Espitalier et autres, précité, note 457.*

### **Conclusion du premier chapitre.**

La méfiance envers les capacités des arbitres était indubitablement l'obstacle le plus important au développement de l'arbitrage. On comprend qu'à moins de reconnaître la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives, l'intervention de plus en plus importante de l'État en matière économique aurait rendu non arbitral un nombre important de litiges surgissant de rapports commerciaux.

La création des centres d'arbitrage et la publication des sentences arbitrales ont joué un rôle fondamental dans le processus qui a conduit à la plus grande confiance dans les capacités des arbitres.

Par ailleurs, les encombrements qui affligent la justice publique ont obligé les tribunaux étatiques à une attitude plus pragmatique, surtout en considération de l'importance de l'arbitrage pour le développement du commerce international.

Ainsi, on a admis en France que la convention d'arbitrage ne sera pas nulle du seul fait que la question soumise à l'arbitre est soumise à une réglementation impérative.

Aux États-Unis, on est passé du principe suivant lequel l'arbitrabilité est établie, dans chaque cas, en comparant l'importance de la *policy* favorisant l'arbitrage avec celle de la *policy* exprimée par la loi applicable à la résolution du litige, au principe suivant lequel la *policy* favorisant l'arbitrage est présumée être plus importante. La question de la compétence arbitrale perd de son importance et la solution donnée par l'arbitre devient le point central du contrôle sur l'arbitrage. La question se pose donc de savoir si ce contrôle est adéquat pour s'assurer de la correcte application des règles impératives et de la protection des intérêts de la communauté.

Parce qu'il ne suffit plus d'établir qu'une question litigieuse est soumise à une norme impérative pour exclure l'arbitrage, la compétence de l'arbitre sera déterminée question par question. Il reste à voir comment distinguer parmi les questions soumises à une réglementation impérative, celles *dont la résolution intéresse l'ordre public* et qui sont réservées à la justice publique, de celles qui peuvent être tranchées par les arbitres.

## Chapitre 2 - Les critères pertinents dans la détermination des questions qui intéressent l'ordre public - les interdictions expresses et les réserves impératives de compétence.

Nous examinerons dans ce chapitre dans quelle mesure les législateurs américain et français utilisent les interdictions expresses comme moyen de limiter l'arbitrage (Section 1) et dans quelles circonstances, les réserves impératives de compétence en faveur d'une autorité publique déterminée, peuvent constituer une limite à l'autonomie des parties de renoncer à la justice étatique (Sections 2, 3 et 4).

### *Section 1 - Les interdictions expresses à l'arbitrage.*

L'interdiction explicite de renoncer à la justice étatique peut découler de normes régissant l'arbitrage ou d'autres textes législatifs. Elle peut exclure complètement le droit de renoncer à la justice étatique sur certaines matières ou questions bien identifiées. Elle peut aussi simplement limiter son exercice dans le temps, en distinguant entre différends déjà nés et différends futurs. Ainsi, selon que *le droit de saisir* la justice étatique auquel on renonce par la convention d'arbitrage existe déjà (parce que le différend est actuel) ou n'existe pas encore (parce que le différend n'est pas encore né), on distingue le compromis de la clause compromissoire. Cette distinction était autrefois très importante.

En France par exemple, l'article 2061 du Code civil limite expressément le droit des parties de renoncer à la justice étatique sur des différends futurs. Cette limite est posée *d'une façon générale et telle quelle intéresse indistinctement toutes les matières* (règle de l'invalidité de la clause compromissoire)<sup>899</sup>. Pourtant, la validité de la clause compromissoire fut d'abord reconnue dans les rapports entre commerçants, considérés plus expérimentés<sup>900</sup>.

<sup>899</sup>

L'interdiction de la clause compromissoire naquit de la méfiance envers l'arbitrage et la capacité des arbitres. Il était considéré nécessaire de protéger les parties malgré elles-mêmes, en les obligeant à attendre que la nécessité se présente, que le différend ait surgi, que les droits faisant objet du différend aient été bien délimités et que les parties aient été en mesure de choisir comme arbitres des personnes "capables et dignes". Civ. 10 juillet 1843, S.1843.I.561, Concl. Hello, cité par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage - Nature Juridique - Droit Interne et Droit International privé*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias éd. 1965, p. 20 : "On ne trouve pas chez les arbitres les qualités qu'on est assuré de trouver chez les magistrats : la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse de sentiments nécessaires pour rendre des jugements".

<sup>900</sup>

Article 631 du Code de commerce (Loi du 31 décembre 1925).

La nature internationale de l'arbitrage a ensuite justifié la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire mixte (c'est-à-dire conclue entre commerçants et non commerçants)<sup>901</sup>. Finalement, toujours en matière de rapports de droit international privé, la jurisprudence française la plus récente a posé une véritable règle matérielle admettant sa validité<sup>902</sup>.

Un autre exemple de limite visant à exclure explicitement le droit des parties à renoncer à la justice de l'État est posé par l'article 2060 du Code civil français : "*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics [...]*".

Évidemment, les limites au droit de renoncer à la justice étatique par rapport aux questions d'état et de capacité des personnes, au divorce et à la séparation de corps, n'interfèrent pas avec l'arbitrage commercial.

L'interférence est par contre tout à fait possible par rapport à la limite posée à la capacité des personnes morales de droit public de compromettre.

La jurisprudence française a pourtant conclu que cette interdiction n'est qu'une "*prohibition générale, édictée pour des contrats internes*" et non une interdiction "*d'ordre public international*"<sup>903</sup>.

Malgré cela, cette interdiction limitera l'autonomie contractuelle de la personne morale de droit public si le contrat concerné par la convention d'arbitrage suppose

<sup>901</sup>

*Mardèle c. Müller*, Cass. civ., 19 février 1930, *Clunet* 1931.90 ; D.H. 1930.228 ; *Rec. Gaz. Pal.* 1931.I.449 ; S. 1933.I.41 ; *Dambricourt c. Rossart*, Cass. civ., 27 janvier 1931, *Clunet* 1932.93 ; *Gaz. Pal.* 1931.I.448 ; S. 1933.I.41 ; *Cas. Req.*, 4 juin 1934, D.H. 1934.361. Voir E. MEZGER, "L'arbitrage commercial et l'ordre public", (1948) *Rev.tr.dr.comm.* 611-623, p. 615. À propos de l'interprétation de l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile, l'auteur note que "la Cour de cassation [...] s'est bornée à constater que les parties, quel que soit l'objet du contrat, peuvent se soumettre, dans un contrat international, à une loi étrangère reconnaissant la clause compromissoire". Voir aussi l'affaire *Hecht c. Société Buisman's*, précité, note 110.

<sup>902</sup>

*Menicucci c. Mahieux*, Paris, 13 décembre 1975, précité, note 804 : "Si la loi française prohibe la clause compromissoire dans un acte mixte, cette disposition est inapplicable lorsque cet acte revêt le caractère de contrat international. En effet, dans un tel contrat, l'accord compromissoire en matière d'arbitrage international est valable comme présentant une complète autonomie et indépendamment de la référence à toute loi étatique". (Nos italiques). Voir, pourtant, à ce sujet, les problèmes interprétatifs liés à la loi n° 95-96 du 1er février 1995, concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation. Philippe FOUCHARD, "Information - Clauses abusives en matière d'arbitrage", (1995) *Rev. Arb.* 147-149. Voir aussi Y. DERAÏNS, observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2558 en 1976, *op. cit.*, note 806, p. 956.

<sup>903</sup>

*O.N.I.C. c. Capitaine du S.S. San Carlo*, précité, note 752 ; *Trésor public c. Galakis*, précité, note 752. Voir aussi, *Sté Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie et autres*, précité, note 752 ; *Société Gatoil c. National Iranian oil company*, précité, note 382.

l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>904</sup>. Et ce parce que, dans ce cas, selon l'interprétation contenu dans un avis du Conseil d'État français, le rapport "*relève de l'ordre juridique interne français et n'entre dans le champ d'application d'aucune disposition autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire*"<sup>905</sup>.

L'article 2060 du Code civil français doit être alors interprété comme limitant expressément l'autonomie contractuelle de la personne morale française de droit public par rapport à la conclusion de convention d'arbitrage concernant des contrats qui supposent l'accomplissement d'actes de nature administrative<sup>906</sup>.

Cela a pour conséquence que, même lorsque le litige concerne un rapport mettant en cause des intérêts du commerce international (article 1492 du Nouveau Code de procédure civile), l'arbitrabilité pourrait être limitée par les règles impératives internes du droit français.

Pourtant, comme nous l'avons souligné à propos de la loi applicable à l'arbitrabilité *ratione personae*<sup>907</sup>, la question de la capacité de l'État de

<sup>904</sup>

Voir à ce propos, l'arrêt par lequel la Cour d'appel de Rouen (1ère et 2ème ch. civ. réunies) avait décidé, le 13 novembre 1984, que la nature privée des actes accomplis par un État (et qui aurait exclu, d'après la Cour, la possibilité d'invoquer l'immunité de juridiction), doit se déduire d'"un ensemble d'éléments convergents, tirés de la nature économique du contrat, de l'absence de clause exorbitante du droit commun et de l'insertion d'une clause compromissoire" : *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.) c. République de Yougoslavie*, *Rev. Arb.*, précité, note 752.

<sup>905</sup>

Avis de l'Assemblée Générale du Conseil d'État, 6 mars 1986, sur l'affaire *Walt Disney Marne de la Vallée*, précité, note 754, p. 178. Yves GAUDEMET, "L'arbitrage : aspects de droit public - État de la question", (1992) *Rev. Arb.* 241-257, p. 254. L'auteur souligne la conception "très restrictive de l'arbitrage international" retenue par le Conseil d'État dans l'affaire *Disneyland*. Matthieu de BOISSESON, "Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986", (1987) *Rev. Arb.* 3-21. Voir aussi l'arrêt du 2 mars 1966 (J.C.P. 1966. II.14831, note Ancel) par lequel la Cour de Cassation a décidé que le privilège de juridiction reste intact, dans le cas où le marché litigieux comporte des clauses exorbitantes de droit commun, significatives d'une acte d'autorité publique.

<sup>906</sup>

Une exception est possible uniquement si le contrat international revêt un intérêt national. Voir la loi n° 86972 du 19 août 1986, J.O. 22 août 1986, dont l'article 7 permet exceptionnellement la conclusion d'une clause compromissoire dans les contrats qui, en raison de leur nature administrative, ne peuvent pas être définis comme étant des contrats internationaux. Cet article prévoit :

"Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères, pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et à l'interprétation de ces contrats". Cette mesure législative a été rendue nécessaire parce que l'avis du Conseil d'État avait causé un problème très sérieux : il rendait impossible l'arbitrage sur le différend surgissant entre la société *Walt Disney* et l'État français à propos du projet pour la création et l'exploitation, en France, du parc d'attractions *Eurodisneyland*. Il aurait alors purement et simplement entravé la conclusion du contrat.

<sup>907</sup>

Voir *supra*, p. 261 et s.

compromettre *n'est pas considérée comme une question de capacité*, comme telle soumise à sa loi personnelle. Elle est désormais régie par une règle matérielle à but international.

Cette règle est la suivante : lorsque l'État s'est engagé par une convention d'arbitrage, il doit respecter son obligation. Ni la nature du contrat, ni celle des actes à l'origine du différend justifient qu'ils se soustraie à son engagement. La clause d'arbitrage est considérée alors comme une renonciation à l'immunité de juridiction.

Cette règle a été développée par la jurisprudence arbitrale<sup>908</sup> mais elle est reconnue aussi par certaines législations nationales, telle que la législation américaine<sup>909</sup> et la loi suisse<sup>910</sup>. Elle semble avoir aussi été acceptée par la jurisprudence française qui a reconnu que, permettre à une entreprise publique de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire a posteriori à l'arbitrage convenu entre les parties, serait contraire à l'ordre public international<sup>911</sup>.

Évidemment, la possibilité qu'un tribunal (et peut-être même un tribunal français) refuse de reconnaître une clause compromissoire ou une sentence arbitrale en soutenant le défaut de capacité de l'État à conclure la convention d'arbitrage n'est peut pas être écartée *a priori*<sup>912</sup>. Le cas échéant, il faudra alors reconnaître que l'arbitrabilité est en pratique limitée par des règles impératives internes qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international : elle ne coïncidera donc plus avec l'ordre public.

### *Section 2 - Les réserves impératives de compétence.*

Lorsque l'interdiction à renoncer à la justice étatique est posée d'une façon expresse, la tâche de l'interprète est relativement simple : il suffit de déterminer si

<sup>908</sup> Sentence intérimaire C.C.I. rendue en 1975 dans l'affaire n° 2521, précitée, note 737.

<sup>909</sup> 28 U.S.C. sec. 1605 (a) (6).

<sup>910</sup> Article 177, second alinéa de la *Loi fédérale sur le droit international - privé*, édictée le 18 décembre 1987.

<sup>911</sup> *Société Gatoil c. National Iranian Oil Company*, précité, note 382 ; *Ministère tunisien de l'Équipement c. société Bec Frères*, Paris, Ière ch. civ., 24 février 1994, précité, note 758 ; *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Joe Lombardini*, précité, note 758 ; *Boulois c. UNESCO*, Trib. Gr. Inst. de Paris, ord. réq., 20 octobre 1997, précité, note 758.

<sup>912</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 62.

elle se pose d'une façon générale ou si elle ne concerne que l'arbitrage interne. Mais ces types d'interdictions expresses sont très rares.

Par contre, les règles par lesquelles l'État se réserve la compétence sur certaines actions sont beaucoup plus communes. La question se pose d'établir si, et le cas échéant, quand, ces dernières doivent être interprétées comme une interdiction de renoncer à la justice étatique et donc comme une limite à l'arbitrabilité.

En effet, le lien entre réserve de compétence et l'arbitrage est si fort que la question s'est posée de savoir si cette réserve ne parvenait pas à exclure automatiquement la compétence de l'arbitre. Comme l'a souligné M. Ancel, "(s)'agissant de déterminer les limites d'un ordre public juridictionnel, on pourrait être tenté de recourir à un critère lui-même juridictionnel"<sup>913</sup> et interpréter donc l'existence de la réserve comme une interdiction à l'arbitrage.

Pourtant, en raison du fait que les réserves de compétence n'ont pas toutes le même but, ni nécessairement la même nature, ce n'est que dans le cas où l'arbitrage a été spécifiquement et expressément exclu par le législateur que la réserve de compétence peut, a priori, être considérée comme une limite à l'arbitrage<sup>914</sup>. Pour identifier la fonction des réserves de compétence juridictionnelle, nous tiendrons donc compte des différences qui existent entre elles et nous nous arrêterons sur l'examen de quelques cas concrets.

Dans ce but, notons tout d'abord, que la réserve de compétence ne vise pas toujours à attribuer la connaissance de l'action à la juridiction d'un tribunal étatique déterminé (qu'il soit tribunal de droit commun ou tribunal spécial). En effet, elle peut n'avoir pour but que de faire interpréter certaines normes par un tribunal spécial. L'attribution de compétence à la Commission de la concurrence C.E.E. pour l'interprétation de certaines règles du traité de Rome<sup>915</sup> en est un excellent exemple.

Dans les deux prochaines sections, nous examinerons donc les effets des règles attributives de compétence sur l'arbitrage en distinguant les réserves de compétence concernant l'interprétation d'une norme (Section 3), des réserves de compétence concernant la connaissance de l'action (Section 4).

---

<sup>913</sup> P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 7.

<sup>914</sup> P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 226. L'auteur note que "la notion de compétence exclusive [...] est loin d'être significative, au regard de la définition de l'arbitrabilité". Voir aussi V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 140.

<sup>915</sup> Voir par exemple, l'article 9 du Règlement n° 17/62 du 6 février 1962 J.O.C.E., 21 février 1962, n° 13.

*Section 3 - Règle attribuant une compétence impérative pour l'interprétation d'une norme.*

L'idée à la base de ce type de réserve est la suivante : certaines règles sont mieux interprétées par des organes spécifiques, même si leur application au cas pratique reste de la compétence du tribunal de droit commun. C'est une nécessité qui découle d'un besoin d'uniformité dans l'interprétation de règles particulières. Lorsque le besoin d'interpréter une telle règle se fait sentir, la procédure devant le tribunal compétent quant au fond sera suspendue, pour être reprise et conclue sur la base de l'interprétation donnée par le tribunal spécial.

Des exemples de ce type de compétence sont fournis par la compétence exclusive du Conseil Constitutionnel français et de la Cour Constitutionnelle italienne sur les questions concernant la légitimité constitutionnelle d'une loi<sup>916</sup>. Un autre exemple est donné par l'attribution de compétence à la Cour de Justice de la C.E.E.<sup>917</sup>. Cette attribution de compétence est très importante en matière de compétence de l'arbitre au niveau international parce qu'elle touche au droit de la concurrence. En effet, l'article 177 du Traité C.E.E. prévoit :

*"La Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :*

- a) sur l'interprétation du présent traité,*
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté,*
- c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.*

*Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question.*

<sup>916</sup>

En Italie, par exemple, selon l'article 1 de la Loi Constitutionnelle du 9 février 1948, si une question de légitimité constitutionnelle d'une loi ou d'un acte ayant force de loi est relevée d'office, ou si elle est soulevée par une des parties pendant un procès et si elle n'est pas considérée par le juge comme manifestement sans fondement, elle est soumise à la Cour Constitutionnelle.

<sup>917</sup>

Voir Jean ROBERT, note sous l'arrêt *Entreprise Nordsee C. Entreprise Reederei*, Cour de Justice des communautés Européennes, D.S. 1983.II.633, p. 635 : "Le droit communautaire devant trouver son application dans l'ensemble des dix États membres, [...] il convenait au premier chef d'empêcher que les dispositions à la fois nouvelles, particulières, et souvent révolutionnaires qui caractérisaient non seulement les traités, mais ce qui devait s'y surajouter d'arrêtés et de règlements, ne se trouvent recevoir dans ces États membres, à la fois souverains et issus de traditions juridiques souvent très différentes, des interprétations divergentes dans lesquelles le droit communautaire se serait dissous".

*Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice*<sup>918</sup>.

En matière de droit de la concurrence, une réserve spécifique de compétence est établie par l'article 9 du Règlement n° 17/62<sup>919</sup>. Il prévoit :

*"Sous réserve du contrôle de la décision par la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 85, paragraphe 3 du traité".*

Pour établir l'effet de ces règles sur la compétence arbitrale, il nous semble utile de rappeler ici ce que nous avons déjà souligné en examinant la loi applicable par l'arbitre à l'arbitrabilité<sup>920</sup>.

— L'arbitre n'est pas lié par les règles d'un système déterminé en qualité de représentant et défenseur de ses intérêts particuliers.

— La notion de *lex fori* n'existe pas pour l'arbitre ; parallèlement, il ne connaît pas non plus la notion de loi étrangère.

— Cette liberté de l'arbitre (inconnue des tribunaux étatiques) est cependant limitée d'une part, par la volonté des parties et, d'autre part, par leur intérêt à recevoir une sentence susceptible d'être exécutée.

En considération précisément du devoir de l'arbitre de tout faire pour rendre une sentence susceptible d'exécution, la première question qui se pose est de savoir si l'arbitre doit *tenir compte* des réserves de compétence des articles 177 du Traité C.E.E. et 9 du Règlement n° 17/62. La réponse est évidemment affirmative. *L'arbitre ne peut pas interpréter les règles réservées à la compétence exclusive* de la Cour de Justice et de la Commission<sup>921</sup>. Mais, l'incompétence de l'arbitre dans

---

918

(Nos emphases).

919

Règlement n° 17/62 du 6 février 1962 (J.O.C.E. 21 fév. 1962, n° 13), *précité*, note 915.

920

Voir *supra*, p. 292.

921

Dans ce sens, *Société Aplix c. sté Velcro*, Paris, 1ère ch. civ., 14 octobre 1993, *Rev. Arb.* 1994.164, note Jarrosson : "[L]a compétence exclusive parfois reconnue aux autorités communautaires telles que la Commission, est une limite à l'applicabilité par l'arbitre de la règle communautaire". Mais voir la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1397 de 1966, *Clunet* 1974.878. Cette décision a pourtant été critiquée par Yves DERAÏNS, dans ses observations (*Clunet*

*l'interprétation des normes* applicables entraîne-t-elle automatiquement son incompétence pour *connaître de l'action* ?

Notons que la seule préoccupation de la Cour de justice est l'interprétation uniforme du Traité. En matière de droit de la concurrence, cette uniformité d'interprétation implique la cohérence dans l'examen de l'impact de l'application des règles concernées sur la réalité européenne. Pour le reste (c'est-à-dire en ce qui touche à la détermination des *conséquences civiles* découlant de l'application d'une des règles dont la compétence est réservée à la Commission), peu importe que, concrètement, *l'application* des règles mêmes soit effectuée, sur la base de l'interprétation de la Cour de justice, par l'arbitre ou par le tribunal étatique<sup>922</sup>.

Par conséquent, en théorie, la compétence exclusive de la Cour ne devrait pas *nécessairement* empêcher l'arbitrage.

Pourtant, il existe en pratique un obstacle assez important à cette conclusion : l'arbitre n'a pas le pouvoir de saisir directement la Cour de justice en vertu de l'alinéa 2 de l'article 177 pour demander l'interprétation des règles qu'il devrait appliquer.

Cette absence de pouvoir pourra alors entraîner un cas d'*inarbitrabilité incidente*.

Notons que la possibilité d'assimiler l'arbitre au tribunal étatique fut longtemps discutée en doctrine<sup>923</sup>.

---

1974.882-884, p. 884). L'auteur, qui ne partage pas l'idée que l'arbitre ne soit pas lié par la compétence exclusive de la Commission, a considéré que la conclusion de l'arbitre était controversée.

<sup>922</sup> *Société Aplex c. société Velcro*, précité, note 921. Voir aussi *Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace*, précité, note 860. La Cour s'exprime comme suit : "Considérant que si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de l'ordre public pouvant être directement appliqué aux relations des parties en cause".

<sup>923</sup> G. van HECKE, "Arbitrage et restrictions de la concurrence", (1973) *Rev. Arb.* 3-16, p. 11 ; Xavier de MELLO, "Arbitrage et droit communautaire", (1982) *Rev. Arb.* 349-403, p. 381.

La question de savoir si l'arbitre a le pouvoir de saisir l'organe compétent pour interpréter le droit de la concurrence s'est aussi posée en droit français, en raison de l'article 18 alinéa 1 de la loi du 19 juillet 1977. Cet article prévoit que les juridictions civiles, commerciales et administratives peuvent demander à la Commission de la concurrence un avis "sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies". Voir Jean-Bernard BLAISE, note sous l'arrêt *Sté Dauphin O.T.A. c. Sté Decaux Paris Publicité Adribus*, (Paris, 22 mai 1980 ; Cass. com., 21 octobre 1981, *Rev. Arb.* 1982.264), *Rev. Arb.* 1982.275-282, p. 281 : d'après cet auteur, ce texte législatif exclut le pouvoir des arbitres de saisir la Commission pour l'interprétation des articles 50 et 51 de l'Ordonnance 1483 de 1945. L'auteur note (à la page 282), que "l'évolution législative devrait conduire, semble-t-il, à confier à la Commission de la concurrence, érigée en organe juridictionnel, la connaissance exclusive des questions de validité des ententes et des pratiques d'une entreprise en position dominante. Il resterait à l'arbitrage de statuer sur les conséquences civiles, en particulier

Désormais, suite à un arrêt rendu par la Cour de Justice en 1982, l'assimilation de l'arbitre au juge étatique inférieur est exclue<sup>924</sup>.

Selon la Cour de Justice, il demeure cependant possible que, dans l'accomplissement d'une *activité d'assistance* au tribunal arbitral (donc, dans la phase préliminaire) ou dans une *activité de contrôle* (dans la phase finale de contrôle sur la sentence arbitrale), les tribunaux étatiques saisissent la Cour même en vertu de l'article 177 du traité<sup>925</sup>.

Le pouvoir de saisir, même indirectement, la Cour de justice dans la phase préliminaire met l'arbitre dans la même position que le juge étatique. Une fois qu'il a obtenu l'interprétation des règles qu'il considère applicables, rien ne s'oppose en principe à sa compétence quant à la décision au fond.

Mais si le tribunal étatique refuse de l'assister ? Peut-on encore reconnaître la compétence de l'arbitre en soutenant que le renvoi peut être déplacé au moment de la procédure d'*exequatur* ou de l'annulation de la sentence ?

Cette solution nous semble discutable.

Il est vrai que la possibilité que le renvoi préjudiciel soit demandé dans la phase de contrôle sur la sentence arbitrale a été expressément admise par la Cour de Justice<sup>926</sup>.

Mais celle d'obtenir l'interprétation de la règle applicable après que toute la procédure arbitrale se soit déroulée (en sachant donc, dès le départ, que la

l'allocation des dommages et intérêts, des accords et des pratiques qui auraient été examinées par la juridiction spécialisée". *Contra*, Jean-Hubert MOITRY, "Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *Lex mercatoria*?", (1989) *Rev. Arb.* 3-42, p. 12.

<sup>924</sup>

*Entreprise Nordsee c. Entreprise Reederei*, Cour de justice de Communautés Européennes, 23 mars 1982, D.S. 1982.II.633, note Robert. Le pouvoir de saisir directement la Cour de justice a par contre été reconnu à l'arbitre dans le cas d'arbitrage obligatoire administré par un collège arbitral institué par voie réglementaire. Ce collège était donc considéré comme une institution judiciaire spécialisée. Cour de justice, 30 juin 1965, affaire 61/65. G. van HECKE, "Arbitrage et restrictions de la concurrence", *op. cit.*, note 923, p. 11 ; J. BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 28, p. 118. Bernard HANOTIAU, "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", dans CEPANI, *L'arbitrage et le droit européen*, *op. cit.*, note 302, 31-64, p. 51 et s. ; Johan ERAUW, "Reference By Arbitrators To The European Court of Justice For Preliminary Rulings", dans CEPANI, *L'arbitrage et le droit européen*, *op. cit.*, note 302, 101-140, p. 114 et s.

<sup>925</sup>

Cependant, comme le souligne la Cour : "Il appartient à ces juridictions nationales de vérifier si elles doivent saisir la Cour de justice des Communautés en application de l'article 177 du traité de Rome, pour obtenir l'interprétation ou l'appréciation de validité des dispositions du droit communautaire qu'elles peuvent être amenées à appliquer dans l'exercice de ces fonctions d'assistance ou de contrôle".

<sup>926</sup>

*Entreprise Nordsee c. Entreprise Reederei*, précité, note 924.

reconnaissance de la sentence dépend d'un jugement qui ne sera rendu qu'après elle) ne nous semble pas une solution qui pourrait s'inscrire dans l'intérêt des parties.

En conclusion, il revient alors à l'arbitre de décider si, dans chaque espèce, il est en mesure de remplir sa mission et de rendre une sentence susceptible d'exécution.

*Section 4 - Règle attribuant une compétence impérative pour la décision quant au fond.*

Un exemple évident de l'effet que produit une règle d'attribution de compétence exclusive et impérative sur l'arbitrage est donné par l'article 5 du *Concordat suisse sur l'arbitrage*. D'après cet article, peut être soumis à l'arbitrage, en matière d'arbitrage interne, "tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la *compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi*"<sup>927</sup>.

Si l'on part de la prémisse selon laquelle une attribution impérative de compétence limite la disposition du droit de renoncer à la justice étatique, on aboutit donc à considérer l'attribution impérative de compétence comme une limite à l'arbitrage<sup>928</sup>.

Pourtant, d'après certains auteurs, le fait que les matières qui font l'objet d'une attribution impérative de compétence soient très diverses, rend cette conclusion "très contestable"<sup>929</sup>.

<sup>927</sup>

(*Nos italiques*). Cet article régissait, avant la réforme du 1988, aussi bien l'arbitrage interne que l'arbitrage international.

Actuellement, l'arbitrabilité en matière internationale est régie par la règle matérielle posée par l'article 177 alinéa 1 qui déclare arbitrale "toute cause qui est de nature patrimoniale". Voir *supra*, p. 290.

Sur les réserves de compétence aux tribunaux suisses et leurs effets sur l'arbitrage international, voir A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, *op. cit.*, note 571, p. 40.

<sup>928</sup>

J. BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 28, p. 110.

<sup>929</sup>

P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 7. Voir aussi Marie-Ange MOREAU-BOURLES, note sous les arrêts *Sté H.c. Charles de T.* (C. Cass., ch. soc., 5 novembre 1984) et *Sté Ceramiche Ragno c. Chauzy*, (C. Cass., ch. soc., 12 février 1985), *Rev. Arb* 1986.49-56, p. 56. L'auteur souligne la différence entre le but des clauses attributives de juridiction et les clauses d'arbitrage. Cette différence "justifie déjà un régime différencié en matière internationale puisque la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, exclut de son domaine d'application les clauses d'arbitrage (article 1, par. 4) alors qu'elle régit les clauses attributives de juridiction". *Contra* J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial*, *op. cit.*, note 768, p. 56 et s.

Dans certaines circonstances, le lien entre incompétence arbitrale et réserve de compétence est évident : il s'agit des cas dans lesquels l'attribution de *compétence est exclusive et impérative en raison de la nature de l'action*.

Ainsi, lorsque l'action vise à obtenir la reconnaissance d'une situation qui découle d'un *acte que seul l'État peut accomplir dans l'exercice de sa souveraineté*, il est évident que l'arbitre ne pourra pas remplacer la puissance publique. Ces situations sont *soustraites à la volonté des parties*, à la fois dans leur création et dans leurs effets<sup>930</sup>. Ainsi, même à défaut d'une interdiction expresse, on n'aura pas de difficulté à comprendre, par exemple, que les questions d'état et de capacité des personnes et celles relatives à la constitution de la famille ou encore, les litiges concernant l'exigibilité ou la détermination d'un impôt<sup>931</sup>, ne peuvent être réglées par voie d'arbitrage<sup>932</sup>.

Les arbitres sont eux aussi conscients du fait que la reconnaissance de leur compétence dans l'application des règles impératives ne signifie pas qu'ils puissent interpréter ou appliquer n'importe quelle loi. Ainsi par exemple, dans une décision rendue dans un arbitrage C.C.I. en 1992<sup>933</sup>, l'arbitre s'est déclaré incompétent pour décider de la question de la constitutionnalité d'une loi américaine.

---

<sup>930</sup>

Notons que les *situations soustraites à la volonté des parties* parce qu'elles découlent d'un acte qui peut être accompli seulement par l'État ont été qualifiées par la doctrine de "*situations juridiques objectives*". Cette expression, utilisée pour la première fois par M. le Doyen ROUBIER, (*Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 9 et s ; p. 61 et s.) a été reprise par la doctrine subséquente. Voir J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage - Nature juridique*, *op. cit.*, note 899, p. 58 ; P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 8.

<sup>931</sup>

Sur les rapports entre le droit fiscal et l'arbitrage commercial, voir Jean-Pierre LE GALL, "Fiscalité et arbitrage", (1994) *Rev. Ar.*, 3-38 et 253-277.

<sup>932</sup>

*Idem*. En ce qui concerne l'application d'un traité, voir *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.) c. République de Yougoslavie*, Rouen, 1ère et 2ème ch. réunies, 13 novembre 1984, *précité*, note 752.

<sup>933</sup>

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire 6320 de 1992, *précité*, note 379. Dans ce cas, la partie défendresse s'opposait à l'application de la loi RICO dans la résolution du litige, en soutenant, entre autre, son inconstitutionnalité. Mais l'arbitre refuse de se prononcer sur cette question et souligne que l'application de la loi RICO dépend uniquement de ce que les conditions pour son application sont remplies et de la non-contrariété de cette loi à l'ordre public transnational. Quant à l'examen de sa constitutionnalité, le tribunal s'exprime ainsi : "[E]n décidant qu'une loi promulguée dans un État souverain est inconstitutionnelle et en refusant de l'appliquer pour ce motif, le tribunal nierait la validité et les effets d'une partie du droit de cet État, alors qu'elle est encore en vigueur dans le territoire de cet État et qu'elle n'a pas été déclarée inconstitutionnelle par les tribunaux compétents. De l'avis du tribunal il est tout à fait vraisemblable qu'il ne possède pas et ne peut exercer un tel pouvoir extraordinaire [...]". Voir D.H., Observations sous la même sentence C.C.I., (*Clunet* 1995.990-993), où l'auteur note que cette solution est logique parce que la question de la constitutionnalité d'une loi touche directement à l'organisation politique d'un État ; par elle, on remet en discussion les fonctionnements des institutions. Elle ne peut donc pas être décidée par un tribunal privé.

Par contre, la doctrine française est hostile à l'idée de formuler une règle générale dans ce sens lorsqu'il s'agit d'une attribution de compétence visant des *actions concernant des situations qui trouvent leur source dans un acte privé*<sup>934</sup>.

Selon M. Ancel, les difficultés résultent du but de l'attribution de compétence. Après avoir souligné l'importance de la distinction entre *compétence exclusive*<sup>935</sup> et *compétence impérative*, il note que seule la *compétence exclusive et impérative* pourrait éventuellement exclure l'arbitrage<sup>936</sup>. D'après cet auteur, si la *compétence exclusive* ne suffit pas à exclure l'arbitrage, la notion de *compétence impérative* ne constituerait pas non plus un critère satisfaisant pour exclure la juridiction arbitrale.

M. Ancel part de la prémisse selon laquelle la raison d'être d'une règle attributive de compétence impérative est de désigner les tribunaux les plus appropriés "*parmi les juridictions étatiques*". Le but de cette règle étant donc simplement celui de préciser la division du travail, elle ne pourra pas être utilisée pour écarter la compétence des arbitres parce que, "*en recourant à l'arbitrage [les parties] n'entendent pas désigner telle ou telle juridiction, elles choisissent un autre mode de règlement des litige*"<sup>937</sup>. L'auteur souligne aussi qu'effectivement, dans *certain cas*, l'existence d'une compétence impérative ne constitue pas un obstacle à l'arbitrage<sup>938</sup> : il revient donc au tribunal d'établir, dans chaque cas, si la raison d'être de la règle attributive de compétence impérative est tout simplement celle de

---

934

H. MOTULSKY, note sous l'arrêt *Sté "Le Provençal" c. Lambert*, J.C.P. 1958.II.10777, (et dans H. MOTULSKY, *Écrits - Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 848, 184). Par opposition aux *situations juridiques objectives*, la doctrine a défini les situations qui concernent les droits dont la création et l'exercice dépendent de la volonté des parties comme étant des "*situations juridiques subjectives*". Voir J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage - Nature juridique*, *op. cit.*, note 899, p. 58. L'auteure fait une distinction parmi ces dernières entre, celles qui dépendent de la volonté privée "à la fois dans leur création et dans leurs effets" dont l'arbitrabilité n'est pas en principe mise en doute, des situations qui dépendent de la volonté privée dans leur création et de la loi dans leurs effets". D'après l'auteure [mais, il nous semble important de souligner que l'on fait référence à un écrit de 1965], ces dernières "paraissent devoir être soustraites à l'arbitrage".

935

P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 7 : "(L)a notion de compétence exclusive implique seulement qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel "le juge de l'action est le juge de l'exception" ; il en résulte que le tribunal saisi d'un litige dont la solution dépend d'une décision relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction doit se dessaisir jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué".

936

*Idem.*

937

*Idem.*

938

*Idem.*

préciser la division du travail entre tribunaux étatiques ou plutôt d'écarter la compétence de toute autre juridiction, étatique ou non.

La même opinion est exprimée par M. Motulski<sup>939</sup> : *"l'interdiction de l'arbitrage ne résulte pas de la seule existence d'une attribution impérative de compétence : elle ne doit être admise que dans le cas où cette attribution traduit l'idée que le règlement du différend par la voie arbitrale apparaîtrait, en soi, comme contraire à l'ordre public"*<sup>940</sup>.

La doctrine française semble alors donc opposée à l'idée de créer une règle générale excluant *en principe* l'arbitrage sur la base d'une réserve de compétence impérative et exclusive.

L'examen des réserves de compétence impératives dans le domaine de l'arbitrage commercial international ne nous permet pourtant pas de partager cette conclusion.

Il est vrai qu'il existe en droit français au moins une réserve de compétence impérative et exclusive *qui n'a pas* pour effet d'exclure l'arbitrage. C'est précisément celle sur laquelle se fonde la doctrine pour soutenir ses conclusions. Il s'agit de la réserve de compétence posée par l'article L615-17 du *Code de la propriété intellectuelle*, qui réserve au tribunal de grande instance *l'ensemble du contentieux* en matière de brevets d'invention<sup>941</sup>. Mais il faut être prudent et souligner qu'elle n'exclut pas complètement l'arbitrage puisque le troisième alinéa du même article prévoit que *"[l]es dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060"*<sup>942</sup>.

<sup>939</sup> H. MOTULSKY, Note sous *Sté "Le Provençal" c. Lambert*, *op. cit.*, note 934.

<sup>940</sup> Voir aussi la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2558 de 1976, *Clunet* 1977.951, obs. Derains.

<sup>941</sup> Cette règle a été posée par l'article 68 de la loi du 2 janvier 1968.

<sup>942</sup> Cet alinéa a été introduit par la loi du 3 juillet 1978. Pour un examen de la situation antérieure à la réforme de 1978, voir A. FRANÇON, "L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence", (1975) *Rev. Arb.* 143-153. Voir aussi Bruno OPPETIT, "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978", (1979) *Rev. Arb.* 83-94, p. 83. Voir P. ANCEL, "Arbitrage - Convention d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 16. L'auteur note que la jurisprudence antérieure liait "de manière contestable attribution légale de compétence et exclusion de l'arbitrage [...] en matière de brevets".

La compétence impérative posée au premier alinéa ne suffit donc pas à écarter l'arbitrage si la *question* posée à l'arbitre ne concerne pas l'ordre public<sup>943</sup> ou si elle ne porte pas sur des droits qui ne rentrent pas dans la libre disposition des parties.

Puisque *seuls certains litiges* en matière de brevets concernent l'ordre public, il existent donc des questions qui *peuvent* être soumises à l'arbitre. Ces même questions, si les parties ont choisi la justice publique, *doivent* être portées devant le tribunal de grande instance.

Mais il nous ne semble pas qu'on puisse tirer de ce qui précède la conclusion, *qu'en principe*, une réserve de compétence impérative n'exclut pas l'arbitrage. Au contraire, le troisième alinéa de cet article semble indiquer qu'il est nécessaire que le législateur *permette expressément l'arbitrage* s'il veut éviter que la réserve s'applique indistinctement aux questions qui intéressent l'ordre public et aux questions qui ne le concernent pas.

Il nous semble alors, *qu'en principe*, lorsqu'une réserve de compétence est *impérative et exclusive*, qu'elle le soit suivant sa nature ou parce qu'elle a été posée comme telle par le législateur, elle devrait, en principe, s'opposer à l'arbitrage.

Aux États-Unis, on est allé plus loin de la doctrine française : le tribunal étatique ne peut même pas interpréter la volonté du législateur pour déterminer si la réserve de compétence impérative et exclusive interdit l'arbitrage.

À moins que l'arbitrage ne soit interdit expressément par le législateur lui-même, le litige pourra être renvoyé à l'arbitre. L'arrêt *Sherk*<sup>944</sup> avait déjà établi la compétence de l'arbitre dans le domaine des rapports de droit international privé, pour statuer sur des différends concernant l'application du *Securities Exchange Act* de 1934, malgré une attribution de compétence exclusive aux tribunaux fédéraux<sup>945</sup>. Par la suite, la jurisprudence a posé le même principe en matière de droit interne de l'arbitrage<sup>946</sup>. Dorénavant, l'arrêt *Mitsubishi* semble admettre que la compétence

<sup>943</sup>

*Société Deko c. G. Dingler et sté Meva*, Paris, 1ère ch. civ., 24 mars 1994, *Rev. Arb.* 1994.515, note Jarrosson.

<sup>944</sup>

*Sherk v. Alberto Culver Co.*, précité, note 78.

<sup>945</sup>

15 U.S.C § 78a. *Sherk v. Alberto Culver Co*, précité, note 78, p. 514.

<sup>946</sup>

*Shearson/American Express, Inc. et al. v. McMahon*, 788 F. 2d 94 (2nd Cir. 1987) ; 107 S.Ct. 2332 (1987) ; (1988) XIII *Yearbook*, 165. Voir, Michael F. HOELLERING, "Shearson/American Express v. McMahon : Broadened Domain of Arbitration in U.S.A", (1987) 4 *J.Int'l Arb.* 153-156 ; *Rodriguez de Qujias v. Shearson Am. Express*, 104 L. Ed. 2d 526 (1989) ; *Rev. Arb.* 1989.735, note Carbonneau.

arbitrale ne sera exclue, dans le domaine du droit international privé, que si le législateur l'a prévu de façon expresse :

*"We do not quarrel with the Court of Appeals' conclusion that Art. II (1) of the Convention, which requires the recognition of agreements to arbitrate that involve 'subject matter capable of settlement by arbitration', contemplates exceptions to arbitrability grounded in domestic law [...]. In acceding to the Convention the Senate restricted its applicability to commercial matters, in accord with Art. I(3) [...] Yet in implementing the Convention by amendment to the Federal Arbitration Act, Congress did not specify any matters it intended to exclude from its scope. [...] The utility of the Convention in promoting the process of international commercial arbitration depends upon the willingness of national courts to let go of matters they would normally think of as their own. Doubtless, Congress may specify categories of claims it wishes to reserve for decision by our own courts without contravening this Nation's obligations under the Convention. But we decline to subvert the spirit of the United States' accession to the Convention by recognizing subject-matter exceptions where Congress has not expressly directed the courts to do so"<sup>947</sup>.*

Le tribunal n'a pas le pouvoir de rechercher la volonté du législateur pour établir si, dans le cas d'espèce, la réserve de compétence exclut l'arbitrage ; il faut que cette volonté législative ait été manifestée *expressément*.

Notons pourtant que la jurisprudence américaine a spécifié que la convention d'arbitrage constitue une renonciation à la justice ordinaire de l'État et non pas à la justice administrative. Ainsi, dans l'affaire *Farrel Corporation v. United States International Trade Commission and Pomini*<sup>948</sup>, la Cour d'appel, après avoir souligné que, lorsqu'il s'agit d'établir l'effet d'une convention d'arbitrage, il est important de distinguer la juridiction des tribunaux ordinaires de celle des tribunaux

<sup>947</sup>

(*Nos emphases*). *Mitsubishi*, 105 S.Ct. 3346, *précité*, note 396, p. 3360. D'après la Cour, l'intention contraire du législateur résulte du fait que l'interdiction en matière antitrust ne découlait pas de la nature de la *matière* mais niait plutôt directement la validité de la clause compromissoire. *Ibid*, p. 3357. (Voir *infra*, p. 369 et s., à propos de l'importance de *Mitsubishi* en matière de reconnaissance de la validité de la clause compromissoire). La volonté qu'il faut prendre en considération pour déterminer quelles sont les hypothèses rentrant dans le champ d'application de la Convention de New York est celle du Congrès américain ; celle du législateur de l'État ne suffit pas. La loi portoricaine était en effet suffisamment claire. Voir, P.R. Laws Ann., Tit 10, § 278b-2 (Supp. 1983) qui prévoit la nullité de "(a)ny stipulation that obligates a dealer to adjust, arbitrate or litigate any controversy that comes up regarding his dealer's contract outside of Puerto Rico, or under foreign law or rule of law".

<sup>948</sup>

Voir *Farrel Corporation v. United States International Trade Commission and Pomini Farrel, S.p.a. et Pomini, Inc.*, 949 F.2d 1147.

administratifs<sup>949</sup>, a décidé que la convention d'arbitrage constitue "*a waiver of the right of access only to the judicial and not to administrative forum*".

Examinerons maintenant plus en détails, les réserves de compétence susceptibles de limiter la compétence de l'arbitre dans le domaine des rapports commerciaux internationaux.

Notre étude sera divisée en partant de la prémisse qu'il existe certains actes que seul l'État dans l'exercice de sa souveraineté peut accomplir (par exemple, une déclaration de divorce). De cette prémisse découle que, lorsque la situation litigieuse trouve sa source dans ce type d'acte, l'action qui vise à sa reconnaissance ne peut qu'être réservée à l'État. C'est la *nature même de l'action* qui impose qu'elle soit réservée exclusivement au tribunal public.

Nous examinerons d'abord les réserves de compétence en matière de situations litigieuses qui trouvent leur origine dans *un acte que seul l'État peut accomplir* (Par. 1). Nous étudierons ensuite (Par. 2), les réserves de compétence en matière de situations litigieuses qui trouvent leur origine dans un acte privé.

#### Par. 1 - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses trouvant leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir.

Dans le domaine du droit commercial international, les différends qui concernent la reconnaissance d'une situation "soustraite au jeu de la volonté individuelle"<sup>950</sup>, sont ceux qui ont trait à la propriété industrielle et aux procédures collectives.

Nous examinerons comment le lien entre l'acte souverain de l'État et le différend en empêche l'arbitrabilité.

#### A - Arbitrabilité en matière de propriété industrielle.

*"Les droits de brevet d'invention font l'objet de titres délivrés par l'État dans l'exercice de sa souveraineté"*<sup>951</sup>.

949

La Cour s'appuie à ce propos sur l'arrêt *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane*, 500 U.S. 20, 111 S. Ct. 1647, 114 L. Ed. 2d 26 (1991).

950

P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 8.

951

Berthold GOLDMAN, "Arbitrage commercial international - Convention d'arbitrage - Formation - Objet - Arbitrabilité", *J.Cl. Proc. civ.*, Fasc. 1058, *op. cit.*, p. 19.

Étant donné que les nombreux avantages de l'arbitrage (tels, la confidentialité, la rapidité et la compétence technique) sont particulièrement appréciés par les parties à ce type de contrats, la question se pose de savoir si l'intérêt public qui imprègne la matière ne s'oppose pas à ce que les parties résolvent leurs litiges en privé.

On comprend donc pourquoi l'arbitrabilité de différends surgissant de contrats de transfert de propriété industrielle (brevets, *know how*, marques de fabrique et de commerce) a fait l'objet de plusieurs études et discussions.

La question de la compétence de l'arbitre par rapport à ce type de différends peut être examinée de deux points de vue.

Premièrement, du point de vue de l'intérêt public qui inspire toute la législation dans ce domaine. Par elle, l'État vise à la protection des droits du détenteur de la propriété industrielle. Son but principal reste cependant celui de la protection des intérêts des consommateurs<sup>952</sup>.

Un aspect important de l'intérêt public dans ce domaine est celui de la connexion possible entre les actes de disposition des marques et brevets et la législation antitrust. De ce point de vue, l'arbitrage pourra évidemment être limité en raison des liens entre ordre public et droit litigieux.

Mais, nous l'avons constaté, le principe de la reconnaissance de la compétence de l'arbitre pour appliquer des règles d'ordre public (y compris celles de la réglementation de la concurrence) est désormais bien établi par la jurisprudence française et américaine. Cette reconnaissance semble indiquer qu'en principe, le fait que les droits litigieux soient soumis à une réglementation impérative ne fait pas obstacle à l'arbitrage. Les exceptions qui existent ne touchent pas à la compétence de l'arbitre à résoudre les différends concernant l'exécution des contrats de disposition de la propriété industrielle (vente, cession ou licence). Cette compétence dans ce domaine est désormais admise par la pratique internationale autant arbitrale qu'étatique<sup>953</sup>.

---

<sup>952</sup>

En matière de marques, par exemple, l'intérêt du consommateur réside dans son attente légitime qu'une certaine marque indique une origine connue de production des biens. Vito MANGINI, "Il marchio e gli altri segni distintivi", dans Francesco GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. V, Padova, Cedam Editore, 1982, 1-380, p. 15 et s.

<sup>953</sup>

Yves DERAÏNS, "L'expérience de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle", (1977) *Rev. Arb.* 40-60 ; B. GOLDMAN, "Arbitrage commercial international - Convention d'arbitrage - Formation - Objet - Arbitrabilité", *op. cit.*, note 951, p 19-20 ; W.C. GRAHAM, "The Internationalisation of Commercial Arbitration Law in Canada : A Preliminary Reaction", *op. cit.*, note 147, p. 26 ; J. ROBERT, *Arbitrage civil et commercial*, *op. cit.*, note 768, p. 59.

Le second point de vue concerne la *nature et les effets de l'acte*<sup>954</sup> reconnaissant la validité de la marque ou du brevet, objet du litige. C'est précisément en examinant ce second aspect du problème que l'on rencontre les obstacles à la compétence arbitrale<sup>955</sup>.

L'État reconnaît l'existence et/ou la validité d'une marque ou d'un brevet après avoir vérifié l'existence et/ou la permanence de certaines conditions (par exemple, nouveauté, originalité, licéité)<sup>956</sup>. Lorsque ces conditions n'existent pas (ou n'existent plus), la marque ou le brevet perd sa validité. Si rien ne s'oppose à ce qu'un tiers privé puisse effectuer le contrôle sur l'existence des conditions de validité susdites, une déclaration de nullité efficace *erga omnes* ne pourra cependant être rendue que par l'État. Or, parce que l'arbitrage a une nature privée, les effets de la décision arbitrale ne peuvent qu'être imposés qu'aux parties qui ont choisi de s'y soumettre. La valeur juridique de la sentence arbitrale est nécessairement limitée par la nature même de l'institution.

Si l'on admet qu'aucune sentence arbitrale ne pourra lier des parties autres que celles qui se sont soumises à l'arbitrage, tout différend concernant, même indirectement, la *validité* des marques et des brevets ne pourra être soumis à l'arbitrage que si la loi reconnaît la possibilité d'une déclaration d'invalidité de la marque ou du brevet ayant efficacité *inter partes*<sup>957</sup>. À la différence d'une déclaration ayant valeur absolue, cette dernière ne parviendra pas à annuler la marque ou le brevet, mais seulement à nier leurs effets par rapport aux parties en cause (et, évidemment, par rapport à leurs ayants droit).

La loi française 78-742 du 13 juillet 1978 nous en fournit un exemple. Son article 50 édicte que "*la décision d'annulation d'un brevet d'invention a un effet absolu sous réserve de la tierce opposition*". Le droit français n'admet pas qu'une autre décision ayant une valeur limitée aux parties en cause puisse coexister avec (ou

<sup>954</sup>

Il s'agit d'un acte de concession de nature constitutive. Voir V. MANGINI, "Il marchio e gli altri segni distintivi", *op. cit.*, note 952, p. 202.

<sup>955</sup>

William GRANTHAM, "The Arbitrability of International Intellectual Disputes", (1996) *Berkeley J. Int'l L.* 173-221, p. 184.

<sup>956</sup>

*Ibid.*, p. 147. Voir aussi STIKEMAN & ELLIOT, *Doing Business in Canada*, New York, Matthew Bender éd, 1985, § 11.02.

<sup>957</sup>

*S.A. Monotype c. S.A.R.L. France Phologramme*, Cass. com., 23 avril 1974, *Rev. Arb.* 1975.161. Plus récemment, *Société Deko c. G. Dingler et société Meva*, précité, note 943. Voir aussi la sentence partielle C.C.I. rendue en 1991 dans l'affaire n° 6709, précitée, note 73.

exister indépendamment de) la décision rendue par l'État ayant une valeur absolue. Une décision *inter partes* sur la validité d'un brevet sera donc contraire à l'ordre public et, pour cette raison, la question qui touche, même indirectement, à la validité d'un brevet sera exclue de l'arbitrage : elle rentrera dans la compétence exclusive du tribunal de grande instance comme le prévoit l'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle sur lequel nous nous sommes arrêtés auparavant<sup>958</sup>.

Seront au contraire arbitrables, parce qu'ils rentrent dans l'exception prévue par le troisième alinéa du même article<sup>959</sup>, les litiges en matière de brevets qui n'ont pas "un lien suffisamment étroit avec les principes fondamentaux de l'organisation sociale ou politique d'un État" tel qu'il impose qu'ils soient résolus par le tribunal public.

L'arbitre pourra alors trancher les contestations naissant des contrats de cession et de licence.

Aux États-Unis non plus, les différends concernant la validité des brevets n'étaient auparavant pas considérés comme rentrant dans le domaine de l'arbitrage. Qualifiée par la jurisprudence de "non-commerciale"<sup>960</sup>, cette matière était

<sup>958</sup>

Georges BONET et Charles JARROSSON, "L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", dans *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Publications de l'Institut de Recherche en propriété Intellectuelle Henry-Desbois, Paris, Librairies techniques, 1994, 61-91, p. 66 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 82 et s. ; M.W. GRANTHAM, "The Arbitrability of International Intellectual Disputes", *op. cit.*, note 955, p. 206, où l'auteur note que "arbitrability is likely to be denied in disputes over the validity of registered intellectual property grants". On pourra noter pourtant que la doctrine française n'est pas unanime quant aux effets de cette réserve de compétence sur la compétence de l'arbitre par rapport au différend concernant la validité des brevets. Ainsi, M. Ancel, (P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 17) note par exemple, que contrairement à la plupart des auteurs qui tendent à exclure l'arbitrage sur la base de l'impossibilité que la décision d'un arbitre ait des effets envers les tiers, M. Robert soutient la possibilité d'une décision qui touche à la question de la validité d'une façon indirecte. L'arbitre pourra donc, d'après cet auteur, considérer la question de la validité du brevet afin de juger sur sa propre compétence. Une constatation d'invalidité mènerait au dessaisissement alors que la constatation de la validité du brevet, lui, permettrait de juger sur le fond. La tendance des arbitres est de toute façon empreinte de prudence. Elle refuse la compétence sur les litiges concernant la nullité, la déchéance et la propriété des brevets. Voir, par exemple, la sentence partielle C.C.I. de 1991 rendue dans l'affaire n° 6709, *précitée*, note 73.

<sup>959</sup>

"Les dispositions qui précèdent ne font pas d'obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil".

<sup>960</sup>

*Zip Mfg Co. v. Pep Mfg Co.*, 44 F. 2d 184 (D. Del. 1930). Voir Christine LÉCUYER-THIEFFRY, "Un nouveau domaine pour l'arbitrage aux États-Unis : la validité et la contrefaçon des brevets", (1985) *Rev. Arb.* 405-413, p. 407.

considérée comme étant "*inherently unsuited*" à être réglée par voie d'arbitrage<sup>961</sup>. En plus, comme en France, aux États-Unis, l'arbitrage était interdit à cause de l'impossibilité d'obtenir une décision arbitrale efficace *erga omnes* sur la validité du brevet.

La compétence arbitrale dans ce domaine a néanmoins été législativement admise en 1983<sup>962</sup>. Le paragraphe (a) de la Section 294 du Patent Act ("Voluntary arbitration") prévoit :

*"(a) A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any disputes relating to patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such a provision, the parties to an existing patent validity or infringement disputes may agree in writing to settle such dispute by arbitration. Any such provision or agreement shall be valid, irrevocable, and enforceable, except for any grounds that exist at law or in equity for revocation of a contract"*.

La possibilité d'obtenir une décision *inter partes* sur la validité du brevet même a été établie par le paragraphe (c) de la même section. Ce dernier régit également les rapports entre la sentence arbitrale et l'éventuelle décision étatique portant sur la même question :

---

<sup>961</sup>

*Lear Inc. v. Adkins*, 395 U.S. 653 (1969) ; *Beckman Instruments Inc. v. Technical Development Corp.*, 433 F. 2d 55 (7th Cir. 1970) et *Diematic Mfg Corp. v. Packaging Industries, Inc.*, 381 F. Supp. 1057 (S.D.N.Y. 1974), *appeal dismissed*, 516 F. 2d 975 (2d Cir. 1975) : "This issue of infringement, we think, as well as any related issues of patent validity, should be decided not by the arbitrators, but by a Court of law.

Questions of patent law are not mere private matters. The patent law is *in sharp contrast* to the general federal policy encouraging free competition expressed in the antitrust laws, grants limited monopoly to inventors. Thus the public has an important interest in the determination of patent validity and infringement, even though those issues may be decided in the context of a private lawsuit". (*Nos italiques*).

Aux États-Unis, comme en France, la distinction entre l'arbitrabilité des différends concernant la validité des brevets et celle des différends surgissant de rapports de cession des brevets mêmes, remonte à la fin des années 1970. *Foster Wheelen Corp. v. Babcock & Wilcox Co.*, 440 F. Supp. 897 (S.D.N.Y. 1977). À propos de cette distinction, John W. SCHLICHER, ("The Patent Arbitration Law : A New Procedure for Resolving Patent Infringement Disputes", (1985) *Arb. J.* 7-18, souligne, à la page 11 : "There is no sound reason for that distinction. Consumers paying higher prices because of theoretically 'erroneous' decisions by arbitrators on the scope of a patent are affected no less gravely than when they pay those prices because of 'errors' on validity. Hence, such decisions implicitly reject the view that the results in patent cases are too important to be decided by arbitration".

<sup>962</sup>

*United States Patent Law*, Title 35, U.S.C. § 294 ; entré en vigueur le 27 février 1983. C. LÉCUYER THIEFFRY, "Un nouveau domaine pour l'arbitrage aux États-Unis : la validité et la contrefaçon des brevets", *op. cit.*, note 960, p. 409 et s.

*"An award by an arbitrator shall be final and binding between the parties to the arbitration but shall have no force or effect on any other person. The parties to an arbitration may agree that in the event a patent which is the subject matter of an award is subsequently determined to be invalid or unenforceable in a judgment rendered by a court to competent jurisdiction from which no appeal can or has been taken such award may be modified by any court of competent jurisdiction upon application by any party to the arbitration. Any such modification shall govern the rights and obligations between such parties from the date of such modification".*

Notons que la solution américaine souligne autant la valeur juridique de la décision étatique en matière de validité du brevet que celle de la volonté des parties. Elles peuvent en effet choisir de modifier ou non la décision arbitrale en accord avec la décision de l'État<sup>963</sup>.

## B - Arbitrage et procédures collectives de faillite.

Lorsque, dans un différend régi par une convention d'arbitrage, l'une des parties est ou devient insolvable et, qu'à cause de cet état d'insolvabilité, elle devient objet d'une procédure collective de faillite<sup>964</sup>, le problème se pose de savoir quels sont les effets de la procédure collective sur la procédure arbitrale et, plus particulièrement sur la compétence de l'arbitre<sup>965</sup>.

Bien que l'on puisse relever certaines différences dans les législations étatiques régissant les procédures collectives, les principes qui les inspirent sont les mêmes. Cette identité de principes nous permettra d'examiner la question en partant de prémisses générales (1). Nous examinerons ensuite plus en détails les effets concrets de l'application de ces principes en suivant la jurisprudence française (2), américaine (3) et arbitrale (4).

### 1 - Les effets de la procédure collective de faillite sur l'arbitrabilité - Généralités.

<sup>963</sup>

Notons que la Section 294 (d) prévoit la notification par l'arbitre à la Commission des brevets, de toute décision rendue en matière de validité de brevet. Le défaut de cette notification rend impossible la reconnaissance et l'exécution de la décision arbitrale dont il s'agit. Voir W. GRANTHAM, "The Arbitrability of International Intellectual Disputes", *op. cit.*, note 955, p. 183 et 215.

<sup>964</sup>

Par l'expression "procédure collective de faillite", nous faisons référence à toutes les procédures collectives qui découlent de l'état d'insolvabilité.

<sup>965</sup>

Voir sur le sujet, V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492 ; Ph. FOUCHARD, "Arbitrage et faillite", *op. cit.*, note 487 ; J-B RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, note 88, p. 113 et s.

En examinant les effets d'une procédure collective sur la compétence de l'arbitre, il est intéressant de noter, en tout premier lieu, que l'incompétence de l'arbitre découlant de la compétence exclusive du tribunal de la faillite diffère d'autres situations d'exclusion de l'arbitrage parce qu'elle n'est pas, dans la plupart des cas, la cause d'une nullité *ab initio* de la convention d'arbitrage, mais plutôt la cause d'une nullité survenue ultérieurement<sup>966</sup>. En effet, quand l'ouverture de la procédure collective est *ultérieure* à la conclusion de l'accord compromissaire, le différend pourra être soustrait à la compétence de l'arbitre, même si la convention arbitrale était valide au moment de sa formation<sup>967</sup>.

Le principe qui gouverne la matière est celui de la *protection des intérêts des créanciers*. Cette protection résulte d'une prise de contrôle de la part d'un organe juridictionnel désigné par la loi, sur toutes les affaires du débiteur. Ce groupement permettra au tribunal ainsi compétent de diviser éventuellement *tous* les biens du débiteur entre ses créanciers sur la base de la force de leurs titres respectifs. Cette procédure permet aux créanciers de se satisfaire sur tous les biens du débiteur et d'exercer adéquatement leur droit au contradictoire. Elle les place sur un plan d'égalité les uns avec les autres.

La nécessité de donner une efficacité maximale à cette prise de contrôle par le tribunal ayant ouvert la procédure collective justifie plusieurs règles susceptibles d'avoir un impact sur la procédure arbitrale et plus spécifiquement, sur la compétence de l'arbitre (notamment, les règles qui posent une réserve exclusive de compétence du tribunal, celles qui limitent la capacité d'agir du débiteur et prévoient la nomination d'un syndic, celles également relatives à la suspension des poursuites individuelles). Ces règles ne touchent cependant pas toutes à l'*arbitrabilité* du différend.

Ainsi, par exemple, il faut tenir comptes des règles qui limitent la *capacité d'agir* de la partie objet de procédure même et qui établissent les pouvoirs du syndic<sup>968</sup>.

<sup>966</sup>

P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 230, note à ce propos : "Est-ce à dire que le litige arbitral, avant l'ouverture de la procédure collective, cesse de l'être dès celle-ci? L'arbitrabilité serait ainsi variable dans le temps : non acquise, en l'état variable du droit litigieux, ensuite, admise lorsque ce droit est né et actuel, effacé lorsque le droit litigieux concerne un débiteur objet d'une procédure collective".

<sup>967</sup>

P. ANCEL, note sous l'arrêt *M. Sohm ès-qual. c. Sté Simex*, *op. cit.*, note 524, p. 595.

<sup>968</sup>

Article 152 de la Loi du 25 janvier 1985 : "Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de

Parce que l'ouverture d'une procédure collective limite la capacité d'agir de la partie faillie, une convention d'arbitrage conclue par cette partie *après* l'ouverture de la procédure collective, sera évidemment nulle, *indépendamment de la question faisant l'objet* du différend<sup>969</sup> ; de la même façon que sera nul tout autre contrat qu'elle n'a plus la capacité de conclure. Lorsqu'une convention d'arbitrage *existe déjà*, les limites à la capacité du débiteur l'empêcheront aussi d'entamer une procédure d'arbitrage ou de la poursuivre : il reviendra au syndic d'agir à sa place.

Notons pourtant que ces limites à la capacité de la partie faillie, si elles ont un effet, selon les cas, sur la validité de la convention d'arbitrage (et donc sur la compétence de l'arbitre), ou sur les pouvoirs de l'arbitre, n'ont pourtant rien à voir avec *l'objet de la convention d'arbitrage*.

En ce qui concerne les autres règles, notons que dans le cas d'une convention arbitrale conclue *avant* l'ouverture de la procédure collective, seules les règles qui réservent la compétence exclusive sur certaines questions au tribunal de la faillite excluent en principe la compétence arbitrale. Lorsque la *question n'est pas réservée* à la compétence exclusive du tribunal, le principe généralement admis est que la

---

l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur. Toutefois, le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime, s'il limite son action à la poursuite de l'action publique sans solliciter de réparation civile".

Aux États-Unis, la Sec. 541, 11 U.S.C.A. fournit la liste des biens du débiteur qui entrent dans la masse (estate). Le rôle et les pouvoirs du trustee sont établis par la Sec. 323 : "(Role and capacity of trustee(a). The trustee in a case under this title is the representative of the estate. (b). The trustee in a case under this title has capacity to sue and be sued".

<sup>969</sup> *SCP d'architecture Global c. SCI DelessertBeethoven et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 10 février 1994, *Rev. Arb.* 1998,549 : "En application de l'article 33 de la loi du 25 janvier 1985, le débiteur déclaré en redressement judiciaire ne peut compromettre qu'assisté de son administrateur et après autorisation du juge commissaire. Est donc nul de nullité absolue le compromis conclu par le seul gérant d'une S.A.R.L. en redressement judiciaire et doit être annulée la sentence arbitrale consécutive, en application de l'article 1484.1 du Nouveau Code de procédure civile" ; Ph. FOUCHARD, "Arbitrage et faillite", *op. cit.*, note 487, p. 492.

Notons, par ailleurs, que le défaut de capacité ne concerne que les actes accomplis *après* l'ouverture de la faillite, ce qui rend discutable la solution de la Cour Suprême de New York dans le cas *Ardra Insurance Co., et al. v. J.P. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York*, 10 avril, 1990, (1991) XVI *Yearbook* 663. La Cour a refusé de reconnaître une convention d'arbitrage en indiquant, entre autre, l'incapacité du failli "*at the time of arbitration*" : Voir sur le sujet, V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 186.

clause arbitrale est *valide* et *opposable* aux créanciers et aux organes de la procédures<sup>970</sup>.

Pour que la sentence soit reconnue, il est pourtant nécessaire que les arbitres et les parties respectent les normes protégeant les intérêts des créanciers, telles celles de *la suspension des poursuites individuelles* et celles qui visent à préserver *l'égalité des créanciers*.

La suspension de poursuites individuelles a pour but d'éviter qu'une multitude de procédures se déroulent indépendamment les unes des autres. Une telle multitude aurait pour conséquence de créer une situation d'inégalité puisqu'elle empêcherait les autres créanciers et le syndic d'être au courant de la situation effective du débiteur.

Lors de l'ouverture d'une procédure de faillite, il est nécessaire de porter le contentieux devant l'arbitre à la connaissance des autres créanciers et de leur permettre d'y participer<sup>971</sup>. Le non respect du principe de la suspension des poursuites individuelles mènera alors à une sentence arbitrale invalide parce qu'en violation des règles impératives visant à protéger l'égalité des créanciers ou en violation du principe du contradictoire<sup>972</sup>. Mais l'annulation ou le refus de

---

<sup>970</sup>

Relativement à la question de savoir si le syndic est lié par l'accord compromissoire, la Cour de Cassation française a décidé, par exemple, que "[l]orsque le syndic d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens use de la faculté de poursuivre l'exécution d'un contrat, il doit le faire avec tous les droits et obligations qui s'y attachent ; ce qui implique l'observation de la clause compromissoire, s'il en a été stipulé". *S.A. S.E.M.I.P. c. S.A. Ducar et autre*, C. com., 19 juillet 1982, D.S. 1983 I.R. 6, obs. Derrida; *Sté de Recherches et d'Études techniques c. Sté de Béton S.B.B.M.*, Paris, 1ère ch. supp., 26 janvier 1990, *Rev. Arb.* 1991.127, note J.H.M. et C.V. ; Pascal ANCEL, "Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985", (1987) *Rev. Arb.* 127-132, p. 131 : "Ces solutions [...] s'expliquent à notre avis [...] par l'idée que les actes passés antérieurement par le débiteur sont en principe opposables à ses créanciers et aux organes de la procédure".

Voir aussi la sentence arbitrale C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4415 de 1984, *Clunet* 1984.952, obs. Jarvin.

<sup>971</sup>

Ces règles prévoient alors, selon les circonstances, la suspension de la procédure arbitrale déjà engagée ou l'interdiction d'engager une telle procédure sinon dans les conditions prévues par la loi.

Notons que, comme l'a établi la Cour d'appel de Paris (*Société Vert Distribution c. société Prodim et autres*, Paris 1ère ch. civ., 16 mars 1995, *Rev. Arb.* 1998.553, note Fouchard), "[l]es règles de la loi du 25 janvier 1985 et du décret du 27 décembre 1985 sur l'interruption et la suspension par le jugement d'ouverture d'un règlement judiciaire, de toute action ou instance tendant au paiement d'une somme d'argent et sur la déclaration des créances sont applicables au recours en annulation formé contre une sentence arbitrale antérieure à ce jugement".

<sup>972</sup>

Voir *supra*, p. 184.

reconnaissance découlera de l'application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York, et non pas de l'article V (2)(a) de la Convention de New York<sup>973</sup>.

Les règles qui excluent l'arbitrage en réservant la compétence sur une certaine matière au tribunal se justifient, pour leur part, par la conviction du législateur selon laquelle le tribunal désigné est le *seul* capable d'appliquer adéquatement certaines règles de droit. L'État seul a le pouvoir d'autoriser une juridiction à ouvrir une procédure collective et, en conséquence, à appliquer les règles régissant la procédure même.

L'incompétence de l'arbitre fait que la sentence arbitrale éventuellement rendue sera invalide ; et ce, indépendamment de son contenu. Voyons maintenant comment cette conviction du législateur se traduit dans la pratique jurisprudentielle française, américaine et arbitrale, par l'incompétence de l'arbitre.

## 2 - La position française.

En France, l'article 101 de la loi du 25 janvier 1985<sup>974</sup> attribue compétence au juge commissaire pour décider de l'*admission ou du rejet des créances*. La Cour d'appel de Paris a décidé en 1992, que "*les textes relatifs à cette procédure sont d'ordre public interne et international*"<sup>975</sup>.

L'arbitre doit alors respecter non seulement les trois grands principes du droit des procédures collectives (le principe de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, celui du dessaisissement du débiteur et celui de l'interruption de l'instance en cas de faillite)<sup>976</sup>. Il doit, en plus, se dessaisir (indépendamment du fait que l'arbitrage soit interne ou international), chaque fois qu'il s'agit de décider de l'admission ou du rejet des créances<sup>977</sup>. En effet, comme l'a déjà établi un arrêt rendu en 1989, par la Cour d'appel de Paris, le principe qui détermine la compétence

<sup>973</sup>

*Société Almira Films c. Pierrel, ès qualités, précité, note 520.*

<sup>974</sup>

*Loi n° 85-98 du janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, mise en vigueur par le Décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, amendée par la Loi n° 94-475 du 10 juin 1994. Voir aussi, l'article 174 du Décret du 27 décembre 1985, qui donne compétence exclusive au tribunal qui a ouvert une procédure de redressement judiciaire.*

<sup>975</sup>

*M. Sohm ès. qual. c. Sté Simex, précité, note 491.*

<sup>976</sup>

P. ANCEL, note sous *M. Sohm ès. qual. c. Sté Simex, op. cit.*, note 524, p. 596.

<sup>977</sup>

*Idem.* Voir aussi, Ph. FOUCHARD, "Arbitrage et faillite", *op. cit.*, note 487, p. 477.

exclusive est celui de l'existence d'un *lien direct* entre la question et la procédure collective<sup>978</sup>.

Par l'arrêt *Sohm c. Simex*, la Cour établit la nature du lien entre la question litigieuse et la procédure collective qui rend nécessaire le dessaisissement de l'arbitre. D'après la Cour, ce lien direct existe si le litige *découle* de la procédure collective ; ce qui, par exemple, exclut de l'arbitrage précisément, les questions relatives à la *qualification de la créance* au regard de la procédure collective<sup>979</sup>.

<sup>978</sup>

*Demarti, ès-qual. syndic de F.L.S.P. c. Le Bris, ès-qual. C.O.M.A.R.P.A.*, Paris, 1ère ch. civ., 3 mai 1988, *Rev. Arb.* 1989.75. Voir Pascal ANCEL, note sous l'arrêt *Caille et Jobart ès qual. c. Sté Peter Cremer France*, *Rev. Arb.* 1988.143-148. L'auteur souligne que la loi reprend la théorie traditionnelle du XIXème siècle selon laquelle sont de compétence exclusive du tribunal de la faillite les "contestations nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de la faillite exerce une influence juridique".

<sup>979</sup>

*M. Sohms ès. qual.c. Sté Simex, précité*, note 491 ; *Sté de Recherches et d'études techniques c. Sté de Béton S.B.B.M.*, précité, note 970.

Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a affirmé la compétence de l'arbitre à connaître d'une *action en revendication fondée sur une clause de réserve de propriété* portée contre l'acheteur soumis à une procédure collective. D'après la Cour, l'arbitrabilité découlait du fait que l'action en revendication "n'était pas née de l'ouverture de la procédure collective mais de la seule convention des parties" : *Caille et Jobart ès qual. c. Sté Peter Cremer France*, Cass. com., 19 mai 1987, *Rev. Arb.* 1988.143, note Ancel. Voir aussi *Société Fleurot Charveb et fils c. société Courrèges Homme*, C. Cass, ch. com., 10 janvier 1984, *Rev. Arb.* 1984.492, obs. P. Ancel, et C. Cass., ch. com., 12 février 1985, *Rev. Arb.* 1985.275. Par cet arrêt, la Cour de Cassation a admis la compétence arbitrale pour statuer sur une demande en paiement et sur une demande en résolution d'un contrat présentées avant l'ouverture de la procédure collective. Dans sa note sous l'arrêt *Caille c. Cremer, op. cit.*, note 978, M. Ancel soutient cependant (p. 145), que l'origine purement contractuelle de l'action en revendication ne suffit pas à exclure son lien avec la procédure collective. Au contraire, c'est dans l'état d'insolvabilité de l'acheteur qu'il faut voir la cause juridique de l'action en revendication. L'action en revendication constitue *per se* une atteinte aux intérêts de la masse des créanciers, parce qu'elle permet une "situation d'exclusivité de non-concours sur le plan procédural". De plus, l'action en revendication place le vendeur "hors faillite" et elle peut aussi constituer un obstacle à la continuation de l'entreprise dans le cas où elle porte sur des biens d'équipement. Que "cette faveur exorbitante faite à l'un des créanciers puisse être soustraite au contrôle strict de l'État pour être laissée à une juridiction privée n'est pas souhaitable". Le lien entre la procédure collective et la procédure d'arbitrage existe donc, d'après cet auteur, chaque fois que la solution du litige dépend de l'application de règles propres à la procédure collective plutôt qu'à des règles de droit commun. L'auteur note que les articles 115 et suivants de la loi du 25 janvier 1985, qui reprennent les articles 59 et suivants de la loi du 13 juillet 1963 ont été introduits par la loi 12 mai 1980 dont le but était de rendre opposable à la masse des créanciers, la clause de réserve de propriété. Certaines de ces règles sont différentes de celles qui seraient applicables dans une action en revendication *in bonis*, telle celle qui prévoit la possibilité d'étendre les effets de la clause de réserve, ou celle qui permet la revendication même après la transformation des biens. M. Ancel tient cependant à souligner, (à la page 148), que sa position ne découle pas d'une méfiance à l'égard de l'arbitrage : "Nous croyons simplement que, lorsque les intérêts en cause dépassent largement ceux des parties en présence, l'arbitrage n'est pas la solution la plus opportune".

*Contra*, voir l'arrêt *Demarti ès-qual. syndic de F.L.S.P. c. Le Bris, ès-qual. C.O.M.A.R.P.A.*, précité, note 978, où l'application de règles d'ordre public par l'arbitre n'était pas considérée comme étant un motif d'inarbitrabilité, mais où la non-application par l'arbitre de ces normes a mené à l'annulation de la sentence arbitrale. Dans le même sens, *Sté Matra Hachette c. société Reteitalia*, précité, note 860.

Cette solution est logique puisqu'elle reconnaît la compétence arbitrale dans l'application de toute règle d'ordre public, interne aussi bien qu'international, sans toutefois aboutir à usurper le rôle critique du tribunal de la faillite.

### 3 - La position américaine.

Aux États-Unis, en présence d'une procédure de faillite, la tendance la plus ancienne faisait dépendre la reconnaissance de la convention d'arbitrage du pouvoir discrétionnaire du tribunal étatique, indépendamment de la nature du litige<sup>980</sup>.

Cette tendance se justifiait par la compétence très étendue reconnue au tribunal de la faillite par le *Bankruptcy Code* de 1978<sup>981</sup>.

Depuis la réforme de 1984<sup>982</sup>, la matière est réglée par les sections 157 et 1334, 28 U.S.C.A. établissant les compétences respectives des cours de droit commun (district courts) et de la cour de la faillite (bankruptcy court), et limitant les compétences de cette dernière.

La section 157 distingue ainsi les questions qui *trouvent leur cause dans la faillite* (core proceedings), des questions qui se trouvent tout simplement *en relation* avec la faillite (noncore proceedings).

Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'applicabilité de l'article 28 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises n'importait pas l'inarbitrabilité du différend. Voir aussi, Ph. FOUCHARD, "Arbitrage et faillite", *op. cit.*, note 487, p. 478.

<sup>980</sup> *Zimmerman v. Continental Airlines, Inc.*, 712 F. 2d 55 (3d Cir. 1983). Voir sur le sujet, William E. DEITRICK, "The Conflicting Policies Between Arbitration and Bankruptcy", (1984-85) 40 Bus. Lawyer 33-45. L'auteur soulignait que le pouvoir discrétionnaire reconnu au tribunal rendait difficile des conclusions générales dans ce domaine et notait la présence de plusieurs tendances jurisprudentielles. À côté de la tendance qui donnait au *Bankruptcy Act* priorité sur l'*Arbitration Act*, exprimée dans l'arrêt *Zimmerman v. Continental Airlines, Inc.*, il existait aussi une tendance plus favorable, exprimée dans la décision *Bohack Corporation v. Truck Drivers Local Union No. 807*, 431 F. Supp. 646 (E.D.N.Y. 1977), *aff'd*, 567 F. 2d 237 (2d Cir. 1977), *cert. denied*, 439 U.S. 825 (1978) : "Even in the context of a bankruptcy proceeding, the unique role and special expertise of the arbitrator may be of invaluable assistance to the bankruptcy judge. [...]"

This is not to say, however, that in ordering arbitration a bankruptcy judge can relinquish to the arbitrator decisions that touch on special bankruptcy interests. For example, it has been held an abuse of discretion for a bankruptcy court to allow an arbitrator to decide the question of the preference of the union's claim with respect to other creditors of the bankrupt. Thus [...] the touchstone is whether arbitration will bear the expertise of the arbitrator [...] and, at the same time, avoid usurpation of the bankruptcy court's critical role in the re-organisation proceedings".

<sup>981</sup> Section 1471 *Bankruptcy Reform Act of 1978*, 28 U.S.C.A. Cette section a été déclarée inconstitutionnelle : *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.*, 458 U.S. 50, 102 S. Ct. 2858 ; 73 L. Ed. 598 ; puis supprimée par la réforme de 1984. Voir V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 168.

<sup>982</sup> *The Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984*, 28 U.S.C.A.

La même section limite le devoir des tribunaux de droit commun de s'abstenir et de renvoyer les parties devant la cour de la faillite (dans les circonstances prévues par la Section 1334 (c) (2)) aux seules questions qui peuvent être qualifiées de "core proceedings".

Ces questions ne sont spécifiées, ni par la section 1334, ni par la section 157<sup>983</sup>. D'après la jurisprudence, une question relève du "core" si son existence dépend de la procédure collective, alors qu'une question "noncore" existe indépendamment de la procédure de faillite<sup>984</sup>.

Comme le note Mme Lazic, la reconnaissance de la compétence arbitrale par rapport aux "noncore proceedings" n'a pas suivi automatiquement la reconnaissance de la compétence des tribunaux de droit commun<sup>985</sup>.

Même si on admettait auparavant que l'existence d'une faillite ne constitue pas *per se* une cause d'exclusion de l'arbitrage<sup>986</sup>, ce n'est qu'en 1989 que la jurisprudence a exclu clairement le pouvoir discrétionnaire du tribunal de renvoyer les parties à l'arbitrage relativement à la résolution des "noncore questions"<sup>987</sup>.

Cette jurisprudence établit que ce n'est que lorsque le litige concerne une "core question" que le conflit est possible entre l'*Arbitration Act* et le *Bankruptcy Act*. Lorsqu'un tel conflit n'existe pas, la convention d'arbitrage doit être exécutée<sup>988</sup>. On

<sup>983</sup>

Mais une liste *non limitative* de ce qui pourrait être considéré "core proceedings" est fournie par la section 157 (b) (2).

<sup>984</sup>

*In re Wood*, 825 F. 2d 90 (5th Cir. 1987) ; *In re Colorado Energy Supply, Inc.*, 728 F. 2d 1283 ; *In re Gardner*, 913 F. 2d 1515 (10th Cir. 1990) ; *In re Jotan and Southland Container Corp.*, (Bkcy C. M.D. Fla, April 12, 1999), 1999 WL 246436 (Bankr. M.D. Fla).

<sup>985</sup>

V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 173 et s. et p. 273, où l'on cite, entre autres, *In re Mor-Ben Insurance Markets Corp.*, 73 B.R. 644 (9th Cir. BAP 1987) ; *Société Nationale Algérienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (Bkcy D. Mass. 1987) ; *In re R.M. Cordova Int.*, 77 B.R. 441 (Bkcy D.N. Jer. 1987) ; *In re Springer Penguin, Inc.*, 74 B.R. 879 (Bkcy S.D.N. Y. 1987).

<sup>986</sup>

*Fotochrome Inc. v. Copal Co.*, 517 F. 2d, 512 (C.A. 2d Cir.), p. 516 : "We note at the outset that there is no reference to bankruptcy in the Convention".

<sup>987</sup>

*Hays & Co, v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*, 885 F. 2d 1149 (3rd Cir. 1989).

<sup>988</sup>

*Idem* : "Bankruptcy Code does not conflict with Arbitration Act, and thus it does not give district court discretion to deny enforcement of arbitration clause in noncore adversary proceedings brought by trustee in district court against debtor's securities broker".

*In re Jotan and Southland Container Corp.*, précité, note 984, où la Cour souligne l'utilité de la distinction entre *core* et *noncore matters* "in addressing the extent enforcement of an arbitration clause will conflict with the purpose and provisions of the Bankruptcy Code".

Voir aussi, *J.P. Corcoran v. AIG Multi-line Syndacate, Inc. et al.*, 539 N.Y.S. 630 (1989) ; *New York Law Journal*, 21 March 1989 ; (1990) XV *Yearbook* 586 : "[20] The Convention is the supreme law of the land, and takes precedence over local statutes. [...] [21] The public policy defense under the

admet donc clairement l'arbitrabilité en matière de litiges *qui ne trouvent pas leur origine dans la faillite*.

Toutefois, lorsque le conflit entre les deux législations existe (notamment lorsque le litige n'est pas indépendant de la faillite), le pouvoir discrétionnaire du tribunal demeure intact.

Comme le souligne Mme Lazic<sup>989</sup>, les cours n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir quelle est la *policy* la plus importante dans ce cas.

Il est donc au moins théoriquement possible que la compétence arbitrale soit reconnue, dans certains cas, si les circonstances le permettent, même par rapport aux "core proceedings".

Soulignons que les problèmes éventuels que la sentence arbitrale pourra rencontrer au moment de l'exécution ne diminuent pas l'importance de la compétence arbitrale dans ce domaine. La sentence arbitrale rendue par un arbitre compétent sur une question qui pouvait être soumise à l'arbitrage et qui ne viole pas l'ordre public pourra effectivement, selon le principe de la suspension des poursuites individuelles, ne pas être exécutée, ou ne pas l'être immédiatement et complètement. Selon la teneur de ses conclusions, on pourra considérer la décision de l'arbitre comme faisant partie de la masse active ou passive de la procédure collective<sup>990</sup>.

La sentence par laquelle l'arbitre établit l'existence d'une dette à la charge de la faillite pourra bien donc être reconnue sans pourtant qu'elle puisse être exécutée. Ce refus d'exécution n'a rien à voir avec l'importance et la reconnaissance de

---

Convention is to be narrowly construed. Such defense must touch 'the forum state's most basic notions of morality and justice' [...]. The interests of international comity outweigh such local statutory policy claims as antitrust and securities violations and regulation of bankruptcy proceedings, even when a different result might occur in a purely domestic context".

Mais, voir *Ardra Insurance Co. et al. v. J.P. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York*, précité, note 872.

<sup>989</sup>

V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 176.

<sup>990</sup>

La sentence arbitrale qui reconnaît un crédit en faveur de la faillite fera évidemment partie de l'actif. La tâche de l'exécuteur rentrera dans les devoirs du syndic. Une sentence arbitrale qui établit l'existence d'une dette à la charge de la faillite et qui est reconnue dans le pays de l'exécution, fera partie du passif.

l'arbitrage comme institution<sup>991</sup>. Il n'est simplement dû qu'à la nécessité de ne pas privilégier certains créanciers au détriment des autres.

Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ait souligné l'importance du contrôle final sur la sentence arbitrale (*second look doctrine*), pour la protection du principe de l'égalité des créanciers.

C'est ainsi que, l'arrêt *Corcoran*<sup>992</sup>, la Cour, bien que reconnaissant le devoir du tribunal étatique de renvoyer les parties à l'arbitrage en vertu de la *policy* ayant inspiré l'*Arbitration Act*, a néanmoins souligné le poids de la *policy* qui inspire la législation en matière de procédures collectives et surtout, l'importance du rôle joué par le tribunal de la faillite au moment du contrôle sur la décision de l'arbitre<sup>993</sup>.

Nous pouvons donc conclure que, selon la jurisprudence, autant française qu'américaine, l'ouverture d'une procédure collective ne limite pas, en principe, l'arbitrabilité des différends concernant les *questions naissant du contrat*.

Par contre, l'État maintient sa compétence sur les *actions qui trouvent leur origine dans la procédure collective elle-même*. Nous allons voir immédiatement que cette tendance se retrouve aussi dans la jurisprudence arbitrale.

#### 4 - La position de la jurisprudence arbitrale.

Si une procédure collective n'écarte pas automatiquement la compétence de l'arbitre par rapport aux litiges surgissant du contrat, son devoir de rendre une sentence susceptible d'exécution lui impose de respecter les règles protégeant l'égalité des créanciers, aussi bien en ce qui concerne le déroulement de la procédure d'arbitrage, qu'en ce qui concerne la formulation de sa sentence.

Ainsi, par exemple, parce qu'une sentence de condamnation au paiement sera forcément refusée, l'arbitre se limitera à la *constatation de la créance* et à la détermination du montant. Il évitera ainsi une condamnation expresse, autant du

<sup>991</sup>

Voir L.J. CROZIER, "The Status of International Arbitration Awards Under Canadian Insolvency Law", *op. cit.*, note 701.

<sup>992</sup>

*J.P. Corcoran v. AIG*, (1990) XV *Yearbook*, précité, note 988, p. 593.

<sup>993</sup>

"Giving New York's strong public policy regulating liquidated carriers, this court, as supervisor of the liquidation, will retain jurisdiction with respect to any award rendered".

montant objet du litige, que des frais légaux<sup>994</sup>. Il prendra garde aussi à ne pas ordonner de compensation<sup>995</sup>.

Une décision C.C.I. rendue en 1990<sup>996</sup> illustre bien la situation. Le tribunal arbitral est saisi d'un différend surgissant d'un contrat de fourniture entre un fournisseur québécois, Cambior, et un acheteur luxembourgeois, Casa. Entre-temps, Casa a été soumis à un régime de gestion contrôlée. Cambior demande alors une sentence partielle assortie d'une exécution provisoire, ordonnant à Casa de fournir une garantie bancaire assurant l'exécution de la sentence arbitrale finale. Le tribunal arbitral s'est déclaré *incompétent pour rendre une telle sentence partielle*.

Après avoir considéré que le principe de la suspension des poursuites ne s'opposait pas à sa compétence parce qu'en droit luxembourgeois, *"une saisie conservatoire n'est pas considérée comme un acte d'exécution car elle n'implique aucune coercition directe sur les biens du débiteur"*<sup>997</sup>, le tribunal a néanmoins décidé qu'*"en revanche, une telle demande heurte le principe de l'égalité des créanciers"*<sup>998</sup>. Elle serait donc contraire à l'ordre public international du Luxembourg et conséquemment, non susceptible d'être exécutée<sup>999</sup>.

Le tribunal arbitral, en distinguant entre les différends naissant du contrat et les questions qui trouvent leur origine dans la procédure collective<sup>1000</sup>, retient pourtant sa *compétence pour rendre une sentence finale* fixant le montant des créances. Il considère, en effet, que *"[l]'impossibilité juridique d'exécuter une sentence ordonnant la mise en place d'une garantie bancaire en raison du régime de la*

994

Sentence C.C.I. rendue en 1993 dans l'affaire 7563, *précitée*, note 487.

995

Sentence C.C.I. rendue en 1993 dans l'affaire 7205, *Clunet* 1993.1031.

996

Sentence partielle C.C.I. rendue à Paris le 26 décembre 1990, dans l'affaire n° 6697, *Rev. Arb.* 1992.135, note Ancel. Voir aussi la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4415 de 1984, *précitée*, note 970.

997

Sentence partielle C.C.I. rendue en 1990 dans l'affaire n° 6697, *précitée*, note 996, p. 142.

998

Voir aussi la note de Pascal ANCEL, sous la même sentence, *Rev. Arb.* 1992.146-151.

999

Sentence partielle C.C.I. rendue en 1990 dans l'affaire n° 6697, *précitée*, note 996, p. 135.

1000

*Ibid.*, p. 143.

1000

*Ibid.*, p. 144 : "Le Tribunal considère que le fait qu'une mesure conservatoire du type de celle demandée ne serait pas rendue exécutoire au Luxembourg ne signifie pas, pour autant, qu'une sentence finale fixant les créances respectives de Cambior et de Casa n'y sera pas, elle, exécutée. [...] La question de savoir dans quelle mesure Cambior sera effectivement payée des créances qu'elle pourra se voir reconnaître sur Casa, en vertu d'une sentence finale du Tribunal arbitral, ne peut être prise en considération par ce dernier dont la mission est de trancher les différends qui lui ont été soumis pas les parties et non de se substituer à un autre Tribunal dont la mission est de répartir l'actif disponible".

*gestion contrôlée, n'invalide pas la clause compromissoire*<sup>1001</sup>. Par conséquent, "le fait qu'une des parties soit soumise à une procédure collective ne suffit pas à rendre un litige inarbitrable en soi"<sup>1002</sup>.

Lorsque le différend surgit du contrat l'arbitre demeure, en principe, compétent. L'ouverture de la procédure collective et la nécessité de protéger l'égalité des créanciers limitent pourtant, inévitablement, ses pouvoirs. Néanmoins, si l'arbitre respecte ces limites, sa sentence sera reconnue. S'il ne les respecte pas, sa décision sera refusée suivant l'article V (2)(b) de Convention de New York<sup>1003</sup>.

Par. 2 - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses trouvant leur origine dans un acte privé.

Lorsque les situations litigieuses trouvent leur source dans un acte privé, la solution des litiges qui les concernent ne sera réservée au tribunal étatique de façon exclusive que si le législateur le prévoit expressément.

Les réserves de ce type ne sont pas nombreuses. Un très bon exemple de réserve de compétence impérative et exclusive selon laquelle une question qui n'est pas "congénitalement réfractaire à l'arbitrage"<sup>1004</sup> devient non-arbitrable *ratione materiae*, est fourni par le droit français. Il s'agit de la réserve qui existe en matière de règlement des litiges surgissant d'un rapport de travail pendant la durée du rapport même<sup>1005</sup>. Dans ce domaine, le législateur français a remplacé la règle posant l'interdiction de la clause compromissoire par une autre forme de protection de la partie la plus faible.

Jusqu'à la réforme de 1982, l'arbitrabilité des différends surgissant d'un rapport de travail dépendait exclusivement de ce que la convention arbitrale était un compromis ou une clause compromissoire. Mais, comme le soulignait en 1956, M.

<sup>1001</sup> *Ibid*, p. 140.

<sup>1002</sup> *Ibid*, p. 142. Voir aussi les sentences C.C.I., rendues en 1974, dans l'affaire 2139, *Clunet* 1975.929 ; en 1984 dans l'affaire 4415, *Clunet* 1984.952 ; en 1991, dans l'affaire 6057 *Clunet* 1993.1016, *Recueil des sentences arbitrales de la C.C.I.*, vol III, p. 487, citées par Ph. FOUCHARD, "Arbitrage et faillite" *op. cit.*, note 487, p. 479 et p. 489. Voir aussi la sentence arbitrale C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4415 de 1984, précitée, note 970.

<sup>1003</sup> Sentence C.C.I. n° 6057 de 1991, précitée, note 1002.

<sup>1004</sup> H. MOTULSKY, *Écrits - Études et Notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 848, p. 5.

<sup>1005</sup> L'article 511-1 al. 6 de la loi n° 82.372, J.O. 7 mai 1982, prévoit la compétence prud'homale exclusive et impérative. Voir *infra*, note 1008.

Motulsky<sup>1006</sup>, "*le litige individuel du travail n'est pas congénitalement réfractaire à l'arbitrage* : ni la contestation en elle-même, ni la compétence prud'homale, ne présentent un caractère d'ordre public suffisamment accentué pour que le seul fait de recourir à l'arbitrage puisse passer pour une atteinte à ce dernier et rendre, pour cette raison, l'arbitrage impossible"<sup>1007</sup>.

Actuellement, cette question est réglée par l'article 511-1 alinéa 6 de la loi n° 82.372 (J.O. 7 mai 1982). Cet article prévoit la compétence prud'homale exclusive et impérative, sans distinction entre compromis et clause compromissoire<sup>1008</sup> : l'interdiction de compromettre dépend du *moment* de la rupture du contrat.

C'est uniquement durant la période du rapport de travail que *la loi limite la libre disposition du droit du travailleur de renoncer à la justice étatique*.

En effet, la rupture de ce rapport, en éliminant l'état d'assujettissement, élimine en même temps, la nécessité de protection<sup>1009</sup>.

Notons pour conclure que, parfois, une réserve de compétence impérative et exclusive peut avoir pour effet de rendre inarbitrable un litige qui, surgissant de rapports entre parties privées et n'étant pas exclu lui-même de l'arbitrage, était autrefois arbitrable. Il s'agit d'un cas d'*inarbitrabilité incidente*.

La compétence exclusive de la Commission européenne relativement à la décision de l'inapplicabilité de l'article 85.1 conformément à l'article 85.3 du Traité C.E.E. nous fournit un bon exemple de ce type de limite<sup>1010</sup>.

Comme nous l'avons souligné, cette réserve de compétence peut limiter l'arbitrabilité de deux façons :

<sup>1006</sup> H. MOTULSKY, *Écrits - Études et Notes sur l'arbitrage*, op. cit., note 848, p. 115.

<sup>1007</sup> (*Nos italiques*).

<sup>1008</sup> Article 511-1 al. 6 : "Les conseils de prud'hommes sont *seuls* compétents [...], toute convention dérogatoire est réputée non-écrite". (*Nos italiques*).

<sup>1009</sup> Voir sur le sujet, M. A. MOREAU-BOURLES, note sous les arrêts *Sté H. c. Charles de T.*, et *Sté. Ceramiche Ragno c. Chauzy*, op. cit., note 929, p. 51 : "Cette rigueur est justifiée par la protection du cocontractant le plus faible, car l'employeur peut exercer des pressions sur le salarié au moment de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution". Voir aussi, Jean ROBERT, "Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la loi du 6 mai 1982", (1982) *Rev. Arb.* 169-175, p. 174 ; B. GOLDMAN, "Arbitrage commercial international - Convention d'arbitrage - Formation - Objet - Arbitrabilité", op. cit., note 951, p. 11 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 68 et s.

<sup>1010</sup> Voir *supra*, p. 324.

- directement, lorsque la question posée à l'arbitre est celle expressément réservée à l'autorité désignée. L'arbitre ne pourra donc jamais sanctionner une violation du droit communautaire par des amendes, ni prononcer des injonctions ou statuer sur les demandes concernant les exemptions individuelles. Lorsqu'une procédure d'un tel type est en cours devant la Commission, et que sa solution peut avoir un effet sur la décision de l'arbitre, il lui revient d'apprécier s'il doit continuer la procédure arbitrale au risque d'atteindre des conclusions opposées à celles de la Commission, ou s'il est plus prudent d'ordonner un sursis<sup>1011</sup> ou même de se dessaisir.

- de façon incidente, en raison de l'absence de pouvoir de l'arbitre de saisir la Commission pour obtenir l'interprétation de l'article 85.1, lorsqu'il juge que cette interprétation est nécessaire.

Un autre exemple est celui, aux États-Unis, de la compétence exclusive reconnue à l'International Trade Commission, "*to investigate, either on basis of complaint or in its own initiative, allegations that foreign importers are engaging in unfair methods of competitions or infringing valid and enforceable United States patents*"<sup>1012</sup>.

Comme l'a décidé, en 1991, la Cour d'appel<sup>1013</sup>, la compétence de la Commission n'est pas moindre en présence d'une convention d'arbitrage.

La Cour précise :

*"[B]ecause the governing statutory section, 19 U.S.C. s. 1337 (c), does not authorize the termination of ongoing investigations except in certain specified circumstances not present here, the Commission's premature termination in light of an arbitration agreement was contrary to law"*<sup>1014</sup>.

<sup>1011</sup> Voir B. HANOTIAU, "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", *op. cit.*, note 924, p. 55.

<sup>1012</sup> *Tariff Act of 1930*, s. 337(a)(1)(A), (a)(1)(B)(i), as amended, 19 U.S.C.A. s. 1337 (a)(1)(A), (a)(1)(B)(i).

<sup>1013</sup> *Farrel Corp. v. United States International Trade Commission and Pomini Farrel, S.p.a. and Pomini, Inc.*, précité, note 948.

<sup>1014</sup> *Ibid.*, p. 1148. La Cour souligne (p. 1152) que la loi établit le devoir de la Commission de poursuivre l'enquête dans les cas prévus. En plus, l'enquête est conduite "independently of the wishes of the parties, and in reaching its final determination on an alleged violation [the Commission] must consider factors that may or may not interest the parties : the public health and welfare, competitive conditions in the United States economy, the production of like or directly competitive articles in the United States, and United States consumers".

Dans l'hypothèse où l'objet de l'enquête est aussi la cause du litige devant l'arbitre (comme c'était précisément le cas dans cette affaire), la compétence de la Commission n'exclut pourtant pas nécessairement la compétence arbitrale. L'arbitre pourra poursuivre sa mission *dans la mesure où il considère que le résultat de l'enquête n'influera pas sur la validité de sa décision ni, évidemment, sur la possibilité d'exécuter sa sentence*. Le cas échéant, il ordonnera un sursis et attendra la décision de la Commission <sup>1015</sup>.

---

<sup>1015</sup>

La position de l'arbitre après le commencement d'une enquête par l'organe ayant compétence exclusive semble donc être la même qu'il s'agisse du droit américain ou du droit européen.

### **Conclusion du deuxième chapitre.**

La reconnaissance de la compétence de l'arbitre à trancher des questions soumises à une réglementation impérative a nécessité l'élaboration de critères permettant de distinguer, parmi elles, celles qui peuvent être remises à l'arbitre de celles qui doivent être décidées par les tribunaux publics.

Dans ce chapitre nous avons examiné, afin de déterminer leur impact dans la détermination de l'arbitrabilité, les critères suivants :

#### 1 - Les interdictions expresses à l'arbitrage.

Ces interdictions (qui peuvent découler de normes régissant l'arbitrage aussi bien que d'autres textes législatifs) sont l'indication la plus claire de la volonté de l'État de ne pas permettre que la résolution de certains différends soit laissée aux tribunaux privés. Elles sont très rares ; et leur nombre est encore moindre dans le domaine de l'arbitrage international, où l'autonomie des parties ne sera limitée que si la prohibition découle d'une règle d'ordre public au sens international. Cela exclut, par exemple, que l'interdiction faite à la personne morale de droit français de compromettre, ou que les limites posées par le Code civil français à la validité de la clause compromissoire puissent avoir un impact sur la notion d'arbitrabilité, dans ce contexte.

En droit américain aussi, les limites à l'arbitrabilité posées par les législations des États fédérés perdent leur efficacité lorsque le différend rentre dans le domaine d'application du FAA ou de la Convention de New York.

#### 2- Les réserves impératives de compétence.

On ne peut pas interpréter toute réserve de compétence comme interdisant l'arbitrage. L'arbitrabilité ne sera exclue, en principe, que lorsque la compétence est réservée au tribunal étatique de façon *exclusive et impérative*.

Même en présence d'une réserve de compétence impérative et exclusive, son effet sur l'arbitrabilité sera strictement limité à la *question* réservée au tribunal étatique.

Cela est vrai, autant pour les réserves de compétence impératives et exclusives en raison de leur *nature* (parce qu'elles concernent des situations litigieuses découlant d'un acte que seul l'État peut accomplir : par exemple, une déclaration de divorce, une concession de brevets, une déclaration de faillite), que pour les réserves posées

par le législateur relativement aux situations litigieuses qui ont leur origine dans un acte privé.

Ainsi, par exemple, à la suite de l'ouverture d'une procédure collective, le différend concernant *l'existence ou le montant d'une créance sera arbitrable*. Mais l'arbitre ne sera pas compétent lorsqu'il s'agira de *qualifier la créance* au regard de la procédure collective. De même, en ce qui concerne les différends en matière de propriété industrielle, la non-arbitrabilité est limitée à la question de la *validité du brevet*.

Nous avons pourtant souligné que même ce type de différends est arbitrable lorsqu'un État, bien que gardant nécessairement compétence exclusive pour rendre des décisions ayant valeur absolue concernant la validité du brevet, reconnaît la possibilité qu'un autre tribunal décide sur la validité du brevet même. La force de cette décision est toutefois limitée aux parties (c'est le cas aux États-Unis).

Par contre, lorsque l'État n'admet pas qu'il puisse y avoir des décisions de ce type ayant effet uniquement entre les parties, lui seul pourra alors décider de la validité d'un brevet (c'est le cas en France).

Parmi les réserves de compétence posées comme impératives et exclusives par le législateur, certaines visent à réserver *l'interprétation* d'une norme à un organe *ad hoc* (par exemple, la compétence exclusive de la Cour de Justice européenne relativement à l'interprétation du Traité C.E.E.). La mesure dans laquelle cette réserve a un impact sur l'arbitrabilité dépend d'une telle multitude de facteurs qu'elle ne peut qu'être établie cas par cas.

Certaines normes réservent à un organe désigné (par exemple, la Commission de la C.E.E. ou, aux États-Unis, l'International Trade Commission) l'enquête et la décision sur *la nature anticoncurrentielle des actes* qui peuvent, en même temps, faire l'objet d'un litige porté devant l'arbitre. Dans ce cas aussi, lorsque le litige objet de la convention d'arbitrage est lié à une enquête en cours, il reviendra à l'arbitre d'apprécier, dans chaque cas, si la décision de la Commission pourra avoir un impact tel sur sa décision qu'il doive s'abstenir d'exercer sa compétence (inarbitrabilité incidente).

Un exemple rare de réserve de compétence ayant une étendue est assez large qu'elle exclut l'arbitrage sur une *matière entière* est celui qui existe en France dans le domaine du droit du travail. La compétence prud'homale exclusive et impérative sur les litiges naissant d'un rapport de travail est toutefois limitée dans le temps, à la

durée du rapport. Les arbitres seront donc compétents pour appliquer les règles impératives du Code de travail, une fois le rapport terminé.

### **Chapitre 3 - Autres critères traditionnellement utilisés dans la détermination des questions intéressant l'ordre public.**

Une plus grande confiance accordée aux arbitres a réduit l'utilité de deux autres critères traditionnellement utilisés pour déterminer si les parties peuvent soustraire un différend à la justice étatique : celui de la libre disposition du droit au fond (Section 1) et celui de la violation de l'ordre public dans le contrat principal (Section 2).

#### *Section 1 - La libre disposition du droit au fond.*

Notre but dans cette section, est de souligner les difficultés qui naissent lorsqu'on lie automatiquement la notion d'arbitrabilité à la libre disposition du droit litigieux.

Nous partirons de l'examen de l'utilisation traditionnelle de la notion de la libre disposition des droits litigieux comme critère d'exclusion de l'arbitrage (Par. 1) pour examiner la pratique jurisprudentielle actuelle française (Par. 2) et américaine (Par. 3). Nous concluons en examinant la solution offerte par le législateur suisse qui a remplacé le critère de libre disposition par celui de la nature patrimoniale du droit litigieux (Par. 4).

#### Par. 1 - Le lien entre compétence de l'arbitre et libre disposition du droit au fond - Généralités.

La libre disposition du droit au fond est une notion traditionnellement utilisée pour limiter l'arbitrage.

L'article 2059 du Code civil français prévoit, par exemple, que "toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition"<sup>1016</sup>.

Dans les juridictions de *common law* aussi, la *public policy* intervient pour lier le concept d'arbitrabilité à celui de disponibilité des droits de fond. Le principe a été bien établi que :

---

<sup>1016</sup>

La libre disposition du droit litigieux est donc posé comme un concept parallèle à celui de l'ordre public qui est prévu comme une limite à l'arbitrage par l'article 2060 du même Code. Voir aussi, l'article 5 du *Concordat intercantonal sur l'arbitrage suisse* du 27 mars 1969, d'après lequel "est arbitral tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi".

*"Every person who has a right of which he can dispose is competent to submit questions affecting that right to arbitration, and any disabilities that affect that right of disposal will equally affect his right of submission"*<sup>1017</sup>.

Il semble, en effet, assez logique que, si la validité d'un contrat exige en tout premier lieu, la libre disposition des droits concernés par le contrat même, leur non-disponibilité entraîne l'invalidité de *toute convention* qui les concerne, y compris les conventions visant à résoudre les litiges concernant les droits eux-mêmes, tels que la convention d'arbitrage et la transaction.

En partant de cette prémisse, on peut alors faire coïncider le domaine d'application de la convention arbitrale avec le champs de la transaction<sup>1018</sup>, comme le fait par exemple l'article 806 du Code de procédure civile italien<sup>1019</sup>.

En effet, il existe entre l'arbitrage et la transaction, plusieurs points communs, qui résultent du fait que ces deux actes ont le même but, la résolution d'un litige née ou à naître. La transaction, de même que l'arbitrage est un contrat visant la production d'effets juridictionnels ; effets qui sont normalement reconnus par l'État<sup>1020</sup>.

<sup>1017</sup>

Anthony WALTON and Maria VITORIA, *RUSSELL on Arbitration*, Twentieth éd, London, Stevens & Sons éd., 1982, p. 29.

<sup>1018</sup>

Louis BOYER, "Transaction", dans *Encyclopédie Dalloz*, p. 2 : "La transaction est un contrat synallagmatique par lequel les contractants terminent une contestation née ou à naître en se consentant des concessions réciproques". Voir aussi, l'article 2044 du Code civil français : "La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou previent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit".

Article 2631 du Code civil du Québec : "La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques.

Elle est indivisible quant à son objet".

Voir ainsi *Kielo c. Vekteris*, [1975] C.A. 856, comme cité dans *Mancone c. Productions Urgence Inc.*, C.S.M. 19 avril 1999, No. 500-05-019434-966, [1999] J.Q. 1374, par. 142 : "La transaction et le compromis se ressemblent en ce qu'ils sont tous deux des contrats synallagmatiques dont l'objet est de mettre fin à un litige, à un différend qui existe entre des parties, et ce, sans avoir recours aux tribunaux".

<sup>1019</sup>

D'après ce dernier article sont exclus de l'arbitrage les litiges surgissant des rapports de travail (article 422 C.p.c.), les litiges concernant les assurances sociales et les maladies professionnelles, et plus généralement, tous les litiges en matière d'assistance publique (article 442 C.p.c.), les questions concernant l'état de la personne, la séparation entre époux et *les autres litiges qui ne peuvent pas faire objet de transaction*.

<sup>1020</sup>

Ainsi, voir par exemple, l'article 2052 du Code civil français : "Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion". L'article 2633 du Code civil du Québec prévoit : "La

Mais, est-il vraiment approprié de déterminer la validité de la convention d'arbitrage par référence à la transaction? Doit-on conclure automatiquement que l'on peut compromettre sur les questions sur lesquelles on peut transiger? Comme le souligne M. Prujiner<sup>1021</sup>, "*ce principe n'est pas toujours admis*". La transaction ne peut pas être assimilée à une convention d'arbitrage. Ces deux contrats se distinguent, autant du point de vue de la méthode utilisée pour mettre fin au litige<sup>1022</sup>, que du point de vue de leur résultat. Comme l'a noté la Cour d'appel du Québec en 1975, dans l'affaire *Kielo c. Vekteris*<sup>1023</sup>,

*"Par le compromis, les parties ne règlent pas elles-mêmes ces différends ; il n'y est pas question pour l'une ou l'autre de faire des concessions. Le seul droit auquel elles renoncent, c'est le recours aux tribunaux ; elles conviennent de faire juger leur litige par une ou plusieurs personnes qu'elles choisissent, lesquelles personnes ont pour mission de juger le litige à son mérite sans pouvoir faire aucune concession pour et au nom des parties".*

Par conséquent, si parfois la référence à la transaction se justifie parce que une certaine corrélation entre ces deux contrats est indéniable, elle peut aussi conduire à des résultats décevants, notamment, comme nous le verrons, en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges futurs et la validité de la clause compromissoire.

Nous nous poserons alors la question de savoir si, dans certains cas, une question peut faire l'objet d'une transaction afin d'établir si la même conclusion se transpose en matière d'arbitrage. Précisons toutefois que cela ne signifie pas qu'un litige arbitral puisse nécessairement être résolu par voie de transaction, ni qu'une

---

transaction a, entre les parties, l'autorité de chose jugée. La transaction n'est susceptible d'exécution qu'après avoir été homologuée".

Sur les similarités existantes entre la procédure d'homologation d'un acte de transaction et celle d'une sentence arbitrale, voir par exemple, *Gestion St-Gilles inc. c. Laidlaw Waste Systems (Canada) Ltd.* C.S.Q., 2 septembre 1998, No. 200-05-006559-979, [1998] A.Q. no 2804.

Voir aussi l'article 3163 du Code civil du Québec qui prévoit : "Les transactions exécutoires au lieu d'origine sont reconnues et, le cas échéant, déclarées exécutoires au Québec aux mêmes conditions que les décisions judiciaires pour autant que ces conditions leur sont applicables".

<sup>1021</sup> A. PRUJINER, "Validité et efficacité de la convention d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 267.

<sup>1022</sup> Par la transaction les parties mettent elles-mêmes fin à un litige par des concessions réciproques ; le but de la convention d'arbitrage est de faire régler le litige par un tiers.

<sup>1023</sup> *Kielo c. Vekteris*, précité, note 1018. (Nos emphases). Comme le souligne aussi M. David (R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, note 401, p. 496) le résultat de la convention d'arbitrage est la sentence arbitrale qui a normalement une fonction déclaratoire : l'arbitre établit les droit respectifs des parties en appliquant les règles de droit.

question par rapport à laquelle la transaction est permise soit automatiquement arbitrabable.

De toute façon, l'existence indéniable d'un lien entre la libre disposition du droit litigieux et l'arbitrage<sup>1024</sup> nous oblige à préciser ce qu'est un "droit disponible"<sup>1025</sup>, ce qui nous oblige de saisir ce qu'on entend par "libre disposition des droits".

Chaque fois que le titulaire d'un droit en dispose de quelque façon que ce soit, il modifie sa position juridique par rapport au droit lui-même. Cette modification peut se révéler au plan de l'existence même du droit, autant qu'au plan du lien entre le titulaire et le droit<sup>1026</sup>.

Un droit est par conséquent indisponible lorsque son titulaire ne peut accomplir des actes qui en opèrent le transfert, la limitation ou le renonciation<sup>1027</sup>. En limitant la libre disposition du droit, l'État vise donc à maintenir inchangés - dans l'intérêt du titulaire, aussi bien que dans celui de la communauté -, autant l'existence du droit que son lien avec son titulaire<sup>1028</sup>.

Il faut toutefois prendre garde de ne pas confondre les *limites posées à la libre disposition d'un droit* avec les *normes qui posent ces limites*<sup>1029</sup>. Ainsi par exemple, en matière de transaction, on ne limite pas automatiquement l'autonomie contractuelle des parties lorsque la disposition du droit litigieux est limitée par une règle impérative.

Il semblerait pourtant assez logique, dans ce cas, d'interdire la transaction. Lorsqu'une règle impérative interdit au titulaire du droit litigieux de modifier sa position juridique par rapport au droit lui-même, la transaction sur ce droit devrait elle aussi être interdite puisque transiger signifie précisément s'entendre par des

<sup>1024</sup>

Guy HORSMANS, "L'arbitrage et l'ordre public interne belge", (1978) *Rev. Arb.* 79-94, p. 90 ; H. MOTULSKY, *Écrits - Études et Notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 848, p. 54 ; P. MAYER, "L'interférence des lois de police", *op. cit.*, note 370, p. 38 ; P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 6 et p. 19 ; Voir aussi, B. OPPETIT, "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978", *op. cit.*, note 942, p. 88.

<sup>1025</sup>

P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 219 et s. : "Les droits disponibles sont arbitrables".

<sup>1026</sup>

A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato - Commentario*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 3.

<sup>1027</sup>

*Ibid.*, p. 4.

<sup>1028</sup>

*Idem.*

<sup>1029</sup>

*Idem.*

concessions ou des réserves réciproques<sup>1030</sup>. Comment pourrait-on faire des concessions sur un droit sans modifier sa position juridique par rapport à celui-ci ?

Pourtant la jurisprudence distingue, en matière de transaction, entre les droits par rapports auxquels on ne peut *jamais* modifier sa position juridique sans l'intervention de l'État (notamment, capacité, divorce, et plus généralement, les droits portant sur les choses hors commerce), et les *droits de nature patrimoniale*, dont la disposition est limitée par des règles d'ordre public économique.

Dans ce cas, *après la naissance du litige* (une fois que le droit litigieux a été identifié), rien ne s'oppose à ce que la partie protégée y renonce en échange d'une contrepartie. La transaction est alors possible, même si la renonciation par avance aux droits n'est pas permise<sup>1031</sup>.

Ainsi, comme le note M. Boyer<sup>1032</sup>, si aucune transaction ne peut couvrir un litige touchant à une violation de l'ordre public qui comporte une *nullité absolue* (sauf dans le cas où la transaction ne vise précisément à traiter de la nullité)<sup>1033</sup>, il sera par contre permis, de transiger pour mettre fin à un litige déjà né, lorsque l'objet du litige concerne une *nullité relative*<sup>1034</sup>.

Cette conclusion peut-elle être transposée en matière d'arbitrage<sup>1035</sup>? En principe, il nous semble qu'elle ne le peut que dans une certaine mesure.

Ainsi, il est certain, par exemple, que lorsque le droit litigieux trouve son origine dans un acte que seul l'État peut accomplir dans l'exercice de sa souveraineté (par exemple, en matière d'état des personnes ou en matière de droits relatifs aux choses hors commerce), *ni la transaction, ni l'arbitrage ne sont permis*. L'État est alors

<sup>1030</sup>

L. BOYER, "Transaction", *op. cit.*, note 1018, p. 2.

<sup>1031</sup>

*Garcia Transport Ltée c. Royal Trust Co.*, précité, note 332. Voir B. LEFEBVRE, "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec", *op. cit.*, note 302, p. 159.

<sup>1032</sup>

L. BOYER, "Transaction", *op. cit.*, note 1018, p. 15.

<sup>1033</sup>

Voir B. OPPETIT, note sous l'arrêt *Société Impex c. Société Malteria Adriatica*, *op. cit.*, note 67, p. 67.

<sup>1034</sup>

L. BOYER, "Transaction", *op. cit.*, note 1018, p. 15. Voir aussi, Evelyne SERVERIN, Pierre LASCOUMES, Thierry LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Paris, 1987, Éd. Economica, p. 45. Ainsi, par exemple, le travailleur pourra, après la rupture du contrat de travail transiger par rapport à des salaires déjà échus, aux indemnités de licenciement aussi bien qu'aux dommages-intérêts découlant du non-respect des modalités prévues pour le licenciement.

<sup>1035</sup>

Voir A. PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 267.

impliqué comme institution souveraine et le droit naît d'un *rapport direct entre la puissance de l'État et la partie privée*. La disposition de ces droits est nécessairement limitée par leur nature même.

Toutefois, la plupart des droits trouvent leur origine dans la volonté des parties (par exemple, les droits respectifs des parties à un contrat de vente). Si, en principe, l'exercice de ces droits est laissé à la volonté privée, leur disposition n'est pas toujours libre. Elle peut parfois être limitée par des normes impératives<sup>1036</sup>. Le but de ces règles est souvent de protéger la partie contractuellement la plus faible.

Lorsque la libre disposition d'un droit est limitée par une règle impérative, l'impact de cette limite sur l'arbitrage (et la corrélation entre arbitrage et transaction) dépend du point de vue que l'on adopte. Deux perceptions sont possibles :

1 - On peut partir de l'idée que l'arbitre n'appliquera pas la règle impérative ou qu'il ne l'appliquera pas correctement. La convention d'arbitrage équivaut alors à une renonciation au droit de fond.

Lorsqu'on accepte cette solution, l'exclusion de l'arbitrage est une *mesure préventive* pour éviter la *possibilité* d'une décision contraire à l'ordre public.

Comme le soutient M. Ancel :

*"Ce souci de protection de la personne contre elle-même conduit naturellement à exclure la convention d'arbitrage, dans la mesure où la renonciation aux garanties qu'offre le tribunal étatique est assimilée traditionnellement à la renonciation au droit lui-même"*<sup>1037</sup>.

Cette tendance qui a caractérisé la jurisprudence la plus ancienne, se justifiait par la méfiance envers les arbitres ; cette même méfiance qui conduisait à nier la compétence arbitrale dans l'application de toute autre norme impérative.

Adopter cette solution signifie essentiellement faire coïncider la compétence législative avec la compétence juridictionnelle<sup>1038</sup>. On fait aussi coïncider les champs de l'arbitrage et de la transaction.

<sup>1036</sup>

G. HORSMANS, "L'arbitrage et l'ordre public interne belge", *op. cit.*, note 1024, p. 90.

<sup>1037</sup>

P. ANCEL, "Arbitrage - convention d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 19.

<sup>1038</sup>

A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato - Commentario*, *op. cit.*, note 1026, p. 5. On met sur le même plan les limites posées à la libre disposition du droit litigieux et les limites posées au droit de renoncer à la justice étatique par rapport à ce droit.

Ainsi, par exemple, en matière de consommation, le consommateur ne peut pas renoncer aux garanties offertes par la loi. Il est alors évident, par exemple, que la transaction conclue en même temps que le contrat de consommation, par laquelle le consommateur (pour éviter un litige à naître) renonce à se prévaloir de ces garanties en échange d'un rabais de prix, ne sera pas valable.

Cela ne l'empêchera pas toutefois, une fois le litige né, de s'accorder avec le commerçant, en renonçant à porter son action devant le tribunal en échange, par exemple, d'un remboursement. La transaction est alors possible *après* la naissance du litige<sup>1039</sup>.

Comme le souligne M. Level, les droits litigieux sont alors des "droits indisponibles à l'état de droit éventuels et disponibles à l'état de droit né et actuel"<sup>1040</sup>.

Comme nous l'avons souligné, l'interdiction de la clause compromissoire était l'une des manifestations les plus flagrantes de l'ancienne méfiance envers l'arbitrage. La tendance plus moderne, au contraire (comme nous le verrons plus en détails lorsque nous examinerons les droits nationaux), met sur le même plan clause compromissoire et compromis<sup>1041</sup>.

2 - La seconde possibilité se base sur l'idée que l'arbitre, conscient de l'existence de normes impératives, les appliquera correctement et que, de toute façon, en cas de non-application ou de mauvaise application de ces règles impératives, la partie lésée ne sera pas privée de la protection offerte par la loi, puisque toute décision contraire à l'ordre public du *for* sera refusée au moment du contrôle final.

Dans ce cas, on refuse de faire de la convention arbitrale une notion équivalant à celle de renonciation au droit de fond ; peu importe alors que le droit litigieux ait déjà été identifié au moment où on choisit le tribunal compétent, le *résultat* sera le même. L'arbitrage sera permis et la distinction entre compromis et clause

---

1039

Dans le même sens, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 58-59.

1040

P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 222.

1041

Reconnaître en principe la validité de la clause compromissoire signifie étendre énormément le domaine de l'arbitrage puisqu'il est assez évident que, dans la plupart des cas, il est plus probable que les parties s'accordent sur les moyens à mettre en œuvre pour résoudre leurs différends éventuels avant leur naissance, lorsqu'elles entretiennent encore des rapports amicaux.

compromissoire perdra de sa signification. Puisque l'on admet l'arbitrage de litiges futurs et que l'on exclut la possibilité de transiger lorsque le litige n'est pas encore né, le domaine de l'arbitrage est alors plus étendu que celui de la transaction.

Cette seconde solution est celle adoptée par la jurisprudence la plus récente, qui refuse précisément d'assimiler la renonciation aux garanties offertes par le tribunal étatique à la renonciation au droit au fond lui-même.

Elle tire sa justification de ce que les garanties offertes par la justice étatique ne cessent pas d'exister à cause de l'arbitrage. On accepte simplement que la *protection étatique* soit *différée* au moment du contrôle sur la sentence arbitrale. On revient alors, par cette solution, à la *second look doctrine*.

Reste la question de savoir si une protection *différée* est acceptable dans un domaine où la préoccupation exclusive du législateur est de protéger au mieux la partie la plus faible. Si le législateur considère que cette solution ne protège pas adéquatement la partie faible, il peut intervenir directement au niveau de la compétence juridictionnelle, en limitant le droit des parties à renoncer à la justice étatique par une interdiction expresse de l'arbitrage ou par une réserve de compétence.

En conclusion, si on accepte cette solution, seuls *les droits indisponibles suivant leur nature* seront exclus en principe de l'arbitrage. Lors d'une déclaration de divorce ou d'une question de capacité, par exemple, le problème ne se pose pas en terme de correcte application des règles, mais en terme de rapport entre l'État et les justiciables.

Par contre, les litiges concernant des droits de *nature patrimoniale* dont la libre disposition est limitée par des règles impératives pourraient être soumis à l'arbitrage, à moins que le législateur n'intervienne *au niveau de la compétence juridictionnelle*, en limitant explicitement le droit des parties de renoncer à la justice étatique.

Mais alors, la libre disposition du droit au fond ne constitue plus un critère approprié pour déterminer si un litige peut être soumis à l'arbitrage : on répond à la question de savoir si l'arbitre est compétent en examinant question par question<sup>1042</sup>.

Dans les pages suivantes, nous verrons que la jurisprudence, autant française (Par. 2), qu'américaine, (Par. 3), n'exclut pas, en principe, l'arbitrage lorsque la libre

---

<sup>1042</sup>

*Ibid*, p. 224.

disposition du droit litigieux est limitée par des règles impératives. Nous nous arrêterons ensuite sur l'examen d'un critère de plus en plus utilisé dans la détermination de l'arbitrabilité à la place de celui de la libre disposition du droit au fond : celui de la *patrimonialité*.

#### Par. 2 - La position française.

La limite à l'arbitrage découlant de la distinction entre "droits indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel"<sup>1043</sup> a été déclaré inapplicable en France, dans les rapports de droit international privé régis par une loi étrangère, par l'arrêt *Mardèle*, rendu en 1931<sup>1044</sup>.

Depuis l'arrêt *Menicucci*<sup>1045</sup> de 1975, la jurisprudence française a créé une règle matérielle à but international admettant la validité de la clause compromissoire.

Finalement, la réforme de 1995<sup>1046</sup> (ayant pour but d'intégrer dans le droit français certaines directives communautaires) a changé aussi la pratique de la clause compromissoire mixte en droit interne.

En ce qui concerne les droits dont la libre disposition est limitée par une règle impérative indépendamment du fait qu'un litige existe déjà ou non, nous avons noté que la jurisprudence française la plus ancienne interprétait l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile (dont l'essence a été reprise par l'article 2060 du Code civil) en niant l'arbitrabilité de tout différend soumis à une réglementation impérative<sup>1047</sup>.

À cette époque, la distinction entre les droits non-disponibles en raison de leur nature et les droits dont la non-disponibilité découlait d'une règle impérative n'avait, effectivement, aucune importance au plan pratique : l'arbitrage était exclu dans tous les cas<sup>1048</sup>.

---

1043

*Idem.*

1044

*Mardèle c. Müller, précité*, note 901.

1045

*Menicucci c. Mahieux, précité*, note 804.

1046

Loi n° 95-96 du 1er février 1995, J.O. 2 février 1995.

1047

*Supra*, p. 302 et s.

1048

Notons que la doctrine a toujours éprouvé des difficultés à donner une interprétation harmonieuse des articles 2059 et 2060 du Code civil français. J.H. MOITRY, "Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* ?", *op. cit.*, note 923, p. 6 et s. Ces difficultés ont mené à considérer redondant l'un ou l'autre de ces articles. Comme l'a souligné M. Ancel, (P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 19), la doctrine

Dorénavant, d'après l'actuelle jurisprudence française, l'arbitre est considéré compétent, en principe, pour appliquer les règles impératives. Il revient donc au tribunal de décider si le souci de protection manifesté par le législateur par l'imposition de limites à la libre disposition du droit au fond doit être entendu comme une interdiction à l'arbitrage.

Comme le notait déjà en 1954, M. Motulsky<sup>1049</sup>, si l'interdiction de l'arbitrage peut être admise sans difficultés dans le cas où "le compromis [...] porte [...] sur *la disposition de choses qui ne sont pas dans le commerce*", quand l'on se trouve "dans le domaine de la réglementation économique, l'ordre public veut simplement que le respect de cette réglementation soit assuré"<sup>1050</sup>.

Plus récemment, Mme Fauvarque-Cosson ajoute<sup>1051</sup> :

*"[L]’indisponibilité du droit subjectif ne résulte pas de l’impérativité de la règle qui le régit. [...] En matière contractuelle, il peut y avoir des règles d’ordre public ou même des lois de police. Ce n’est pas cela qui importe ; ce qui compte c’est la nature des droits qui naissent de la situation juridique ; il faut que le titulaire soit en mesure de l’exercer librement (ce qui n’est pas le cas, par exemple, du salarié qui se trouve dans un état de subordination à l’égard de son employeur)".*

---

française est divisée entre les auteurs qui ont montré un curieux manque d'intérêt envers l'article 2059 du Code civil et qui l'ont absorbé dans l'article 2060, et ceux qui, au contraire, considèrent la notion de disponibilité comme un critère suffisant pour la détermination de ce qui est arbitral. Ainsi, P. LEVEL, ("L'arbitrabilité" *op. cit.*, note 23, p. 233), définit l'article 2060 comme un "*complément inutile et équivoque de l'article 2059*". Voir aussi B. OPPETIT, "L'arbitrage en matière de brevets d'invention d'après la loi du 13 juillet 1978", *op. cit.*, note 942, p. 659 : "[P]eut-être n'a-t-on pas suffisamment développé l'analyse rationnelle dans cette voie et conviendra-t-il de tirer profit du renouvellement que pourrait apporter au débat le concept de la libre disponibilité des droits sur lequel repose l'article 2059, que le législateur a cru devoir expliciter par la référence à l'ordre public dans l'article 2060, mais qui aurait pu constituer à lui seul un critère de l'arbitrabilité et sur lequel on n'a peut-être pas mis assez l'accent".

<sup>1049</sup>

H. MOTULSKY, note sous l'arrêt *Sté Anonyme Agricole c. Torris*, *op. cit.*, note 853.

<sup>1050</sup>

(*Nos emphases*). Voir aussi la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4604 de 1984, *Chunet* 1985.973, obs. Derains, à propos de l'interprétation de l'article 5 du Concordat intercantonal Suisse sur l'arbitrage : si "la prétention invoquée par le demandeur a un caractère disponible, [...] le fait que le défendeur lui oppose une objection ou une défense tirée du droit matériel et qui touche à l'ordre public n'y change rien. Il ne faut en effet pas confondre 'l'objet de l'arbitrage', qui est un litige portant sur un droit relevant de la libre disposition des parties, et les règles légales qui sont applicables à la solution du litige". (*Nos italiques*).

<sup>1051</sup>

Bénédictte FAUVARQUE-COSSON, note sous *Hannover International et autre c. M.R. Baranger et autre*, Cass. Civ. 1ère ch., 6 mai 1997, *Rev.cr.dr.int.pr.* 515-526, p. 523.

En effet, comme nous l'avons noté, le droit du travailleur de renoncer à la justice étatique n'est limité que *pendant* la durée du rapport de travail. Une fois son contrat terminé, *la compétence impérative et exclusive* reconnue au tribunal prud'homal cesse d'exister.

Pour établir si l'ordre public agit aussi au niveau de la compétence juridictionnelle, et non uniquement au niveau de la libre disposition du droit litigieux, un examen *question par question* est alors nécessaire. Dans chaque cas, il faudra se demander, si la *nature* du droit permet que le litige soit tranché par l'arbitre, si sa compétence n'est pas limitée par des règles visant spécifiquement à réserver la résolution du litige au tribunal public et éventuellement, si d'autres raisons existent qui justifient l'exclusion de l'arbitrage.

Les mêmes conclusions s'appliquent au droit de la consommation. Comme l'ont affirmé la Cour d'appel de Paris<sup>1052</sup> puis la Cour de cassation<sup>1053</sup>, dans l'affaire *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, dans le domaine des rapports de droit international, "*l'éventuelle applicabilité au litige de la réglementation protectrice du consommateur [...], [n'est pas] de nature, en elle-même, à exclure la compétence arbitrale*"<sup>1054</sup>.

Pourtant, en raison justement du fait *qu'en principe*, la nature d'ordre public de la norme qui limite la libre disposition du droit ne suffit pas à révéler l'intention du législateur d'exclure l'arbitrage, il serait préférable que, dans certains cas particuliers, le législateur manifeste sa volonté d'une façon expresse, par une interdiction explicite de l'arbitrage ou par une réserve de compétence impérative.

<sup>1052</sup>

*Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Paris, 1ère ch. D, 7 décembre 1994, précité, note 810.

<sup>1053</sup>

*Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Cass. civ. 1ère ch., 21 mai 1997, précité, note 810.

<sup>1054</sup>

Cela bien que l'article L.135-1 du Code de la consommation (inséré par la loi n° 95-96 du 1 février 1995 aux articles 5 et 6, J.O. du 2 février 1995) intitulé "Du conflit des lois relatives aux clauses abusives", exclut expressément la validité de toute convention par laquelle le consommateur renonce à la protection offerte par les règles posées par la loi française contre les clauses abusives : "Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté". Voir aussi, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., note 74, p. 362.

C'est précisément ce qu'a fait le législateur québécois en matière de rapports de travail et de consommation<sup>1055</sup> et ce qu'a fait aussi, dans une certaine mesure, le législateur français, par la réforme de 1995 applicable aux rapports de consommation de droit interne.

Cette réforme s'est concrétisée dans l'article L. 132-1 du Code français de la consommation<sup>1056</sup> portant sur les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs. L'article L. 132-1 considère abusives les clauses "*qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*". Cet article distingue les clauses qui "*doivent être considérées comme abusives au sens du premier alinéa*"<sup>1057</sup>, des clauses qui "*peuvent être considérées comme abusives*"<sup>1058</sup>. Une liste "indicative et non-exhaustive" des clauses qui *peuvent* être considérées comme abusives est dressée dans une annexe au même article. Cette liste comprend :

*"1. Clauses ayant pour objet ou pour effet : [...]  
q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales".*

M. Fouchard<sup>1059</sup>, après avoir souligné les difficultés d'interprétation présentées par ce texte, conclut que la clause visée par cet article est la clause compromissaire

---

<sup>1055</sup> Voir *infra*, p. 448 et s.

<sup>1056</sup> Loi n° 95-96 du 1er février 1995, J.O. 2 février 1995, p. 1755. Voir Ph. FOUCHARD, "Information - Clauses abusives en matière d'arbitrage", *op. cit.*, note 902. Le but de cette loi était d'introduire en France la directive 93/12 du Conseil des Communautés européennes, rendue le 5 avril 1993 (J.O.C.E., 21 avril 1993, L. 95).

<sup>1057</sup> Le deuxième alinéa de l'article L. 132-1 prévoit : "Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa".

<sup>1058</sup> Le troisième alinéa de l'article L. 132-1 prévoit : "Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. *En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause*". (Nos italiques).

<sup>1059</sup> Ph. FOUCHARD, "Information - Clauses abusives en matière d'arbitrage", *op. cit.*, note 902, p. 149.

de droit commun dont traite l'article 1442 du Nouveau Code de procédure civile français.

Cette forme de protection souple a donc remplacé la méthode plus ancienne qui, basée sur une *présomption légale absolue* de la nature abusive de ces types de rapports, se traduisait par la nullité de la clause compromissoire mixte en droit interne (article 2061 du Code civil français).

On pourrait légitimement se poser la question de savoir pourquoi l'application de cette règle est limitée au seul droit interne de l'arbitrage.

En effet, comme le soulignent MM. Dubarry et Loquin, dans leur note sous l'arrêt *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*<sup>1060</sup>, autant le coût de la procédure arbitrale, que sa relative complexité pourraient décourager le consommateur ; l'arbitrage ne semble donc pas constituer la procédure la plus adaptée dans la résolution de ce type de litiges, ni en droit interne ni, *et encore moins*, en droit international, puisque le choix du siège arbitral par le professionnel peut obliger le consommateur à aller à l'étranger.

En matière d'ordre public de protection, le discours ne porte donc plus uniquement sur les capacités des arbitres mais *aussi* sur *l'accessibilité à la justice*<sup>1061</sup>.

Les points à retenir sont donc les suivants :

- Une plus grande confiance dans la capacité des arbitres a conduit la jurisprudence française à reconnaître en principe la compétence arbitrale dans la résolution de litiges soumis à une réglementation d'ordre public. Conséquemment, le seul fait qu'un droit trouve sa source dans une règle impérative (qui en exclue ou en limite la libre disposition) n'est plus suffisant pour impliquer que tout différend concernant ce droit ne pourra pas être résolu par l'arbitre. Si la norme est correctement appliquée par l'arbitre, le droit sera de toute façon protégé.

<sup>1060</sup>

DUBARRY et LOQUIN, note sous *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Paris, 7 décembre 1994, *RTD com.* 1995.II.402-408, p. 404.

<sup>1061</sup>

Charles JARROSON, note sous *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Paris, 7 décembre 1994, *1994.Rev. Arb.* 250-258, p. 255 ; Vincent HEUZÉ, note sous *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Cass. civ., 21 mai 1997, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1997.88-98, p. 89. Voir aussi J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 62 et s.

- Le critère de la libre disposition du droit litigieux n'est plus un critère pertinent pour déterminer si le litige peut être tranché par l'arbitre. On peut cependant retenir la position classique, dans la mesure où l'on se rappelle que, de toute façon, en principe, seule l'*indisponibilité qui découle de la nature du droit litigieux empêche l'arbitrage*.

### Par. 3 - La position américaine.

En ce qui concerne l'interdiction de soumettre à l'arbitrage des différends futurs, notons premièrement que, si elle n'a jamais fait partie de la tradition des juridictions de *common law*, elle était par contre connue et utilisée par la jurisprudence américaine. Si donc, à la différence de la France, les États-Unis n'ont jamais connu une interdiction générale de compromettre sur des différends futurs, on parvenait tout de même à nier la compétence arbitrale sur la base d'une clause compromissoire<sup>1062</sup>.

Aux États-Unis, le principe de la validité de la clause compromissoire vient d'être posé par l'arrêt *Mitsubishi*<sup>1063</sup>. En reconnaissant la validité de la clause compromissoire dès que l'on constate que la matière n'est pas "*inherently unsusceptible to resolution by arbitration*"<sup>1064</sup>, la Cour Suprême a effectivement nié

<sup>1062</sup>

Le point de départ était celui de l'arbitrabilité de la question en examen. En matière de droit de la concurrence, en particulier, l'arrêt *American Safety* (précité, note 867) avait posé, en 1968, le principe de non-arbitrabilité sur la base du "*pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws*". Cinq ans plus tard, la même Cour, par l'admission de la distinction entre compromis et clause compromissoire, parvint à reconnaître une exception à la doctrine de l'*American Safety*. Dans l'arrêt *Conen v. Pressprich*, 453 F. 2d 1902, cert. denied, 406 U.S. 949 (1972), le deuxième Circuit de la Cour d'appel s'exprime ainsi (p. 1917) : "There have been many statements in Court opinions to the general effect that antitrust claims are not proper subjects for arbitration. [...]. *The court below, however, ruled that arbitration is proper in this case because the agreement to arbitrate was made after the dispute arose. This is consistent with the language in several cases recognizing this exception to the general rule [...]. We base our affirmance squarely on this ground. The courts give as reasons for this that the parties already know just what they are agreeing to arbitrate, and also that, as a claimant is not required to sue and is always free to settle a private triple-damge antitrust case, his agreement to arbitrate is in effect an agreement to settle the dispute.*" (Nos italiques).

<sup>1063</sup>

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, précité, note 396.

La jurisprudence *Conen*, qui avait reconnu la possibilité de se soumettre à l'arbitrage sur la base du compromis, a permis à la Cour Suprême, dans l'arrêt *Mitsubishi* (105 S.Ct. 3346, précité, note 396, p. 3357), de douter de l'opportunité de l'applicabilité de la doctrine de l'*American Safety*.

<sup>1064</sup>

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105 S.Ct. 3346, précité, note 396, p. 3357 : "We might as well have some doubt that even the courts following *American Safety* subscribe fully to the view that antitrust matters are *inherently unsusceptible to resolution by arbitration*, as these same courts have agreed that an undertaking to arbitrate antitrust claims entered into after the dispute arises is acceptable". (Nos italiques).

toute valeur à la distinction entre différend présent et futur sur laquelle reposait la doctrine précédente.

Notons pourtant que si cette distinction a perdu beaucoup de son importance (voire même, dans le domaine des rapports commerciaux internationaux, *toute son importance*), elle peut encore entraver l'arbitrage *si le législateur le prévoit*. Ainsi, par exemple, le *Civil Rights Act of 1991* rend inopposable à l'employé, la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail lorsque la question litigieuse concerne une violation de droits civils<sup>1065</sup>. Le compromis est par contre admis.

Par ailleurs, l'existence d'un lien entre l'incompétence de l'arbitre et les limites posées à la libre disposition du droit au fond avait été reconnue par la Cour Suprême dans l'arrêt *Wilko v. Swan*<sup>1066</sup>.

Par cette décision, la Cour affirma que l'interdiction de renoncer aux droits découlant du *Securities Act* de 1933<sup>1067</sup> incluait celle de renoncer au recours devant le tribunal de droit commun. Elle assimile donc, comme le faisaient les tribunaux français<sup>1068</sup>, *la renonciation aux garanties qu'offre le tribunal étatique à la renonciation au droit lui-même*.

La Cour souligna les inconvénients de l'arbitrage<sup>1069</sup> et les limites de l'éventuelle révision par les tribunaux étatiques<sup>1070</sup>. Cependant, vingt ans plus tard, la même Cour refusait l'application de la doctrine *Wilko* en matière d'arbitrage international. Dans l'arrêt *Sherk v. Alberto Culver*<sup>1071</sup>, elle décida que l'interdiction, posée par le paragraphe 29(a) du même *Act*, de renoncer aux droits découlant du *Securities Exchange Act* de 1934<sup>1072</sup> ne constituait pas une cause de non-arbitrabilité.

Le différend concernait un contrat par lequel Alberto Culver, citoyen américain, avait acheté à Sherk, citoyen allemand, trois entreprises organisées suivant la loi du Liechtenstein et la loi allemande et tous les droits concernant les marques de

<sup>1065</sup>

*Tonyja Duffield, v. Robertson Stephens & Co.*, précité, note 873.

<sup>1066</sup>

346 U.S. 427, 438 (1953).

<sup>1067</sup>

§ 14, 15 U.S.C. § 77n (1982). Cette Section prévoit la nullité de tout acte de disposition sur les droits conférés par le *Securities Act* : "Any condition, stipulation, or provision binding any person acquiring any security to waive compliance with any provision of this subchapter or of the rules and regulations of the Commission shall be void".

<sup>1068</sup>

P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 20.

<sup>1069</sup>

*Wilko v. Swan*, précité, note 866, p. 435-437.

<sup>1070</sup>

*Ibid*, p. 436.

<sup>1071</sup>

*Sherk v. Alberto Culver Co*, précité, note 78.

<sup>1072</sup>

15 U.S.C. § 78a.

commerce et de fabrication relatifs à ces entreprises. Les négociations du contrat eurent lieu aux États-Unis, en Angleterre et en Allemagne. Le contrat fut finalement signé en Suisse. Il contenait une clause compromissoire.

L'acheteur constata par la suite que les marques n'étaient pas libres comme l'avait garanti le vendeur. Suite au refus de ce dernier de résilier le contrat, Alberto Culver saisit la Cour Fédérale de l'Illinois en soutenant la violation du paragraphe 10(b) du *Securities Exchange Act* de 1934 et de la règle connexe établie au paragraphe 10(b) 5<sup>1073</sup>. Sherk rétorqua en demandant le rejet de l'action et, alternativement, la suspension de la procédure étatique en conformité avec la clause compromissoire.

La Cour nia l'arbitrabilité du différend suivant la doctrine *Wilko*. Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel mais renversée par la Cour Suprême qui refusa d'appliquer des règles impératives (qualifiées d'internes) à un rapport de droit international privé<sup>1074</sup>.

Notons que par cet arrêt, la Cour n'affirme pas la compétence de l'arbitre en matière de droits dont la libre disposition était limitée par des règles impératives. Elle se limite uniquement à établir que les règles limitant la disposition des droits de fond concernés perdent leur caractère impératif lorsqu'il s'agit d'un rapport de droit international privé.

La Cour ne parvient donc pas à nier la doctrine *Wilko* relative à l'incompétence de l'arbitre en droit interne, ni à contester que la convention d'arbitrage rentre parmi les *stipulations interdites* par les *Securities Act* de 1933. Cette conclusion ne sera atteinte qu'en 1986, par l'arrêt *Mitsubishi*<sup>1075</sup>.

<sup>1073</sup>

Le paragraphe 10 (b) prohibe l'utilisation de moyens frauduleux dans la vente (intéressant plus d'un État américain) de titres. La Règle 10 b-5 inclue parmi les moyens interdits par le paragraphe 10 b, *mistatements and omissions*. Voir à ce propos, G.M. ESCUDERO, "The Enforceability of Pre-dispute Arbitration Agreements Under 10(b) and 10b-5 Claims", *op. cit.*, note 881.

<sup>1074</sup>

*Sherk v. Alberto Culver Co.*, précité, note 78 : "In *Wilko*, quite apart from the arbitration provision, there was no question but that the laws of the United States generally, and the federal securities laws in particular, would govern disputes arising out of the stock-purchase agreement [...]. In this case, by contrast [...] considerable uncertainty [...] exists, concerning the law applicable to the resolution of disputes arising out of the contract [...]. A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction [...]. A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages".

<sup>1075</sup>

473 U.S. 614, 105 S.Ct. 3346 (1985).

En affirmant l'arbitrabilité en matière de droits naissant d'une loi impérative, la Cour note, dans l'arrêt *Mitsubishi*<sup>1076</sup> :

*"That is not to say that all controversies implicating statutory rights are suitable for arbitration. [...] Just as it is the congressional policy manifested in the Federal Arbitration Act that requires courts liberally to construe the scope of arbitration agreements covered by that Act, it is the congressional intention expressed in some other statute on which the courts must rely to identify any category of claims as to which agreements to arbitrate will be held unenforceable. [...]. For that reason, Soler's concern for statutorily protected classes provides no reason to color the lens through which the arbitration clause is read. By agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute ; it only submits to their resolution in an arbitral rather than a judicial forum. It trades the procedures and opportunity for review of the courtroom for the simplicity, informality, and expedition of arbitration. We must assume that if Congress intended the substantive protection afforded by a given statute to include protection against waiver of the right to a judicial forum that intention will be deducible from text or legislative history"*<sup>1077</sup>.

La solution proposée par *Mitsubishi* nie donc l'assimilation de la renonciation à la justice de l'État à la renonciation au droit litigieux. Parce que les droits des parties (y compris les droits surgissant des "*statutes*") peuvent être protégés par l'arbitre comme par le tribunal étatique, l'arrêt *Mitsubishi* exige que la volonté du législateur d'offrir à la partie la plus faible la protection accrue présentée par l'impossibilité de renoncer à la justice étatique soit expressément formulée.

Mais cette solution se justifie uniquement si on part de la prémisse que l'arbitre appliquera correctement les règles impératives. Par contre, elle ne devrait pas être admise si les parties ont soumis leur litige à une loi étrangère. Dans cette hypothèse, le fait que l'arbitre soit lié par le choix de parties écarte, au moins en principe, la possibilité que les règles impératives en question soient appliquées dans le cas concret.

---

<sup>1076</sup>

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 105 S.Ct. 3346, précité, note 396, p. 3354.

<sup>1077</sup>

(*Nos emphases*). Voir aussi *J.J. Rya & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A. et al.*, 863 F. 2d 315 (4th Cir. 1988) ; (1990) XV *Yearbook* 543. Par cet arrêt, la Cour souligne que, par la convention d'arbitrage, les parties ne renoncent pas à leurs droits mais choisissent simplement un autre moyen de résolution des conflits.

Pourtant, même une *possibilité assez grande* que les droits protégés par une loi impérative ne soient pas reconnus par l'arbitre, ne suffit pas pour que le tribunal public retienne sa compétence. En effet, le choix d'une loi étrangère par les parties ne fait pas obstacle à l'arbitrabilité. L'affaire *Mitsubishi* le démontre puisque le contrat de distribution objet du litige avait été soumis par les parties à la loi suisse<sup>1078</sup>.

Cette conclusion est clairement confirmée par une décision rendue en 1995<sup>1079</sup>. Le litige concernait la prétendue violation de la législation antitrust, l'arbitrage devait avoir lieu en Suisse et la loi applicable était, suivant le choix des parties, la loi suisse.

La partie qui s'opposait à l'arbitrage soutenait que la loi suisse ne reconnaissait pas les "treble damages" prévus par la loi américaine antitrust. L'arbitrage aurait constitué une renonciation à des *statutory rights* d'où la nullité de la convention d'arbitrage.

Mais comme le relève la partie favorable à l'arbitrage, s'il est raisonnable de croire qu'un *tribunal public suisse* sera lié par l'ordre public du *for*, un *tribunal arbitral siégeant en Suisse* sera lié par l'ordre public suisse uniquement dans la mesure où la Suisse présente un lien substantiel (personnel ou territorial) avec le litige<sup>1080</sup>.

La Cour tient compte dans sa décision du fait que certaines décisions préliminaires rendues par le tribunal arbitral révélaient que l'intervention de la loi américaine était fortement probable<sup>1081</sup>. Sa conclusion est la suivante :

*"[I]f any part of a contract, including a choice-of-law provision, waives a party's right to collect damages for antitrust violations, the provision is void for public policy reasons. We do not have such a case here because it is not clear what law the Zurich court will apply. [...] [A]rbitration should go forward even if there is a chance that United States antitrust statutory rights will not be fully recognized, because, should that occur, the aggrieved*

<sup>1078</sup>

B. HANOTIAU, "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", *op. cit.*, note 924, p.

41.

<sup>1079</sup>

*George Fischer Foundry Systems, Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 55 F. 3d 1206 (6th Cir. 1995), U.S. App. LEXIS 13757, (1997) XXII *Yearbook* 897.

<sup>1080</sup>

*Ibid*, (1997) XXII *Yearbook*, p. 901 : "[T]he Swiss Court must follow Swiss public policy, but Swiss international arbitral tribunals, applying foreign laws, must observe the restraints of Swiss public policy only when the dispute has substantial territorial or personal connection with Switzerland".

<sup>1081</sup>

*Ibid*, p. 900.

*litigant may request a federal court, at the award-enforcement stage, to determine whether the arbitration award violates public policy. [...] this case is not ripe for review*"<sup>1082</sup>.

Le tribunal américain part donc de la prémisse selon laquelle, indépendamment de la loi choisie par les parties pour régler leur différend, l'arbitre appliquera la loi américaine. S'il ne l'applique pas, la sentence ne sera pas reconnue. L'influence déterminante est alors, encore une fois, celle de la *second look doctrine*.

La même solution est désormais appliquée en droit interne. Dans l'arrêt *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, rendu en 1987, la Cour Suprême a statué en faveur de l'arbitrabilité en droit interne d'un différend<sup>1083</sup> concernant des droits résultant du paragraphe 10( b) du *Security Exchange Act* de 1934<sup>1084</sup> et du RICO<sup>1085</sup>.

Comme dans l'arrêt *Mitsubishi*, le point de départ de la Cour Suprême est ici la *policy* fédérale, favorable à l'arbitrage, qui impose le devoir aux tribunaux de faire respecter les conventions d'arbitrage. Ce devoir demeure aussi lorsqu'il s'agit d'une demande fondée sur des lois statutaires<sup>1086</sup>.

Les conséquences de l'arrêt *Shearson* sur le plan pratique sont fort importantes. En effet, il ne se contente pas simplement de déclarer l'arbitrabilité en droit interne des différends relatifs à l'application de l'*Exchange Act*. Par sa formulation, cette décision va beaucoup plus loin et transpose les principes jusqu'ici exclusivement utilisés en matière de droit international privé dans le domaine du droit interne. Elle

---

1082

(*Nos emphases*).

1083

*Shearson/American Express Inc. et al. v. McMahon et al.*, précité, note 946.

1084

48 Stat. 891, 15 U.S.C. § 78 (B).

1085

*Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act*, 18 U.S.C. § 1961 *et seq.* En faveur de l'arbitrabilité de ces différends dans les rapports de droit international privé voir, par exemple, *Development Bank of Philippines v. Chemtex Fibers, Inc.*, 617 F. Supp. 55 (1985) ; (1987) XII *Yearbook* 546.

1086

*Shearson/American Express et al. v. Mc Mahon et al.*, 107 S.Ct. 2332, précité, note 946, p. 2337 : "[This] duty to enforce arbitration agreements is not diminished when a party bound by an agreement raises a claim founded on statutory rights. [...]]. The Arbitration Act, standing alone, therefore mandates enforcement of agreements to arbitrate statutory claims. Like any statutory directive, the Arbitration Acts mandate may be overridden by a contrary congressional command. *The burden is on the party opposing arbitration, however, to show that Congress intended to preclude a waiver of judicial remedies for the statutory rights at issue*" (*Nos italiques*).

déclare ainsi arbitrables, en principe, *tous* les différends surgissant à propos de droits dont la disposition est limitée par des lois d'ordre public, à moins que la loi elle-même n'exclut expressément l'arbitrage<sup>1087</sup>.

La Cour Suprême américaine a encore eu l'occasion de se prononcer sur le même sujet et de confirmer la jurisprudence *McMahon* dans l'arrêt *Rodriguez*<sup>1088</sup>.

Qu'il s'agisse du droit international privé ou du droit interne, l'arbitrabilité des différends concernant des droits rendus indisponibles par une norme impérative (*statutory rights*) est donc désormais acceptée par les Cour américaines. On est enfin parvenu à mettre sur le même plan la protection juridique offerte par les tribunaux étatiques et celle offerte par les juridictions privées. Cette nouvelle confiance repose, comme en France, sur la conscience du fait que l'éventuelle contrariété de la décision arbitrale avec la *public policy* du *for* entraînera le refus de la sentence même.

D'après la jurisprudence américaine, la partie la plus faible est alors suffisamment protégée par le contrôle final sur l'arbitrage. Seul le législateur peut décider de lui accorder la protection accrue qui découle de l'indisponibilité du droit de renoncer à la justice publique. Dans ce cas, il doit le faire de façon explicite.

#### Par. 4 - Un critère alternatif : la nature patrimoniale du droit litigieux.

Les problèmes liés au recours à la notion de *libre disposition des droits litigieux* dans la détermination de l'arbitrabilité sont nombreux.

<sup>1087</sup>

À propos de l'arbitrabilité des questions concernant l'application de RICO, la Cour note que : "Unlike the Exchange Act, there is nothing in the text of the RICO statute that even arguably evinces congressional intent to exclude civil RICO claims from the dictates of the Arbitration Act". L'arbitrage n'est pas exclu à cause de la nature, au moins partiellement criminelle, des dispositions de la loi en question, ni de la possibilité subséquente d'avoir une sentence accordant de triple dommages-intérêts (comme l'a démontré l'arrêt *Mitsubishi*). L'arbitrabilité des différends surgissant du RICO avait déjà été reconnue en 1986 dans l'arrêt *Mayaja, Inc. v. Bodkin*, 803 F. 2d 157 (5th Cir. 1986). Voir aussi, *Valero Refining, Inc. v. Trade and Transport, Inc.*, 813 F. 2d 60 (5th Cir. 1987) ; American maritime cases 1987 2100 ; (1988) XIII *Yearbook*, 138 et la note de M. SCOWCROFT sous cet arrêt, (1988) XIII *Yearbook* 141-142.

<sup>1088</sup>

*Rodriguez de Quijas c. Shearson Am. Express*, précité, note 946. Mark WEIBEL, "Federal Securities Arbitration. Does It Provide Adequate Relief?", (1993) *Arb. J.* 54-58. Voir aussi, *Gilmer v. Interstate/Johnson Lan.*, précité, note 949. Par cet arrêt, la Cour avait reconnu, sur la base de *Mitsubishi* (précité, note 396), la compétence de l'arbitre à décider d'un différend concernant les droits surgissant de l'*Age Discrimination*, dans l'*Employment Act* (ADEA). Mais voir, *Tonyja Duffield v. Robertson Stephens Co*, précité, note 876.

Un premier problème découle de la possibilité d'adopter une interprétation trop étendue de la notion, confondant l'indisponibilité du droit avec l'impossibilité de déroger à la norme. On risque alors de limiter le domaine de l'arbitrage sans autre raison que celle de prévenir la possibilité d'une violation de l'ordre public<sup>1089</sup>. Viennent ensuite les difficultés liées à son application dans le contexte de l'arbitrage international.

Comme le souligne M. Bucher, pour pouvoir établir si un droit est disponible, il est nécessaire de référer à la loi applicable au droit litigieux<sup>1090</sup> ; malheureusement, la détermination par un tribunal de ce qui rentre ou ne rentre pas dans la libre disposition des parties, d'après une loi étrangère, représente un processus particulièrement délicat<sup>1091</sup>.

La doctrine française en particulier, considérant la notion de *droit indisponible* comme une notion "très fuyante" note qu'on "gagnerait à dégager un critère plus clair"<sup>1092</sup>.

C'est précisément ce qu'a fait le législateur suisse en 1988, dans sa *Loi fédérale sur le droit international privé*<sup>1093</sup>, dont le premier alinéa de l'article 177 prévoit que "[t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage"<sup>1094</sup>.

<sup>1089</sup>

Voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 356. Ces auteurs considèrent cette notion "inadaptée, en ce qu'elle participe d'une conception qu'on pouvait croire dépassée qui consistait à comprendre l'ensemble du droit en termes de droits subjectifs". Voir aussi, P. LEVEL, "L'arbitrabilité", *op. cit.*, note 23, p. 224.

<sup>1090</sup>

Mais voir J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 173, d'après lequel "la question de la libre disponibilité d'un droit peut [...] relever d'une règle matérielle".

<sup>1091</sup>

Dans ce sens, A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, *op. cit.*, note 571, p. 38. V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 141. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 356 ; B. FAUVARQUE-COSSON, note sous *Hannover International et autre c. M.R. Baranger et autre*, *op. cit.*, note 1051, p. 521 : "S'il est désormais hors de doute que la mise en œuvre du critère de la libre disponibilité des droits implique une démarche analytique, droit par droit, la détermination de la loi susceptible de s'appliquer pour apprécier le caractère disponible des droits litigieux divise la doctrine".

<sup>1092</sup>

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 356.

<sup>1093</sup>

*Précité*, note 702.

<sup>1094</sup>

A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, *op. cit.*, note 571, p. 38. Cette solution a aussi inspiré le législateur allemand lors de la réforme de la discipline de l'arbitrage en 1997. D'après l'article 1030 du Code de procédure civile, peuvent être soumis à l'arbitrage, les litiges concernant un intérêt économique. Lorsque le litige concerne un intérêt qui n'est pas de nature économique, il pourra encore être soumis à l'arbitrage s'il concerne une question par rapport à laquelle les parties peuvent transiger. Voir à ce propos, V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and*

L'utilisation de cette notion pose principalement deux questions.

Premièrement, cette notion présente-elle une alternative efficace à celle du recours à la notion de *libre disposition du droit litigieux* comme critère utile dans la détermination des questions qui concernent l'ordre public ?

Deuxièmement, comment le recours à cette notion pour limiter l'arbitrage parvient, en Suisse, à protéger les parties contractuellement plus faibles ?

En ce qui concerne la première question, notons que, d'après M. Bucher, cette règle présente autant l'avantage de s'appuyer sur une *notion de fait* que celui d'élargir le domaine des litiges arbitrables<sup>1095</sup>. Si on peut être d'accord sur la seconde conclusion, la première semble plus douteuse.

Si on part de l'idée qu'il suffit qu'un droit ait une valeur pécuniaire pour que le litige qui le concerne soit arbitral, les seuls différends inarbitraux sont en principe, ceux surgissant à propos des choses *hors de commerce*.

Mais la qualification d'une chose comme étant hors commerce n'est-elle pas une question de droit ? Peut-on vraiment soutenir que la qualification de ce qui a une valeur pécuniaire est une question de fait ? Ne change-t-elle pas avec le temps, les usages et les besoins d'une société déterminée ? Les esclaves, n'avaient-ils, auparavant, une valeur pécuniaire ? Il nous semble donc que cette notion est un standard susceptible d'évoluer autant que celle de la libre disposition des droits.

De ce point de vue, le critère de la *nature patrimoniale du droit* est alors assez proche de celui de libre disposition des droits, tel que M. Motulsky l'entendait lorsqu'il distinguait la *disposition de choses qui ne sont pas dans le commerce*, des limites à la libre disposition des droits par une réglementation économique<sup>1096</sup>.

*Arbitration, op. cit.*, note 492, p. 145 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit.*, note 88, p. 47.

<sup>1095</sup> A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse, op. cit.*, note 571, p. 39. Parce que "[t]out droit qui a une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, est de nature patrimoniale", seront alors exclus de l'arbitrage, uniquement les litiges concernant l'état civil et ceux qui touchent aux *relations personnelles* entre les membres d'une famille. Lorsque le litige oppose un individu à l'État, l'arbitrabilité sera exclue si le litige a une valeur patrimoniale uniquement pour l'individu en question (par exemple, les litiges concernant une demande de brevet d'invention).

<sup>1096</sup> H. MOTULSKY, note sous l'arrêt *Sté Anonyme Agricole c. Torris, op. cit.*, note 853. Voir aussi J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit.*, note 88, p. 47, où l'auteur souligne que en dehors "d'hypothèses marginales où les deux critères ne se recoupent pas totalement, [...], dans la plupart des cas, un droit patrimonial est disponible et un droit extrapatrimonial est indisponible".

De même que la libre disposition du droit au fond, la qualification d'un droit comme étant de nature patrimoniale évolue selon le *standard* de ce qui est acceptable de considérer comme pouvant faire l'objet d'un commerce, dans un pays et à un moment donnés. Cela signifie qu'on revient toujours à la notion d'ordre public.

Néanmoins, la notion de *patrimonialité* présente, par rapport à l'utilisation de la notion de la *libre disposition du droit au fond*, l'indubitable avantage de ne pas conduire à la confusion entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle. Entre les deux, la patrimonialité constitue donc certainement un critère préférable.

Le recours à ce critère nous semble alors utile pour déterminer comment l'ordre public intervient sur l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage : peu importe qu'une *matière* soit régie ou non par une législation impérative ou même par une loi de police ; peu importe que cette législation limite la *libre disposition* du droit litigieux, si la *nature* du droit le permet, l'arbitrage est admis.

À moins bien entendu que *l'ordre public n'intervienne d'une autre façon* pour limiter la compétence de l'arbitre ; ce qui nous mène à notre seconde question : celle de savoir comment le législateur suisse protège la partie contractuellement la plus faible dans les rapports de consommation et de travail qui, étant clairement de nature patrimoniale, sont arbitrables.

Il le fait de la même façon que le législateur français : en posant simplement des limites au *droit des parties de renoncer à la justice étatique*. Ainsi, l'article 114 de la *Loi fédérale sur le droit international privé* prévoit que, dans les contrats de consommation,

*"l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse :*

*a. De son domicile ou de sa résidence habituelle, ou*

*b. Du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur".*

Le second alinéa ajoute : *" Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle"*<sup>1097</sup>.

Notons par ailleurs que ce type de protection n'est pas accordé au travailleur dans les contrats internationaux de travail. En effet, l'article 115 de la même loi qui

<sup>1097</sup>

Voir l'article 3149 du Code civil du Québec.

établit la compétence du tribunal suisse pour entendre des actions relatives aux contrats de travail ne pose aucune limite au droit d'y renoncer<sup>1098</sup>.

*Section 2 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal.*

On pourrait soutenir qu'une *question* concerne l'ordre public chaque fois que l'ordre public a été violé parce que l'État a le devoir de sanctionner lui-même cette violation dans l'intérêt de la communauté. L'arbitre sera alors incompétent du seul fait qu'une violation a été constatée par lui-même ou par le tribunal étatique. La validité de la convention arbitrale serait alors inextricablement liée à celle du contrat principal.

Pourtant, la convention d'arbitrage est désormais considérée comme un contrat autonome et distinct et le principe est bien établi que la constatation par l'arbitre de la nullité du contrat principal n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention d'arbitrage.

La question se pose alors de savoir si l'arbitre sera *toujours* compétent malgré la nullité du contrat litigieux ou si sa violation ne parvient pas parfois à entamer la convention d'arbitrage<sup>1099</sup>. Nous l'examinerons dans un premier paragraphe. Dans un second paragraphe, nous nous arrêterons sur *l'importance pratique* d'une application correcte du principe de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage.

Par. 1 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal, et le principe de l'autonomie juridique (ou de la séparabilité) de la convention d'arbitrage.

L'un des effets de l'application du principe de l'autonomie juridique (ou de la séparabilité) de la convention d'arbitrage est, comme nous l'avons indiqué dans

<sup>1098</sup>

A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, *op. cit.*, note 571, p. 40. L'auteur note que les seules autres réserves de compétence susceptibles de limiter l'arbitrabilité dans le domaine de l'arbitrage international sont celles qui réservent la compétence au tribunal suisse pour les actions réelles immobilières concernant les immeubles situés en Suisse (article 97), et celle prévue par l'article 151.3, concernant l'action en responsabilité intentée pour cause d'émission de titres de participation et d'emprunts.

<sup>1099</sup>

R. BOULBES, "La violation de l'ordre public, moyen de nullité du compromis et de la sentence arbitrale", J.C.P. 1962.I.1676 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 121 et s. Voir P. MAYER, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *op. cit.*, note 108. L'auteur préfère utiliser cette expression plutôt que celle, traditionnellement choisie, d'autonomie juridique, pour indiquer que "le sort de la clause compromissoire peut être dissocié du sort du reste du contrat".

notre première partie, que la nullité du contrat au fond n'entame pas automatiquement la validité de la convention d'arbitrage.

L'application du principe de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage a pourtant des limites. Pour saisir ces limites, il faut saisir les liens étroits entre ce principe et l'intervention de l'ordre public sur la convention d'arbitrage (A). Nous verrons, en particulier, que l'étendue de l'application du principe de l'autonomie est directement proportionnelle aux pouvoirs reconnus à l'arbitre en matière d'interprétation et d'application des règles impératives. Nous nous arrêterons ensuite sur l'examen des cas dans lesquels l'intervention du principe de l'autonomie est effectivement limitée (B).

A- Le lien entre le principe de la séparabilité et l'évolution jurisprudentielle dans l'application des règles impératives par l'arbitre.

L'existence du lien entre le principe de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage et l'évolution qui a eu lieu dans l'application de l'ordre public au contrat de fond ressort nettement de l'examen de l'interprétation de l'article 2060 du Code civil français. La compréhension de cet article est très importante pour nous, puisqu'il est similaire à l'article 2639 du Code civil du Québec.

L'article 2060 du Code civil français prévoit :

*"On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et, plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public"*<sup>1100</sup>.

L'évolution de l'interprétation de la dernière proposition de cet article peut être divisée en trois phases :

1 Dans une *première phase*, sur la base de l'interprétation la plus ancienne de l'article 2060 du Code civil français<sup>1101</sup>, l'arbitre ne peut pas connaître de litiges touchant à l'ordre public.

---

<sup>1100</sup>

(*Nos emphases*).

<sup>1101</sup>

Qui remplace l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile.

2 - Par la suite, dans une *deuxième phase*, une tendance plus libérale s'imposa, par laquelle la compétence arbitrale n'était plus automatiquement exclue en raison de la présence d'une norme impérative. L'inarbitrabilité découlait alors de *la violation de l'ordre public* que l'arbitre n'était pas compétent à sanctionner.

3 - Dans une *troisième phase*, on a admis que l'arbitre est compétent pour constater la violation de l'ordre public et pour la sanctionner par des sanctions civiles.

Examinons ces phases plus en détails.

1 - Dans la *première phase*, il était suffisant, pour entraîner l'inarbitrabilité, que la question ait été *soumise de quelque façon que ce soit à une réglementation impérative*. Comme nous l'avons souligné, cette solution, très critiquée par la doctrine, fut ultérieurement rejetée en faveur d'une interprétation plus libérale<sup>1102</sup>.

2 - La première décision qui a consacré la tendance moins rigide, représentative de la *deuxième phase*, est un arrêt de la Cour de Cassation française rendu en 1950<sup>1103</sup> et dont la solution a été reprise par la jurisprudence subséquente<sup>1104</sup>, jusqu'à parvenir à la formulation du principe selon lequel l'arbitre doit se dessaisir uniquement lorsqu'il constate que l'ordre public a effectivement été violé<sup>1105</sup>.

La reconnaissance de la compétence arbitrale malgré la présence d'une norme impérative (y compris sa compétence en matière de délits et quasi-délits<sup>1106</sup>) trouve pourtant encore des limites importantes.

1102

Voir P. ANCEL, "Arbitrage - Convention d'arbitrage", *op. cit.*, note 752. *Supra*, p. 302 et s.

1103

*Tissot c. Neff*, précité, note 857.

1104

*Sté Jean Tardits c. Koru Og Foderstof Kompagniet*, Orléans, 15 mai 1961, *Rev. cr. dr. int. pr.* 1961.779, note Mezger ; J.C.P. 61.II.12356, note J.H. ; *Chunet* 1962.140, note Goldman. *Impex c. Société P.A.Z Malteria Adriatica*, précité, note 858. Le principe est alors établi que "le compromis n'est pas nul du seul fait que le litige est relatif à une convention ou à une opération soumise à certains égards à une réglementation impérative".

1105

*Sté Totaliment c. Sté Le Comptoir Agricole du Pays Bas-Normand*, Paris, 1ère ch. supp., 15 juin 1956, J.C.P. 56.II.9419, note Motulsky ; *Rev. Arb.* 1956.97 ; *Gaz. Pal.* 1956.II.123.

1106

Dans ce domaine, l'arbitrabilité est reconnue si la convention arbitrale est assez étendue et si les demandes de nature extracontractuelle ou délictuelle ont un lien suffisant avec le contrat. *Sté Navimpex Centrala Navala c. Sté Wiking Trader*, Cass. civ., 1ère ch., 6 décembre 1988, *Rev. Arb.* 1989.641, p. 642. Voir aussi l'arrêt rendu en matière de droit interne par lequel, la Cour de Cassation a déclaré la validité d'une sentence arbitrale établissant une responsabilité de nature délictuelle parce que les actes de nature délictuelle étaient liés à l'exécution du contrat objet de la clause

Selon cette tendance, seront en effet exclues de l'arbitrage, non seulement les questions dont la nature est telle qu'elles ne pourraient qu'être décidées par le tribunal public (par exemple, les questions non patrimoniales), mais aussi les questions qui obligeraient l'arbitre à sanctionner une violation de l'ordre public<sup>1107</sup>.

Ainsi on se rappellera, par exemple que, dans l'arrêt *Impex*, la question a été considérée arbitrale parce qu'elle ne concernait pas directement la nullité du contrat principal, mais uniquement les conséquences pécuniaires de son inexécution.

Cette solution permettait alors à l'arbitre d'examiner un litige soumis à une réglementation impérative. Mais si une partie avait soulevé l'exception de la violation de l'ordre public dans le contrat principal, le pouvoir de l'arbitre aurait été limité. Dans ce cas, l'arbitre pouvait examiner la question de la validité du contrat au fond pour établir s'il était effectivement nul, mais *seulement afin de statuer sur sa compétence*. S'il avait constaté que l'ordre public avait été violé, il aurait dû se déclarer incompetent<sup>1108</sup> ; en cas contraire il aurait pu ordonner l'exécution du contrat.

Comparée à la tendance qui avait caractérisée la première phase (où la simple *intervention possible* de l'ordre public suffisait à exclure l'arbitrage), cette solution doit être considérée comme un passage utile pour parvenir à une interprétation plus nuancée de l'article 2060 du Code civil français.

Néanmoins, M Mayer considère l'utilisation de la notion d'arbitrabilité dans cette hypothèse comme une "bizarrerie" :

---

compromissoire. *Etablissement Chavanne c. Les Fermiers réunis des Flandres*, Cass. com., 9 juillet 1974, *Rev. Arb.* 1976.107, note Foucard ; *Bureau de recherches géologiques et minières (B.R.G.M.) et autres c. Sté Patino International N.V.*, Paris, 5ème ch. civ., 11 décembre 1981, *Rev. Arb.* 1982.311, note J. Rubellin-Devichi.

<sup>1107</sup> P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752, p. 6 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage - Nature juridique*, *op. cit.*, note 899, p. 58 et s. Voir aussi H. MOTULSKY, *Écrits - Notes et études sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 848, p. 66. Du même auteur, note sous *Sté Comptoir Commercial André et Cie c. veuve Régaud*, Paris, 1ère ch. supp., 24 novembre 1955, J.C.P. 1956.II.9079. L'auteur souligne que "ne peut être frappé de nullité [...] que le compromis qui est contraire à l'ordre public, soit parce qu'il soumet à l'arbitrage un litige dont la nature le soustrait à l'emprise de la justice privée (divorce, faillite), soit parce qu'il porte sur un différend dont la nature le rend, en principe, accessible à l'arbitrage, mais dont l'objet est, de par ses modalités, en contradiction avec l'ordre public (exécution d'une vente à prix illicite)". (*Nos italiques*). Voir aussi Pierre MAYER, "Le contrat illicite", (1984) *Rev. Arb.* 205-223.

<sup>1108</sup> B. OPPETIT, note sous l'arrêt *Impex c. Société P.A.Z. Malteria Adriatica*, *op. cit.*, note 67, p. 67, où le commentateur souligne que le même critère a été utilisé en matière de transaction. (Trib. com. Rouen, 7 juin 1971, J.C.P. 1971.II. 16918).

"[L]’arbitrabilité s’entend d’un litige ou d’une question de droit impliqué dans un litige, en raison de sa nature. La non-arbitrabilité devrait être l’impossibilité d’examiner une question indépendamment de la réponse qu’elle comporte. Or ici, la non-arbitrabilité n’est découverte qu’après que la question a été tranchée"<sup>1109</sup>.

Cet auteur explique cette solution "paradoxe", en soulignant que l’arrêt rendu en 1956 par la Cour d’appel de Paris, *Sté Totaliment c. Sté Le comptoir Agricole du Pays Bas-Normand*, qui est à l’origine de cette doctrine<sup>1110</sup>, concernait une demande d’exécution d’un contrat illicite mais dont l’illicéité n’était pas invoquée. La formule générale utilisée par la Cour d’appel de Paris dans l’arrêt *Sté Totaliment* et reprise par la jurisprudence subséquente ne serait juste, selon l’auteur, que dans cette hypothèse précise<sup>1111</sup>.

Il est alors évident que la doctrine souhaitait l’avènement d’une troisième phase dans l’évolution de l’interprétation de l’article 2060 du Code civil français. Il se réalisa en 1989 lors de la décision rendue par la Cour d’appel de Paris dans l’affaire *Société Almira Film c. Pierrel*<sup>1112</sup>.

"L’arbitrabilité d’un litige au regard de l’ordre public ne doit pas s’entendre de l’interdiction faite aux arbitres d’appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l’ordre public"<sup>1113</sup>.

La constatation de la nullité du contrat principal ne suffit plus à rendre l’arbitre incompétent. La convention arbitrale demeure donc valable malgré cette nullité (principe de la séparabilité). Néanmoins, l’État s’attend à ce que l’arbitre ne devienne pas partie à l’illégalité.

<sup>1109</sup>

P. MAYER, "Le contrat illicite", *op. cit.*, note 1107, p. 213. (Nos emphases). Voir aussi B. GOLDMAN, "Arbitrage commercial international - Convention d’arbitrage - Formation - Objet - Arbitrabilité", *op. cit.*, note 951, p. 12 : "La démarche peut paraître surprenante, car elle consiste à donner compétence à l’arbitre pour apprécier le fond afin de statuer, finalement, sur sa compétence".

<sup>1110</sup>

*Sté Totaliment c. Sté Le comptoir Agricole du Pays Bas-Normand*, précité, note 1105.

<sup>1111</sup>

P. MAYER, "Le contrat illicite", *op. cit.*, note 1107, p. 213. J.-B. RACINE, *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 124.

<sup>1112</sup>

*Société Almira Film c. Pierrel ès qual.*, précité, note 520.

<sup>1113</sup>

(Nos emphases).

Le pouvoir de l'arbitre d'appliquer, *en matière internationale*<sup>1114</sup>, les principes et les règles d'ordre public international "*ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous contrôle du juge de l'annulation*", a été reconnu explicitement en 1991 par l'arrêt *Ganz*<sup>1115</sup>, et confirmé par les décisions *Labinal*<sup>1116</sup> et *Aplix*<sup>1117</sup>.

Bien que l'on reconnaisse le pouvoir de l'arbitre de sanctionner la violation de l'ordre public dans le contrat principal, il faut pourtant souligner qu'il existe des *circonstances assez particulières* dans lesquelles *ce principe ne trouve pas application*, comme nous le verrons dans les pages suivantes.

B - Cas de non intervention du principe de la séparabilité face à une violation de l'ordre public dans le contrat principal.

---

1114

En ce qui concerne le droit interne de l'arbitrage, cette conclusion n'est pas du tout évidente. Dans le même sens, J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 148. Ainsi, comme l'a décidé en 1989, la Cour d'appel de Paris, "[l]'intervention de l'ordre public en matière d'arbitrage interne est liée, soit à la matière, soit à l'objet de la contestation, et non au seul caractère impératif des règles dont relèvent les faits et actes litigieux. Le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale, d'une part, de connaître des matières relevant, par leur nature même, de la compétence exclusive de la juridiction étatique et, d'autre part, dans les autres matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public, une telle prérogative appartenant aux seuls tribunaux de l'État". (*Sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c. Sté Dépôts Pétroliers de Fos (D.P.F.)*, Paris, 1ère ch. supp., 20 janvier 1989, *Rev. Arb.* 1989.281, note Idot. (*Nos emphases*).

M. Idot critique, dans sa note, cette décision. Notons que la violation alléguée étant une violation du droit de la concurrence, les sanctions applicables en l'espèce auraient été autant de nature civile que de nature pénale et administrative. La cour ne faisait pourtant aucune distinction à cet égard, ce qui, comme le souligne Mme Idot, donnait à la solution de la cour une portée très étendue. Ainsi, on pourra bien admettre l'incompétence de l'arbitre par rapport aux sanctions administratives et pénales, qui rentrent dans la compétence exclusive de tribunaux spécialisés. Il rentrerait, par contre, dans la compétence de l'arbitre, "juge commun du contrat", l'application des sanctions civiles normalement laissées aux juges communs. Voir aussi, sur le sujet, Jean-Pierre LE GALL, "Fiscalité et arbitrage", (1994) *Rev. Arb.* 253-277, p. 266. De toute façon, non seulement la jurisprudence qui consacre la compétence arbitrale à constater et à sanctionner la violation fait toujours référence à l'arbitrage international, mais la Cour d'appel de Paris semble donner une interprétation très réduite de l'application du principe de la séparabilité en droit interne : *Société Pigadis c. sté Prodim*, Paris, 1ère ch. civ., 6 juillet 1995, *Rev. Ar.* 1997.85, note Derains.

1115

*Société Ganz et autre c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens*, précité, note 894.

1116

*Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace*, précité, note 860.

1117

*Société Aplix c. société Velcro*, précité, note 921. Par cette décision, la Cour a reconnu que "les arbitres, comme le juge étatique de droit commun, peuvent tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause". Voir aussi *Société V2000 c. société Project XJ 220 ITD et autre*, Paris, 1ère ch. D, 7 décembre 1994, *Rev. Arb.* 1996.245, note Jarroson.

Reconnaître la compétence de l'arbitre à sanctionner la violation de l'ordre public n'exclut pas la possibilité que, dans certains cas, la constatation de la nullité du contrat au fond se traduise en l'incompétence de l'arbitre.

Examinerons deux hypothèses dans lesquelles cette possibilité peut se présenter : la nullité *ab initio* du contrat principal en raison de l'absence de consentement (1) et l'illicéité du contrat au fond *non soulevée* par les parties (2).

#### 1 - La nullité *ab initio* du contrat principal pour absence de consentement.

Le but du principe de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage est "*de faire échapper la convention d'arbitrage aux vicissitudes du contrat de fond*"<sup>1118</sup>.

C'est l'intervention de ce principe qui permet la reconnaissance de la compétence arbitrale à décider sur l'éventuelle nullité du contrat principal.

Le problème se pose lorsque le vice qui affecte la validité du contrat principal est d'une telle nature qu'il peut être présumé avoir affecté *aussi* la formation de la convention d'arbitrage.

Comment soutenir, par exemple, qu'une partie n'était pas capable de conclure le contrat principal, mais qu'elle l'était pour consentir à la convention d'arbitrage qui s'y rattache ?

La méthode suggérée par la doctrine pour établir dans quelle mesure la convention d'arbitrage est affectée par la nullité *ab initio* du contrat au fond est celle de déterminer si les motifs de nullité affectent *directement* ou non la convention d'arbitrage.

Ainsi, si *l'absence du consentement* justifie la nullité, à la fois, du contrat principal et de la convention d'arbitrage<sup>1119</sup>, cela n'est pas vrai en ce qui concerne les *vices du consentement*<sup>1120</sup>.

Parfois, le vice du consentement peut être assimilé à une absence pure et simple de consentement, comme dans le cas où une partie a signé le contrat principal et la convention d'arbitrage sous une contrainte physique ou morale. Dans ce cas, on admet que la convention d'arbitrage est aussi viciée que le contrat auquel elle se

<sup>1118</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 376.

<sup>1119</sup> *Interocean Shipping v. National Shipping and Trading Corp.*, 462 F. 2d 673 (2nd Cir. 1972).

<sup>1120</sup> P. MAYER, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *op. cit.*, note 108, p. 364.

rattache. Le principe de la séparabilité ne trouve pas application puisque la convention d'arbitrage est elle-même nulle.

Mais, il faut le souligner, l'absence de consentement ne se traduit pas dans un cas d'inarbitrabilité : ce n'est pas l'*objet* de la convention d'arbitrage qui viole l'ordre public. La convention est nulle *indépendamment de la question posée à l'arbitre*.

Lorsqu'au contraire, le consentement à la convention d'arbitrage a été valablement donné, le principe de la séparabilité aboutit à ce que la constatation de la nullité du contrat principal n'ait *aucune incidence* sur la détermination de la compétence.

Il ne suffira pas, alors, qu'une partie soutienne avoir été induite à conclure le contrat principal par des moyens frauduleux. Il faut que la fraude vise *spécifiquement* à obtenir la renonciation à la justice étatique<sup>1121</sup>. Sinon, la question de la validité du contrat au fond rentre précisément dans la compétence de l'arbitre.

Cette conclusion découle très clairement de l'arrêt américain *Prima Paint*<sup>1122</sup> :

*"Except where the parties otherwise intended, arbitration clauses as a matter of federal law are 'separable' from the contracts in which they are embedded, and where no claim is made that fraud was directed to the arbitration clause itself, a broad arbitration clause will be held to encompass arbitration of the claim that the contract itself was induced by fraud. [...] (I)f the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself — an issue which goes to the "making" of the agreement to arbitrate — the federal court may proceed to adjudicate it. But the statutory language does not permit the federal court to consider claims of fraud in the inducement of the contract generally".*

## 2 - Illicéité du contrat au fond non soulevée par les parties.

Dans des circonstances ordinaires, la constatation par l'arbitre d'une violation de l'ordre public dans le contrat principal ne le rend pas incompetent.

Un problème se pose pourtant si l'arbitre constate une nullité qui n'a pas été soulevée par les parties.

Il est possible, par exemple, que la question posée au tribunal arbitral concerne les modalités d'exécution d'un contrat illicite (par exemple, les modalités du

1121

*Idem.*

1122

*Prima Paint v. Flood & Conklin*, précité, note 111. Voir aussi, *Belship Navigation, Inc. v. Sealift*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 10541, (1996) XXI *Yearbook* 799, (S.D.N.Y. 1995).

paiement d'une somme d'argent que l'arbitre constate comme étant rétributive d'un accord de corruption) et qu'aucune des parties n'oppose l'illégalité<sup>1123</sup>.

Comme le souligne M. Mayer, dans ce cas, "*le danger n'est pas que l'arbitre se mêle de questions d'ordre public, mais, au contraire, qu'il ne s'en mêle pas et qu'il ordonne l'exécution, la question d'illicéité n'étant même pas soulevée*"<sup>1124</sup>.

L'arbitre sera alors incompétent en raison de l'*illicéité de l'objet de la convention arbitrale*<sup>1125</sup>. Cette opinion confirme le principe selon lequel la compétence de l'arbitre dépend de l'*objet du compromis*<sup>1126</sup>.

L'arbitrage sera exclu si deux éléments sont réunis. D'une part, si la clause illicite du contrat de fond présente un caractère essentiel pour les parties<sup>1127</sup>, et qu'elle constitue donc la condition même de la formation du contrat<sup>1128</sup>. Et, d'autre part, si la demande des parties est formulée de telle façon qu'elle obligerait l'arbitre à devenir partie à l'illégalité. On rentre dans l'hypothèse prévue par l'arrêt *Société Almira Film c. Pierrel ès qual*<sup>1129</sup>, sur lequel nous nous sommes arrêtés auparavant.

Dans cette hypothèse, la *cause* de la convention d'arbitrage est alors la volonté des parties de se soustraire à la justice étatique. Elle devient "*l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente*", et ne peut qu'être illicite<sup>1130</sup>. Comme le souligne M. Motulsky<sup>1131</sup> :

*"Ce qui est interdit dans cette hypothèse n'est donc pas l'utilisation de l'arbitrage comme telle, mais uniquement une utilisation contraire à l'intérêt général. L'intervention de la puissance publique n'est alors requise que*

1123

P. MAYER, "Le contrat illicite", *op. cit.*, note 1107, p. 215.

1124

*Idem.*

1125

*Ibid.*, p. 216, où l'auteur cite l'arrêt rendu le 21 octobre 1981 par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation dans l'affaire *Decaux*, (*Rev. Arb.* 1982.264), et la sentence arbitrale rendue à Rotterdam, le 22 juillet 1964 (*Rev. Arb.* 1965.28), par laquelle les arbitres se sont déclarés incompétents en raison de la constatation de l'illicéité du contrat.

1126

*Impex c. Société P.A.Z Malteria Adriatica*, précité, note 858.

1127

*Sté Dauphin O.T.A. c. Sté Decaux Paris Publicité Abribus*, précité, note 923, p. 270 et 275.

1128

*Impex c. Société P.A.Z., Malteria Adriatica, Malteria Tirrena*, Cass. civ., 1ère ch., 18 mai 1971, précité, note 858, *Clunet* 1971.62, p. 64.

1129

*Société Almira Film c. Pierrel ès qual.*, précité, note 520.

1130

R. KOVAR, "Droit communautaire de la concurrence et arbitrage", dans *Études offertes à Berthold Goldman*, *op. cit.*, note 16, 109-124, p. 120.

1131

H. MOTULSKY, *Écrits - Études et Notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 848, p. 66. Voir aussi Y. DERAÏNS, observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1397 de 1966, *op. cit.*, note 921, p. 883.

*pour réprimer l'abus : c'est au moyen des voies de recours que le contrôle étatique doit s'exercer, par annulation selon le cas, du compromis si la question litigieuse recèle elle-même la violation de l'ordre public (illicéité de l'objet du compromis), par annulation de la seule sentence si cette violation est le fait des arbitres (consécration d'une solution contraire à l'ordre public à partir d'un compromis licite). Le problème du caractère arbitral ne se pose, bien entendu que dans le premier cas".*

L'illicéité est liée à la *demande* qui est effectivement posée à l'arbitre. Ainsi, par exemple, la Cour de Cassation française a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui affirmait la nullité d'un compromis qui "*obligeait les arbitres à rechercher s'il y avait une exacte application d'une disposition d'un règlement d'une société en participation contraire à une réglementation d'ordre public*"<sup>1132</sup>. La non-arbitrabilité découle du fait que la compétence de l'arbitre est limitée par le compromis et qu'il n'a pas le pouvoir de sanctionner une nullité non soulevée, car il jugerait alors *ultra petita*<sup>1133</sup>.

Dès lors qu'une partie soulève la question de l'illicéité du fond du contrat, celle-ci ne touche plus au compromis (à cause du principe de l'autonomie de la convention arbitrale). L'arbitre n'est plus entraîné à devenir partie à l'illicéité. Il pourra donc décider au fond. Sa mission lui donne le pouvoir de sanctionner l'illicéité.

La jurisprudence arbitrale confirme cette solution. Dans une sentence rendue en 1963<sup>1134</sup>, l'arbitre a décidé de se dessaisir de l'affaire à la suite de la constatation de l'invalidité du contrat au fond (celui-ci tendant à la corruption). Après un examen qui l'amena à constater que le paiement des commissions prévues dans un contrat entre une partie anglaise et une partie argentine pour l'obtention de contrats avec le

<sup>1132</sup>

*Sté Dauphin O.T.A. c. Sté Decaux Paris Publicité Aribus, précité, note 923.* Par le compromis déclaré illicite, les parties demandaient à l'arbitre d'établir les dommages causés par la violation d'un accord contraire aux règles de la concurrence.

<sup>1133</sup>

P. MAYER, "Le contrat illicite", *op. cit.*, note 1107, p. 215 : "S'il était un juge étatique, il pourrait au moins refuser de condamner à exécuter, parce qu'un juge étatique ne doit pas ordonner un comportement contraire à l'ordre public. Dans le cas de l'arbitre, le principe dispositif est plus exigeant : si les parties ont voulu exclure des débats la question de la licéité, l'arbitre ne peut pas l'y introduire". Voir aussi, D. BUREAU, note sous l'arrêt *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International, op. cit.*, note 437, p. 373 ; S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec, op. cit.*, note 113, p. 45 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit.*, note 88, p. 147 et s.

<sup>1134</sup>

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1101 de 1963, dans J.D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration, op. cit.*, note 831, p. 552.

gouvernement argentin, était effectivement le prix de la corruption, l'arbitre se refusa à statuer sur le fond, comme le demandaient les parties, et refusa sa compétence<sup>1135</sup>.

Sa décision se basait sur la nullité du contrat, non seulement à la lumière de la loi française, la France étant le lieu de l'arbitrage, et de la loi de l'Argentine, lieu d'exécution du contrat, mais aussi en application de l'ordre public international<sup>1136</sup>. En effet, l'arbitre considéra qu'il était impossible :

*"[...] to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof of the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil ; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations".*

Sa conclusion fut donc la suivante :

*"Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for the assistance of the machinery of justice ( national court or arbitral tribunal) in settling their disputes"<sup>1137</sup>.*

Or, comme le souligne M. Lew<sup>1138</sup>, *"the effect of international public policy was to deny the parties a hearing on their dispute... of removing the contract from the realm of legal regulation"*.

Cette décision se place *"sur le terrain de la compétence pour s'attaquer au problème de la non-arbitrabilité du litige"<sup>1139</sup>*. Son but n'est donc pas celui de

<sup>1135</sup>

*Ibid*, p. 554 : "As might be expected the documents drawn up seem on their face to be legal and bear the semblance of ordinary commercial documents. However, it is, in my judgment, plainly established from the evidence taken by me that the agreement between the parties contemplated the bribing of Argentine officials for the purpose of obtaining the hoped-for business". Bien qu'il dise être convaincu que les actions du demandeur n'étaient pas toutes illicites, il continue : "This has to be taken into consideration, but does not obscure the general image that the major part of the commission to be paid to him were to be used for bribes. Although these commissions were not to be used exclusively for bribes, a very substantial part of them must have been intended for such use".

<sup>1136</sup>

*Ibid*, p. 554 : "I[]t cannot be contested that there exists a general principle of law recognized by civilised nations that contracts which seriously violate bones mores or international public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators. This principle is especially apt for use before international arbitration tribunals that lack a 'law of the forum' in the ordinary sense of the term".

<sup>1137</sup>

*Ibid*, p. 555.

<sup>1138</sup>

*Idem*.

<sup>1139</sup>

Ahmed EL KOSHERI et Philippe LEBOULANGER, "L'arbitre face à la corruption et aux trafics d'influence", (1984) *Rev. Arb.* 3-18, p. 12. Les auteurs notent, que "cette exclusion de

sanctionner la violation par l'application des principes *ex dolo malo non oritur actio* et *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>1140</sup>.

On peut évidemment discuter de la nécessité de cette distinction, voire même, de la logique suivant laquelle l'arbitre devrait se dessaisir dans un cas semblable.

M. Jarvin, en particulier, critique la décision arbitrale de 1963 par laquelle l'arbitre (le juge Lagergren), s'était dessaisi sur la constatation de la corruption<sup>1141</sup>, et la compare à une décision plus récente<sup>1142</sup> qui affirme très clairement la nullité du contrat en question :

*"En tranchant le litige au fond, contrairement à ce qu'à fait le juge Lagergren dans une affaire semblable [...], le tribunal arbitral contribue à donner effet aux arguments d'ordre public et de soutien de la moralité dans les affaires internationales"*<sup>1143</sup>.

Mais il faut noter que, bien que semblables, ces affaires ne sont pas tout à fait identiques. La différence étant précisément que dans l'affaire de 1963, la nullité n'avait pas été soulevée alors qu'elle le fut dans celle datant de 1982. M. Mayer explique<sup>1144</sup> :

*"Il est certain que l'arbitre ne peut prononcer la nullité du contrat si aucune partie ne l'invoque ; ce serait statuer ultra petita ; [...]*  
*En revanche, un juge n'hésiterait pas à déclarer mal fondée la demande d'exécution du contrat : il serait inconcevable qu'il prête l'appui de la force publique à un acte contraire aux bonnes moeurs, et il n'aurait aucune raison*

---

l'arbitrage est la conséquence nécessaire de la nullité absolue de la clause compromissoire ou du compromis d'arbitrage". Ils rattachent cependant cette décision à la tradition britannique, selon laquelle, l'invalidité *ab initio* du contrat principal entraîne celle de la convention d'arbitrage. Mais, voir Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 368.

<sup>1140</sup> "Personne n'est entendu invoquant sa propre turpitude" et "D'un acte dolosif, un recours ne naît pas" : Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1985, p. 170 et 79. Voir B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *op. cit.*, note 139, p. 437. A. EL KOSHERI et Ph. LÉBOULANGER, "L'arbitre face à la corruption et aux trafics d'influence", *op. cit.*, note 1139, p. 12.

<sup>1141</sup> Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1101 de 1963, *précitée*, note 1134.

<sup>1142</sup> Sigvard JARVIN, observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3916 de 1982, *Clunet* 1984.933-934.A. Voir aussi, EL KOSHERI et Ph. LÉBOULANGER, "L'arbitrage face à la corruption et au trafic d'influence", *op. cit.*, note 1139, p. 13 et 14.

<sup>1143</sup> S. JARVIN, observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3916 de 1982, *op. cit.*, note 1142, p. 934.

<sup>1144</sup> Pierre MAYER, "La règle morale dans l'arbitrage international", dans *Études offertes à Pierre Bellet*, *op. cit.*, note 476, 378-402.

de se déclarer incompétent. *Mais un arbitre ne possède pas, comme le juge, la plénitude de juridiction. Il est lié par la mission précise qui lui a été assignée*<sup>1145</sup>

La question se poserait d'une façon différente si l'on reconnaissait à l'arbitre lui-même le pouvoir de soulever la question de la nullité. Dans ce cas, face à une demande d'exécution d'un contrat dont il constate l'illicéité, l'arbitre pourrait statuer sur le fond, comme un tribunal étatique, et par suite, refuser l'exécution en raison de l'illicéité. *L'arbitre, qui n'est pas défenseur de l'ordre public national, deviendrait donc le défenseur d'un ordre public vraiment international*, qui inclut évidemment la défense de la moralité dans la conduite des affaires<sup>1146</sup>.

Mais, à moins que la convention arbitrale ne reconnaisse expressément ce pouvoir ou, au moins, qu'elle spécifie que la loi applicable est la *lex mercatoria*, la possibilité pour l'arbitre de se détacher de la loi choisie par les parties et de statuer d'office sur l'illicéité (autrement que pour établir sa compétence) nous semble plutôt limitée<sup>1147</sup>.

Par. 2 - Importance pratique de distinguer entre l'inarbitrabilité et le refus d'action comme sanction de l'illicéité du contrat au fond.

Parce que le principe de l'autonomie a pour effet d'empêcher que la nullité du contrat au fond entame la validité de la convention arbitrale, cette dernière demeure en principe valide *malgré* la nullité du contrat principal.

Si la violation de l'ordre public dans le contrat au fond a été soulevée par les parties et que la sanction applicable est une sanction civile, l'arbitre demeure compétent.

---

<sup>1145</sup>

(*Nos emphases*).

<sup>1146</sup>

Selon cette solution, l'arbitre peut effectivement sanctionner l'immoralité, même dans le cas où elle ne coïncide pas avec l'illicéité. Voir, à propos de cette distinction et de ses effets sur la position de l'arbitre face aux opérations internationales de corruption et de trafic d'influence, V. HEUZÉ, "La morale, l'arbitre et le juge", *op. cit.*, note 434, p. 185 et s.

<sup>1147</sup>

Voir à ce propos, W. Lawrence CRAIG, William W. PARK, Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2d ed., Oceana Publications, 1990, p. 305. Les auteurs notent qu'un projet présenté en 1981 par le groupe de travail sur l'arbitrage et la compétition à la Commission sur l'arbitrage international de la C.C.I. (I.C.C. Doc. No. 420/239, 1981.09.22 YD, Arbitration and Competition Law Working Party, Draft Report, delivered to meeting of the I.C.C. Commission in International Arbitration, at its annual meeting in 1981 in Stockholm), prévoyait non seulement l'obligation de l'arbitre de statuer sur toute exception concernant une violation de l'ordre public (et particulièrement une violation de la loi anti-trust), mais aussi son obligation de soulever une telle exception d'office.

Cette prémisse étant posée, il faut maintenant établir quelles sont les sanctions civiles que l'arbitre peut alors imposer.

Traditionnellement, on reconnaît que les sanctions des violations de l'ordre public ou de la *public policy* en matière de contrat peuvent produire un effet juridique ou un effet judiciaire<sup>1148</sup>. Dans le premier cas, la sanction typique est la déclaration de la nullité du contrat<sup>1149</sup>, cependant que dans le second, on nie le droit d'action en justice<sup>1150</sup>.

Comme le souligna M. Malaurie<sup>1151</sup>, l'article 1131 du Code civil français qui prévoit que l'obligation fondée sur une cause illicite est sans effet<sup>1152</sup>, peut être interprétée dans les deux sens. Dans le premier sens, le contrat ne peut pas être source de droits individuels (nullité avec force rétroactive). Dans le second, le contrat ne peut pas servir de base à une action en justice (*nemo auditur suam turpitudinem allegans*)<sup>1153</sup>.

En anglais aussi, on peut interpréter le terme "void", soit comme signifiant que le contrat n'est pas susceptible de produire des effets juridiques, soit comme signifiant qu'il ne peut pas faire l'objet d'une action légale, en vertu du principe *ex dolo malo non oritur actio*<sup>1154</sup>.

1148

Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, op. cit., note 302, p. 16.

1149

Voir, à ce propos P.G. JOBIN, "Les effets du droit pénal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public?", op. cit., note 448, p. 664.

1150

Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, op. cit., note 302, p. 16.

1151

*Ibid*, p. 203.

1152

L'article 1133 du même Code qualifie d'illicite la cause "prohibée par la loi, [...] contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public".

1153

A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, op. cit., note 1140, p. 170 : "Personne n'est entendu invoquant sa propre turpitude". Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, op. cit., note 302, p. 203. Voir aussi les articles 1411 ("Est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public") et 1413 ("Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public"), du Code civil du Québec.

1154

A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, op. cit., note 1140, p. 79 : "D'un acte dolosif, un recours ne naît pas" ; Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, op. cit., note 302, p. 209. À la page 217, l'auteur note une utilisation différente des divers types de sanctions dans les systèmes de droit civil et de *common law*. Si, en France, le refus d'action est la sanction exceptionnelle et, comme telle, limitée à des cas bien déterminés (par exemple, les contrats contraires aux bonnes mœurs ou le contrat de corruption de fonctionnaires, de commerce avec les ennemis, et les dettes de jeu), elle n'a pas ce caractère exceptionnel dans le système anglais. Ici, l'action en justice est admise, comme exception au principe *ex dolo malo non oritur actio*, uniquement dans le cas où l'acteur n'a pas été partie à l'illicéité, sans distinction entre illégalité pour contrariété à des normes morales ou juridiques. Les conséquences des deux types de sanctions sont

Or, si l'on reconnaît que l'arbitre est en principe compétent malgré la nullité du contrat principal (en application du principe de l'autonomie de la convention arbitrale), il faut aussi admettre qu'il puisse, comme le tribunal étatique, *sanctionner l'illicéité du contrat de fond par le refus de l'action*.

La distinction entre le défaut de compétence arbitrale et la sanction pour la violation de l'ordre public est importante au plan pratique. Son importance réside dans le fait que la décision par laquelle l'arbitre retient sa compétence et sanctionne la violation (par le refus d'action) est une décision au fond<sup>1155</sup>, qui limite les pouvoirs de révision du tribunal étatique en vertu de l'article V de la Convention de New York. La décision par laquelle l'arbitre constate son incompétence ouvre, au contraire, les portes à un examen sur le fond de la part du tribunal étatique.

On retour à la case départ. La procédure est inévitablement plus longue et le coût plus élevé, autant pour les parties, que pour la communauté.

---

différentes : la sanction de nature substantielle pourra être la source d'une *restitutio in integrum*, alors que celle fondée sur la procédure tend à maintenir le *status quo*, bien qu'il soit inique. Voir l'article 1422 du Code civil du Québec : "Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues".

<sup>1155</sup>

Aussi dans *Fabre et autre c. Espitalier et autre*, précité, note 457. Le contrôle du tribunal sur la sentence qui constate la nullité d'une clause du contrat principal pour violation d'une règle communautaire du droit de la concurrence (et l'annule en conséquence) "ne peut porter sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquée". Le tribunal doit se limiter à vérifier que la solution donnée au litige ne se heurte pas à l'ordre public.

### Conclusion du troisième chapitre.

Essayer de déterminer l'arbitrabilité d'un litige en se posant les questions de savoir si les parties avaient la libre disposition des droits litigieux ou si leur contrat principal était ou non licite, ne sont plus les méthodes à suivre.

Le recours à la notion de *libre disposition du droit litigieux* a perdu beaucoup de son utilité dans le domaine du droit de l'arbitrage commercial international en raison des difficultés liées à sa définition.

En effet, la question se pose de savoir si cette notion se limite à indiquer les droits dont la libre disposition est limitée à cause de leur *nature* (notamment les droits concernant les *choses qui ne sont pas dans le commerce*) ou si elle inclut aussi les droits, de plus en plus nombreux, dont la libre disposition est limitée par l'ordre public de protection. Dans ce dernier cas, on finit par confondre les limites à la disposition du droit avec l'impossibilité de déroger aux règles impératives.

Mais, comme la jurisprudence française et américaine l'ont reconnu, s'en remettre à l'arbitrage ne signifie pas déroger aux règles impératives, puisqu'elles seront appliquées par lui, sous peine de refus d'exécution de la sentence. Seuls les droits non disponibles selon *leur nature* seront alors exclus de l'arbitrage. Mais pourquoi alors faire référence à la notion de *libre disposition*?

La tendance plus récente qui recourt à la notion de la *nature patrimoniale du droit litigieux* nous semble donc préférable pour identifier les questions dont la résolution intéresse l'ordre public.

Dans les situations précises où le législateur considère que la protection de la partie la plus faible *inclut* son droit à recourir à la justice publique, il doit alors limiter *expressément* la *libre disposition du droit de renoncer à la justice étatique*. C'est ce que fait le législateur français en matière de rapports de travail. Un autre moyen est celui de poser une *présomption relative de la nature abusive de la convention d'arbitrage* dans certains types de contrat. C'est ce que fait encore le législateur français en matière de convention d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation de droit interne.

Quant au critère de la violation de l'ordre public dans le contrat principal, il a perdu beaucoup de son impact sur la détermination de l'arbitrabilité.

Une fois que l'on reconnaît que la convention d'arbitrage est un contrat autonome et distinct du contrat principal et que la nullité de ce dernier n'entame pas la validité de l'accord compromissoire, et que l'on reconnaît aussi la compétence de

l'arbitre à appliquer les règles impératives, à en constater la violation et à les sanctionner par des sanctions civiles, l'inarbitrabilité ne peut qu'être très rare.

Seule alors, la constatation par l'arbitre d'une violation non soulevée par les parties dans le contrat principal lui impose de se dessaisir.

## **Titre 2 - L'arbitrabilité dans les textes législatifs canadiens et sa portée jurisprudentielle.**

Dans le but de déterminer si retenir la notion d'arbitrabilité comme notion séparée de celle d'ordre public dans les textes législatifs a une utilité pratique ou si elle est plutôt cause de difficultés d'interprétation, nous examinerons le sens et la portée de cette notion dans les différentes juridictions canadiennes.

Nous déterminerons d'abord dans quelle mesure les législations canadiennes se sont éloignées du modèle proposé par la C.N.U.D.C.I. et dans quelle mesure, elles reposent les mêmes questions que nous avons déjà mises en évidence lors de l'examen de cette loi ou si elles soulèvent des difficultés nouvelles.

Par l'examen de la portée de la notion d'arbitrabilité dans les juridictions canadiennes, nous nous proposons d'identifier les limites effectivement posées à l'autonomie des parties à une convention d'arbitrage internationale et d'indiquer les questions qui se posent lors de l'application de ces limites.

Cette démarche nous permettra de suggérer les solutions possibles aux problèmes que nous rencontrerons, au fur et à mesure. Cela nous permettra aussi de déterminer où se situe *actuellement*, le point d'équilibre entre le respect de l'autonomie contractuelle des parties et les impératifs du commerce international d'une part, et de l'autre, la nécessité de protéger les intérêts du *for*.

Notre Titre 2 sera donc divisé en deux chapitres :

Chapitre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public et la loi applicable à l'arbitrabilité dans les textes législatifs canadiens.

Chapitre 2 - La portée de la notion d'arbitrabilité dans la pratique canadienne.

## **Chapitre 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public et la loi applicable à l'arbitrabilité dans les textes législatifs canadiens.**

Nous examinerons d'abord le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans les textes législatifs canadiens (Section 1), pour continuer avec l'examen de la loi qui lui est applicable (Section 2).

### *Section 1 - Le rapport entre arbitrabilité et ordre public dans les textes législatifs canadiens.*

Pour plus de clarté nous distinguerons le Québec (Par. 1 ) des juridictions de *common law* (Par. 2).

#### Par. 1 - Le Québec.

L'article 940.1 du Code de procédure civile (qui pose le devoir du tribunal québécois de renvoyer les parties à l'arbitrage lorsque le différend faisant l'objet de l'action en justice est visée par une convention d'arbitrage) ne distingue pas l'arbitrabilité des autres conditions de validité de la convention d'arbitrage. Seule la constatation par le tribunal de la *nullité de la convention* lui permettra de retenir sa compétence.

L'arbitrabilité est posée comme condition distincte pour la reconnaissance de la *sentence* arbitrale par les articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile.

Les limites à l'arbitrabilité découlent de l'article 2639 du Code civil qui a repris presque textuellement l'article 1926.2 du Code civil du Bas-Canada. Cet article, introduit en 1986 lors de la réforme du droit de l'arbitrage, a vu pour la première fois la convention d'arbitrage régie par des dispositions du Code civil plutôt que par le Code de procédure civile. Il prévoit :

*"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. "*

Avant la réforme, l'objet de la convention d'arbitrage était réglé par l'article 940 du Code de procédure civile qui se lisait :

*"Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.*

*On ne peut toutefois compromettre sur le dons et legs d'aliments, sur les séparations entre époux, ni sur les questions qui concernent soit l'ordre public, soit l'état ou la capacité des personnes".*

Notons que, bien avant la réforme du droit de l'arbitrage, l'Office de Révision du Code civil, dans un projet préliminaire de 1973<sup>1156</sup>, après avoir souligné le caractère contractuel de l'institution<sup>1157</sup> et l'importance de reconnaître la validité de la clause compromissoire, s'est arrêté précisément sur la question de l'efficacité de la convention arbitrale. Le Comité s'est exprimé ainsi :

*"Sur le plan de l'efficacité, le problème fondamental reste la faculté du citoyen de se soustraire au pouvoir judiciaire. Le Comité n'a pas cru utile de trancher cette question dans l'absolu. Il a plutôt opté pour un régime flexible, adaptable aux besoins des intéressés mais qui resterait sous la surveillance des tribunaux ordinaires".*

Le Comité suggérait, entre autres, de ne pas prévoir de règles particulières qui auraient distingué la convention d'arbitrage des autres contrats. D'après le Comité, lorsqu'on traite l'arbitrage *"comme tout autre contrat, on le soumet nécessairement aux règles générales des autres contrats : il n'est plus nécessaire de reproduire les articles qui précisent l'objet de l'arbitrage. Il s'agit, entre autre des articles 394 et 940 C.p.c."*<sup>1158</sup>.

Les recommandations de l'Office de Révision du Code civil n'ont été suivies qu'en partie par les juristes du gouvernement et finalement par le législateur québécois. En effet, si la convention d'arbitrage entre désormais parmi les contrats

<sup>1156</sup>

*Rapport sur la convention d'arbitrage*, Comité de la convention d'arbitrage, Office de révision du Code civil, XXII, Montréal, Éditeur Officiel, 1973.

<sup>1157</sup>

*Idem* : "L'arbitrage est avant tout un contrat soumis aux mêmes règles générales que tout autre contrat". Afin de faire mieux ressortir le caractère contractuel de l'arbitrage, l'Office suggère, en effet, de réunir toutes les dispositions concernant la convention d'arbitrage (autant celles relatives à l'arbitrage proprement dit que celles concernant l'arbitrage par avocats), dans un seul chapitre du Code civil.

<sup>1158</sup>

*Ibid*, p. 12.

nommés prévus par le Code civil, elle n'est pas soumise *uniquement* aux règles générales des autres contrats. Le législateur a finalement considéré qu'il était plus sage de reproduire, en le modifiant, l'article 940 du Code de procédure civile.

L'article 2639 du Code civil du Québec est similaire à l'article 2060 du Code civil français<sup>1159</sup>. À la différence de ce dernier, il ne pose pourtant aucune limite à la capacité des personnes morales de droit public soumises à la loi québécoise à compromettre<sup>1160</sup>.

Parmi les interdictions qui découlent de l'article 2639 du Code civil, celles relatives aux questions d'état et de capacité des personnes, et la limite concernant les matières familiales sortent du domaine de l'arbitrage commercial, et donc aussi de notre étude.

Notons toutefois que les questions d'état et de capacité des personnes<sup>1161</sup> entrent nécessairement dans la notion d'ordre public, alors que la signification que le législateur a entendu attribuer à l'expression "matières familiales" est plus douteuse<sup>1162</sup>.

---

1159

Article 2060 du Code civil français : "On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public". (*Nos italiques*).

1160

A. DORAIS, "L'arbitrage commercial - Développements législatifs", *op. cit.*, note 846, p. 280.

1161

Sur la limite concernant la capacité, voir *Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec c. Ouellette*, Cour d'appel de Québec, 18 août 1997, N° 200-09-001331-971 (200-05-002361-959 C.S.Q.), [1997] A.Q. No. 2753 : L'article 2639 du Code civil du Québec concerne exclusivement "l'état et la capacité des personnes physiques dont il est question au quatrième Titre du Livre premier du Code civil. Cet article ne concerne donc pas la capacité de la personne morale de contracter".

1162

J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 543 et s. ; du même auteur, "Arbitration Agreement. Articles 2638-2643", dans Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec, *Reform of the Civil Code*, Montreal, 1993, Vol. 3 B, 1-11. p. 4 ; S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec*, *op. cit.*, note 113, p. 40 et s. ; A. PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 264 et s. ; D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 129 et s. Voir à ce propos, les critiques portées à cet article par la Chambre des Notaires du Québec (*Mémoires de la Chambre des Notaires du Québec - Projet de Loi 125 - Code civil du Québec, précité*, note 775), et par le Barreau du Québec (*Rapport de la Sous-Commission sur le droit des obligations - De la convention d'arbitrage - Projet de Loi 125 - 1991*).

Ces doutes semblent être confirmés par la jurisprudence : *M.R. c. F.L.* [1994] A.Q. No. 1301, Cour Supérieure du Québec (Chambre de la famille), N° 200-12-034212-861 : "Avec égards, le Tribunal est d'avis que, contrairement au cas d'arbitrage autonome, au sujet duquel l'article 2639 du Code civil du Québec stipule qu'il ne peut porter sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public, l'arbitrage incident pourrait admettre les matières familiales qui ne sont pas des demandes spécifiques comme le divorce ou la séparation, ni des demandes qui mettent en jeu l'ordre public. Or, [...] il nous paraît concevable que des questions à soumettre à l'arbitre ne soient

Inclut-elle des limites qui *dépassent* la notion d'ordre public ?<sup>1163</sup> Et si non, quelle serait son utilité ? Sur ce point, précisons simplement que la Chambre des Notaires du Québec a recommandé *fortement* sa suppression<sup>1164</sup>.

L'ordre public serait alors la seule limite à l'arbitrabilité posée par l'article 2639 du Code civil.

Notons aussi que le Code civil québécois n'a pas repris la formule de l'article 2059 du Code civil français d'après lequel on peut compromettre uniquement par rapport aux droits dont on a la libre disposition. Mais, l'interdiction de soumettre à l'arbitrage des litiges concernant des droits dont la partie n'avait pas la libre disposition existait déjà au Québec. Elle était posée par l'ancien article 940 du Code de procédure civile.

Cette omission indique-t-elle la volonté du législateur québécois de reconnaître la compétence arbitrale en matière de droits dont la disposition est exclue ou limitée?

#### Par. 2 - Les juridictions de *common law*.

Les articles 8 des *International Commercial Arbitration Acts*, qui posent le devoir du tribunal de *common law* d'ordonner le sursis de la procédure si le différend pour lequel il a été saisi fait l'objet d'une convention d'arbitrage, ne distinguent pas (de même que la loi-type et comme l'article 940.1 du Code de procédure civile du Québec) l'arbitrabilité des autres conditions de validité de la convention d'arbitrage<sup>1165</sup>.

---

pas toutes d'intérêt public, notamment celles qui *ne sont que pécuniaires et qui n'intéressent que les parties*". (Nos emphases).

<sup>1163</sup> En ce sens voir, par exemple, A. PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 265. *Contra* J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 543 ; qui pourtant limite la validité de la convention d'arbitrage aux cas dans lesquels "the rights are already in effect" : J.E.C. BRIERLEY, "Arbitration Agreement - Articles 2638-2643", *op. cit.*, note 1162, p. 5.

<sup>1164</sup> Voir le *Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec*, (juillet 1991), *précité*, note 775, à propos de l'article 2624 du Projet de loi 125 du Code civil du Québec : "À notre avis, il doit y avoir une corrélation entre les sujets qui peuvent faire l'objet d'une transaction et l'arbitrage. La possibilité que les rapports patrimoniaux entre époux puissent faire l'objet d'une transaction est tout à fait justifiée (article 2617 du projet). La même règle devrait prévaloir en matière d'arbitrage. C'est pourquoi, la Chambre des notaires recommande fortement que les mots «sur les matières familiales» soient supprimés à l'article 2624".

<sup>1165</sup> Article 8.2. *International Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique, [R.S.B.C.1996], c. 233 ; article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* d'Alberta, S.A. 1986, c. I-6.6. ; article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* du Manitoba, S.M. 1986-87,

L'arbitrabilité est par contre, posée comme une condition particulière au moment du contrôle sur la sentence (articles 34 et 36 des *International Arbitration Acts*).

Quant aux limites spécifiquement posées à l'arbitrabilité, l'examen des textes législatifs canadiens révèle la différence, déjà relevée en droit comparé, entre les juridictions de *common law* et les juridictions de droit civil : l'article 2639 du Code civil du Québec ne trouve pas de parallèle dans les autres juridictions canadiennes.

Cela est compréhensible en considération du fait que la pratique du *stated case* rendait pratiquement superflu, dans les juridictions qui suivaient le système anglais, de poser des interdictions explicites<sup>1166</sup>.

Une exception découle cependant de la Section 2(2) du *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique (visant à régir l'arbitrage interne)<sup>1167</sup> établissant que "*a provision of an arbitration agreement that removes the jurisdiction of a Court under the Divorce Act (Canada) or the Family Relations Act has no effect*"<sup>1168</sup>.

Elle ne concerne pas toutefois l'arbitrage commercial<sup>1169</sup>.

c.32 ; article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* du Nouveau-Brunswick, S.N.B. 1986, c. I-12.2 ; article 11 de l'*International Commercial Arbitration Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, c. I-15 ; l'article 11 de l'*International Commercial Arbitration Act* des Territoires du Nord-Ouest, R.S.N.W.T. 1988, c.I-6 ; article 11 de l'*International Commercial Arbitration Act* de Nouvelle-Écosse, R.S., c. 234, s.1 ; article 8 de l'*International Commercial Arbitration Act* d'Ontario, R.S.O. 1990, c.I-9 ; article 10 de l'*International Commercial Arbitration Act* de l'Île du Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5 ; article 9 de l'*International Commercial Arbitration Act* de la Saskatchewan, S.S. 1988-89, c. I-10.2 ; article 8 de l'*International Commercial Arbitration Act* du Yukon, L.Y. 1987, c. 14.

<sup>1166</sup>

Mais, comme le souligne A. DORAIS, ("L'arbitrage commercial - Développements législatifs" *op. cit.*, note 846, p. 278), si l'interdiction de soumettre à l'arbitrage les matières qui intéressent l'ordre public n'est pas expresse, elle ressortait néanmoins de la pratique des juridictions canadiennes de *common law*.

<sup>1167</sup>

R.S.B.C. 1996 c. 55.

<sup>1168</sup>

Sur le sujet, voir Joost BLOM, "Non-arbitrable issues", dans *Commercial Arbitration : Advanced Practices*, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, Vancouver, 1989, 2.1.01. - 2.1.09, p. 2.1.01.

<sup>1169</sup>

En effet l'exclusion de matières régies par le *Divorce Act* et par le *Family Relations Act* était plutôt surprenante dans un acte sur la réglementation de l'arbitrage "commercial". Soulignons cependant que l'amendement apporté par l'article 8 (1) du *Miscellaneous Statutes Amendment Act* 1988 (repris par la Section 2(1)(c) du *Commercial Arbitration Act* de 1996), a élargi son champ d'application, en y incluant, à côté de la convention d'arbitrage (a) "[...] in a commercial agreement", (c) "any other arbitration agreement". Les demandes visées par la *Loi sur le divorce et les mesures accessoires* ( L.R. 1985, c. 3), sont : la demande de divorce, les ordonnances alimentaires et les ordonnances de garde des enfants. L'article 5 du *Family Relations Act* (R.S.B.C. 1966 c. 128), soumet à la compétence de la Cour Supérieure, les questions concernant "Custody, access and guardianship of children ; dissolution of marriages, nullity of marriages, judicial separation, alimony and maintenance".

En ce qui concerne les limites à la capacité de compromettre des personnes morales de droit public qui sont soumises au droit canadien, de même qu'en droit québécois, aucune interdiction n'est posée dans les juridictions de *common law*.

Au contraire, la capacité des personnes morales de droit public de compromettre est reconnue explicitement, autant au niveau fédéral par le *Code de l'arbitrage commercial*<sup>1170</sup>, qu'au niveau provincial dans toutes les juridictions de *common law*, à l'exception de la Colombie-Britannique<sup>1171</sup>.

Un tribunal canadien pourrait pourtant exclure l'arbitrabilité sur la base d'interdictions autres que celles découlant de l'ordre public du *for* s'il considère que, dans le cas de l'espèce, la question de l'arbitrabilité est régie par une loi étrangère. Cela est possible autant par rapport aux limites posées à l'arbitrabilité en raison de la matière que par rapport à celles posées en raison de la personne, lorsque la personne morale est soumise à un loi étrangère.

Ces possibilités seront examinées dans la section suivante.

### *Section 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité dans les juridictions canadiennes.*

Nous examinerons d'abord la possibilité que la capacité des personnes morales de droit public soit soumise à la loi à elles applicable, permettant ainsi à la notion d'arbitrabilité *ratione personae* d'être limitée, dans les juridictions canadiennes, par des règles impératives de droit interne d'un autre pays (Par. 1). Nous continuerons par l'examen de la loi applicable à l'arbitrabilité *ratione materiae* (Par. 2).

<sup>1170</sup>

Art. 10 S.C. 1986, c. 22 : "La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada". Il faut aussi souligner que le domaine d'application de cet *Act* est basé sur la présupposition de la reconnaissance de la capacité des personnes morales de droit public à compromettre. Voir l'article 5(2) suivant lequel "[l]e Code ne s'applique qu'aux cas d'arbitrage où l'une des parties au moins est un ministère ou une société d'État ou qu'aux questions de droit maritime".

<sup>1171</sup>

S.A. 1986, c. I-6.6, s. 11 ; S.M. 1986-87, c. 32 (also C.C.S.M., c. C151), s. 11 ; S.N.B. 1986, c. I-12.2, s. 11(1) ; R.S.N. 1990, c. I-15, s. 12 ; R.S.N.W.T. 1988, c. I-6, s.3(1) ; R.S.N.S. 1989, c. 234, s.12(1) ; R.S.O. 1990, c. I.9, s. 12 ; R.S.P.E.I. 1988, c. I-5, s. 11(1) ; S.S. 1988-89, c. I-10.2, s. 10(1) ; R.S.Y.T. 1986 (supp.), c. 14, s. 9(1). Voir aussi, en matière d'arbitrage interne : en Alberta, *Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1 ; au Manitoba, *Arbitration Act* R.S.M. 1987, c. A 120 ; en Ontario, *Arbitration Act* S.O. 1991, c. 17 ; en Saskatchewan, *Arbitration Act*, S.S. 1992, c. A-24.1 ; en Nouvelle-Ecosse, R.S.N.S. 1989 c. 19 ; au Nouveau-Brunswick, *Arbitration Act* S.N.B. 1992, c. A-10.1 ; et dans l'Île du Prince-Édouard, R.S.P.E.I 1988, c. A-16.

Par. 1 - Les personnes morales étrangères et la loi applicable à l'arbitrabilité *ratione personae*.

La réponse à la question de savoir si les limites posées par une loi étrangère à la capacité de compromettre des personnes morales de droit public qui y sont soumises, seront reconnues par un tribunal canadien pour nier la validité de la convention d'arbitrage semble être négative.

Bien que la *Loi sur l'immunité des États*<sup>1172</sup> (qui prévoit à l'article 5 que "[l]'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales") ne vise pas à régir les conventions d'arbitrage<sup>1173</sup>, et bien que les législations canadiennes, (comme, d'ailleurs les textes législatifs internationaux déjà examinés) soumettent la question de la capacité des parties à la loi à elles applicable<sup>1174</sup>, le principe établi par la jurisprudence canadienne est clairement celui du respect du principe *pacta sunt servanda*. Ce principe s'impose en vertu du droit international public, indépendamment donc de la loi étatique applicable.

Dès 1988, un arrêt de la Cour Suprême du Canada<sup>1175</sup>, avait nié qu'une société agissant en qualité d'agent de la couronne puisse invoquer l'immunité prévue par l'article 16 de la *Loi d'interprétation*<sup>1176</sup> pour se soustraire à l'application de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*<sup>1177</sup>, dont le but est d'éviter les transactions d'initiés (insider trading). La Cour Suprême s'est exprimée ainsi :

*"La Couronne ne peut revendiquer les avantages de la loi sans en assumer également les obligations. L'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations à l'immunité de la Couronne ne signifie pas que cette dernière se trouve visée par chaque régime réglementaire régissant un état de chose particulier.[...]. La Couronne, lorsqu'elle achète une action*

<sup>1172</sup> *Loi portant sur l'immunité des États étrangers devant les tribunaux*, S.C. 1982, c. S-18.

<sup>1173</sup> A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 1, p. 346.

<sup>1174</sup> Pour le droit du Québec, voir en particulier, les articles 3083 et suivants du Code civil du Québec.

<sup>1175</sup> *Caisse de dépôt et placement du Québec v. Fredrick H. Sparling et le Procureur général du Québec et le Procureur général de l'Alberta (Intervenants)*, [1988] 2 R.C.S. 1015.

<sup>1176</sup> S.R.C. 1970, c. 1-23.

<sup>1177</sup> S.C. 1974-75-76, c. 33.

*d'une société à laquelle s'applique la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, est liée par l'ensemble de la Loi dans la mesure où elle définit et régit les droits et les obligations des actionnaires".*

Le principe énoncé par cette décision est d'une portée suffisamment générale pour qu'il puisse également s'appliquer au devoir des États de respecter les obligations contractuelles découlant d'une convention d'arbitrage<sup>1178</sup>.

Cette conclusion a été confirmée par un arrêt de la Cour supérieure du Québec, qui a reconnu une sentence arbitrale à l'encontre d'un organisme faisant partie de l'organisation des Nations Unies, et donc bénéficiant normalement, à ce titre, du droit à l'immunité. L'organisme soutenait la nullité de la convention d'arbitrage en raison de la présence d'une clause prévoyant que le contrat n'aurait pas dû être interprété comme une renonciation à un privilège diplomatique.

Mais, dans les mots du tribunal, "*en acceptant de signer le contrat, la requérante a accepté l'autorité du tribunal d'arbitrage pour décider de tout litige*"<sup>1179</sup>.

La jurisprudence canadienne, en imposant aux personnes morales de droit public l'exécution des obligations découlant de leurs engagements, ne se détache donc pas, de ce point de vue, de la pratique internationale

#### Par. 2 - La loi applicable à l'arbitrabilité *ratione materiae*.

Aucun doute n'existe quant à la loi applicable à l'arbitrabilité dans la phase de contrôle sur la *sentence*. Qu'il s'agisse d'une procédure d'homologation, d'annulation ou de reconnaissance de la sentence arbitrale, elle est régie par la loi du *for* et est opposable d'office (articles 34, 36 des *International Commercial Arbitration Acts* et articles 946.5, 947.2 et 949 du Code de procédure civile du Québec).

Aucune indication n'est donnée par les législations canadiennes quant à *la loi applicable par l'arbitre* à la question de l'arbitrabilité. Nous renvoyons donc à ce

<sup>1178</sup>

Voir aussi l'article 5 de la *Loi sur l'Immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18 : "L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales".

<sup>1179</sup>

*International Civil Aviation Organisation c. Tripal Systems Ply*, C.S.M., 1994.09.09, J.E. 1994.1541 ; [1994] R.J.Q. 2560.

sujet aux conclusions atteintes dans le premier titre, lors de l'examen de la loi-type et du droit comparé<sup>1180</sup>.

En ce qui concerne la loi applicable à l'arbitrabilité par le tribunal étatique dans la phase préliminaire à l'arbitrage, dans toutes les juridictions canadiennes de *common law*, l'arbitrabilité est soumise à la loi choisie par les parties pour régir leur convention compromissoire<sup>1181</sup>. L'arbitrabilité n'étant pas posée comme notion distincte des autres conditions de validités de la convention d'arbitrage, elle ne peut pas être considérée comme une question de procédure, mais seulement comme une question concernant la validité matérielle de la convention d'arbitrage. Notons qu'une difficulté supplémentaire apparaîtra chaque fois que les parties n'auront pas indiqué leur choix : nous examinerons ce point séparément.

Ainsi, par exemple, l'article 2639 du Code civil du Québec n'interviendra, en principe, que si la convention arbitrale est régie par la loi québécoise. Si la convention d'arbitrage est soumise à une loi étrangère, sa validité devra être établie à la lumière de cette loi, sauf dans le cas où son application conduit à un "résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans *son sens international*" (Article 3081 du Code civil du Québec).

---

1180

Voir, *supra*, p. 292. Parmi ces conclusions rappelons les suivantes : l'arbitre n'est le représentant d'aucun système déterminé. Il n'a pas de *for*. Il est pourtant lié par la volonté des parties et par le devoir déontologique de rendre une sentence qui soit susceptible d'exécution. Cela signifie que, si le litige est inarbitrable d'après la loi choisie par les parties pour régir leur convention d'arbitrage, l'arbitre devrait, en principe, se dessaisir. Son devoir de rendre une sentence susceptible d'exécution pourrait aussi justifier son dessaisissement si le litige est inarbitrable d'après la loi du siège arbitral. Cette conclusion n'est pourtant pas plus automatique qu'elle ne l'était auparavant, quand la tendance suivie par les États signataires de la Convention de New York était de reconnaître la décision d'annulation rendue par un tribunal du pays du siège arbitrale. Puisque les tendances jurisprudentielles plus récentes suivies aux États-Unis et en France admettent l'exécution des sentences annulées dans le pays d'origine, l'inarbitrabilité suivant la loi de ce pays et l'éventuelle annulation de la sentence ne constituent plus nécessairement un obstacle à l'exécution. La loi du pays siège de l'arbitrage devrait alors constituer un obstacle à l'arbitrabilité uniquement si, à défaut d'un choix des parties en ce sens, l'arbitre considère que cette loi est, compte tenu des circonstances de l'espèce, celle applicable à la convention d'arbitrage.

1181

Voir par exemple, *Boart Sweden AB et al. v. NYA Stromnes AB et al.*, précité, note 218, où la Cour ontarienne a refusé de renvoyer les parties à l'arbitrage uniquement sur la question qui n'était pas arbitrable selon la loi applicable à l'arbitrage, d'après la volonté des parties, plus précisément, en ce qui a trait à la partie de l'action fondée sur une responsabilité de nature délictuelle : "The *tort claim and the oral agreement claim could only be dealt with by the Court* because they depend on causes of action unknown to the law of Sweden". (Nos emphases).

Dans toutes les juridictions canadiennes, autant celles de *common law* qu'au Québec, la loi du *for* interviendra alors *malgré* le choix de parties<sup>1182</sup>,

- lorsque l'arbitrabilité est limitée par une règle d'application nécessaire. Cette possibilité est reconnue expressément au Québec par l'article 3076 du Code civil<sup>1183</sup>. Notons que l'étendue de l'impact possible des règles impératives étrangères sur la base de l'application de l'article 3079<sup>1184</sup> du même Code est difficile à établir, compte tenu de la philosophie qui inspire l'article 3121 ;
- suivant l'éviction de la loi de l'autonomie, si son application a pour résultat de violer les principes fondamentaux du *for*.

L'introduction par le législateur ou la création par la jurisprudence d'une règle matérielle à but international telle que celles que nous avons examinées en droit comparé pourraient avoir le même effet d'éviction. Mais, une telle règle n'existe pas pourtant encore au Canada.

Le choix des législateurs canadiens de suivre la loi-type et de faire régir l'arbitrabilité par la loi choisie par les parties pour régir leur convention d'arbitrage dans la phase préliminaire du contrôle et par la loi du tribunal dans la phase finale du contrôle sur la sentence ne peut que reposer les difficultés déjà soulevées à propos de la loi-type. Nous les examinerons dans la section suivante.

### *Section 3 - Questions qui se posent quant à la loi applicable à l'arbitrabilité dans les juridictions canadiennes.*

Les problèmes que nous examinerons sont notamment :

<sup>1182</sup>

Dans les juridictions de *common law*, où la loi-type a pris, lors de son adoption, le caractère de *lex specialis*, la possibilité de l'intervention des règles du *for* limitant l'arbitrabilité a été expressément prévue par l'article 1.5 qui établit que celle loi "[...] ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de disposition autres que la présente loi". Au Québec (la loi-type ayant perdu son caractère de *lex specialis*), cet article n'a pas été repris.

<sup>1183</sup>

Article 3076 du Code civil du Québec : "Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier".

<sup>1184</sup>

Article 3079 du Code civil du Québec : "Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec laquelle la situation présente un lien étroit. Pour en décider il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application".

- Celui concernant la possibilité que les tribunaux d'une même juridiction canadienne rendent des décisions contradictoires sur l'arbitrabilité, dans les deux phases de contrôle (Par. 1)

- Celui de savoir quelle est la loi applicable à l'arbitrabilité en absence d'un choix expresse des parties (Par. 2).

Par. 1 - Possibilité de décisions contradictoires en matière d'arbitrabilité à l'intérieur de la même juridiction canadienne dans les deux phases de contrôle sur l'arbitrage.

Est-il possible qu'un tribunal canadien, après avoir renvoyé les parties à l'arbitrage (parce que la convention était valable d'après la loi qui lui est applicable, comme prévu par l'article 8 de la loi-type et par les articles 940.1 du Code de procédure civile et de 3121 du Code civil), se trouve obligé (suivant les articles 34 et 36 de la loi-type et les articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile) de refuser l'exécution de la sentence arbitrale parce que le différend n'est pas arbitral *d'après la loi du for* ?

Examinons l'étendue de ce problème avant d'indiquer les solutions possibles.

A - Étendue du problème.

D'un point de vue général, notons que *conflict possible* ne signifie pas *probable*. En effet, l'examen de la jurisprudence révèle clairement que

- la question de l'arbitrabilité est fréquemment examinée dans la phase préliminaire de l'arbitrage, mais les cas dans lesquels les parties ont demandé qu'elle soit examinée à la lumière d'une loi autre que celle du *for* sont extrêmement rares ;

- la non susceptibilité du différend à être réglé par voie d'arbitrage n'est pas un motif fréquemment invoqué par les parties qui veulent s'opposer à l'exécution de la sentence, ni (comme le permet l'article V (2)(a)) soulevé d'office par le tribunal de l'exécution .

Si on considère de plus que, parmi les sentences contestées, le nombre de celles qui finissent pour être effectivement refusée se situe entre 5% et 10%<sup>1185</sup>, on convient

<sup>1185</sup>

Philippe FOUCHARD, "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", (1998) *Rev. Arb.* 653-672, p. 656 ; Jan PAULSSON, "L'exécution des sentences internationales dans le monde de demain", (1998) *Rev. Arb.* 637-651, p. 650.

que la possibilité qu'une sentence soit refusée dans des circonstances aussi particulières est assez exceptionnelle. Elle existe néanmoins, et elle crée une situation d'incertitude qu'il serait préférable d'éviter.

Du point de vue plus spécifique des législations canadiennes, il faut souligner que, de toute façon, bien qu'elles soumettent la question de l'arbitrabilité à la loi de l'autonomie, l'ordre public au sens international du *for* pourra intervenir pour empêcher l'exécution de la convention d'arbitrage qui lui est contraire. Cette possible intervention constitue donc un obstacle très important à la reconnaissance de toute convention d'arbitrage qui violerait les principes fondamentaux de l'ordre juridique intéressé<sup>1186</sup>.

Mais, même l'intervention de l'ordre public du *for* dans la phase du contrôle préliminaire sur la convention d'arbitrage ne parviendra pas à éviter des décisions contradictoires sur l'arbitrabilité si, lors de l'exécution de la sentence, cette question est examinée à la lumière de *règles faisant partie de l'ordre public interne*.

Il est alors nécessaire d'examiner comment ce conflit pourrait être évité dans le contexte du droit canadien.

#### B - Solutions possibles.

Une façon d'éviter ce conflit est de faire régir l'arbitrabilité par la loi du tribunal, dans les *deux phases de contrôle*, grâce à l'intervention de règles matérielles à but international limitant le contrôle à la seule conformité à l'ordre public international du *for* (1)

Une seconde solution serait de modifier les articles 34(2)(b)(i) et 36 (1)(b)(i) de la loi-type et 946.5 et 949 du Code de procédure civile du Québec qui, en distinguant l'arbitrabilité de l'ordre public permettent aux particularismes du *for* d'intervenir au moment du contrôle sur la sentence (2).

#### 1 - Possibilité d'appliquer la loi du tribunal dans les deux phases du contrôle.

<sup>1186</sup>

On pourrait objecter que la non-violation de l'ordre public à ce stade du contrôle, découle du fait qu'à ce moment, il n'y a pas encore d'impact concret ; impact qui ne pourra être constaté qu'au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence. Mais si cette possibilité ne peut être exclue, elle ne se concrétisera toutefois que très rarement.

Soumettre la question de l'arbitrabilité à des règles matérielles à but international appliquées directement sans recours à la méthode conflictuelle (comme le font les tribunaux américains et français) ne nous semble pas une solution acceptable au Canada.

Premièrement, elle ne semble pas du tout conforme à la volonté des législateurs canadiens lors de la réforme. En effet, si une telle volonté existait, il aurait été beaucoup plus logique alors de reprendre l'article II de la Convention de New York (dont la formulation permet de considérer l'arbitrabilité comme une question de procédure et justifie donc, comme nous l'avons souligné, l'application de la loi du tribunal), plutôt que l'article 8 de la loi-type, qui pose l'arbitrabilité parmi les autres conditions de validité de la convention d'arbitrage.

Cette solution irait encore plus clairement à l'encontre de l'esprit du législateur québécois, dont le but, lors de la formulation de l'article 3221 du Code civil du Québec était précisément de souligner le caractère contractuel de l'arbitrage<sup>1187</sup>.

Deuxièmement, il ne nous semble pas vraiment souhaitable de décider de la validité matérielle de la convention arbitrale sans avoir recours à la méthode conflictuelle ; cela même lorsque le résultat est assez favorable à l'arbitrage, comme en France et aux États-Unis.

Il est clair que ce système offre de nets avantages du point de vue de la simplicité. Non seulement parce qu'il élimine la possibilité de conflit, mais aussi parce que, comme le soulignait M. van de Berg<sup>1188</sup>, c'est plus facile pour le tribunal de trancher la question de l'arbitrabilité suivant sa propre loi. (Mais, ce n'est là qu'une évidence : il est *toujours* plus facile pour le tribunal d'appliquer sa propre loi).

Pourtant, nous sommes de l'opinion que, si les parties ont choisi la loi applicable à la convention d'arbitrage, elles ont droit à la protection que cette loi leur accorde. Nous retenons donc, avec M. Mayer, que juger "*systématiquement les sentences étrangères selon les normes [locales] est une méthode un peu trop sommaire*"<sup>1189</sup>.

<sup>1187</sup>

*Commentaires du Ministre de la Justice, précité*, note 366. Voir aussi sur le sujet, L. MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 131.

<sup>1188</sup>

Jan Van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958, op. cit.*, note 17, p. 153. "Arbitrability under a foreign law is difficult to ascertain as it is generally non laid down in statutes, but developed by case law with all kinds of subtle distinctions".

<sup>1189</sup>

P. MAYER, note sous l'arrêt *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Soc. Dalico Contractors, op. cit.*, note 812, p. 671.

L'existence d'un lien important entre le rapport litigieux et le *for* est désormais une prémisses nécessaire pour l'intervention de l'ordre public du *for* dans son sens international. On exige la constatation d'une *violation concrète* de l'ordre public du *for* afin d'écartier une décision étrangère. Pourquoi alors la *décision sur l'arbitrabilité* devrait-elle être rendue sans tenir compte de la présence d'un tel lien entre le rapport et le *for* ou entre le rapport et un autre pays ?

Pour reprendre l'exemple de M. Mayer, il serait "*choquant de reconnaître une sentence rendue à l'encontre d'un salarié employé dans ce pays, malgré la prohibition locale de l'arbitrage en matière de conflit individuel du travail, sous prétexte que la loi française ne connaît pas une telle prohibition*"<sup>1190</sup>.

On se demande dans quelle mesure une telle solution présenterait vraiment des avantages au niveau du respect des attentes légitimes des parties, de la prévisibilité des solutions et, plus généralement, au niveau du développement du commerce international<sup>1191</sup> ?

Certains auteurs français écartent le grief d'impérialisme juridique porté à cette solution en soutenant que, lorsqu'il est saisi dans la phase du contrôle de la sentence, le tribunal n'a d'autre tâche que celle d'apprécier si "*la sentence rendue sur le fondement de la convention d'arbitrage est susceptible d'être accueillie dans l'ordre juridique français*"<sup>1192</sup>.

Mais, ni en France, ni États-Unis, l'application de la loi du *for* est limitée à la phase du contrôle sur la sentence. La question de l'arbitrabilité et, plus généralement, celle de la validité de la convention d'arbitrage sont toujours régies par les règles du tribunal.

De toute façon, le *fondement* de l'arbitrage, la prémisses indispensable pour aboutir à une sentence, *est la convention d'arbitrage*, qui demeurera toujours un *contrat*, qui crée des obligations et dont l'effet n'est *pas uniquement* celui d'enlever la compétence au tribunal saisi.

La reconnaissance de l'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable à leur rapports et dans le choix du *for* dans lequel résoudre leur différend a été le

---

1190

*Idem.*

1191

Voir aussi sur le sujet, V. LAZIC, *Insolvency proceedings and Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 492, p. 142.

1192

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 251.

premier pas dans le développement de l'arbitrage. Pourquoi sera-t-il nécessaire, pour continuer le processus d'évolution, d'ignorer cette volonté ?

En définitive, cette tendance n'est qu'un retour à la vision d'après laquelle l'arbitrabilité serait une question de procédure. Vision que l'on justifie aujourd'hui, en France et aux États-Unis, par la restriction du contrôle de l'État et par l'élargissement du domaine de l'arbitrage auxquels elle aboutit<sup>1193</sup>.

Il est vrai que le processus d'encouragement de l'arbitrage est essentiel pour le développement du commerce international et il rentre donc indubitablement parmi les intérêts d'un État moderne. Mais, de là à l'encourager à tout prix...

Soustraire l'arbitrage aux particularismes locaux est important. Mais partir de la prémisse que la loi étrangère applicable limite nécessairement l'arbitrage sur la base de ses propres particularismes est contestable : la tendance à limiter au maximum les limites à l'arbitrabilité est au contraire assez généralisée dans les pays industrialisés. De toute façon, rien n'empêche le tribunal, après avoir examiné la loi applicable, de l'écarter s'il considère que son application aboutira à un résultat contraire à l'ordre public du *for*.

Et d'ailleurs, comme toute autre règle, les règles matérielles à but international devraient être examinées dans une perspective téléologique<sup>1194</sup>. Pour reprendre les auteurs Goldstein et Groffier<sup>1195</sup> il faut alors se demander :

- si faire régir l'arbitrabilité par des règles matérielles à but international répondrait "*aux objectifs de justice, de respect des valeurs sociales communes et d'harmonisation au sein du Canada, [et au souci] de prévisibilité*"? En ce qui concerne plus particulièrement le Québec, il faut de plus se demander si ces règles matérielles seraient compatibles "*avec la cohérence et la caractère civiliste du droit privé québécois*" ?

-Ou si cette solution ne favoriserait pas plutôt "la course illégitime au tribunal favorable" et la fraude à la loi ?

Si la loi appliquée par le tribunal est *automatiquement* la loi du *for* et qu'elle est moins restrictive que celle choisie par les parties ou que celle qui serait normalement applicable en raison des liens qu'elle présente avec le rapport litigieux, le *forum*

---

1193

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op.cit.*, note 88, p.

173.

1194

G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit International privé*, *op. cit.*, note 203, p. 43.

1195

*Idem.*

*shopping* est presque inévitable. Un tel résultat peut se révéler particulièrement injuste lorsque le litige surgit d'un contrat conclu dans des conditions d'inégalité.

L'élargissement du domaine de l'arbitrage a abouti à ce qu'une variété de plus en plus large de rapports, qui ne sont ni internationaux ni commerciaux, a fini par pouvoir être soumise à l'arbitrage commercial international. Pour contrebalancer ce mouvement, les législateurs (par exemple, le législateur québécois), ont jugé nécessaire (dans certains cas déterminés) de réserver la compétence de leurs tribunaux publics ; ce qui permet à la partie la plus faible de s'opposer efficacement à la reconnaissance de la convention d'arbitrage. Pourquoi lui nier cette possibilité ?

Une chose est d'approuver la règle matérielle à but international qui impose l'observation du principe *pacta sunt servanda* indépendamment de toute loi étatique *lors de l'exécution des conventions arbitrales conclues par la personne morale de droit public*. Dans ce cas, en imposant le respect de la bonne foi, on répond aux objectifs de justice et de respect des valeurs sociales communes. On ne niera pas non plus qu'une telle tendance soit compatible avec le droit civil du Québec, ou avec tout autre droit canadien.

Autre chose est d'imposer à une partie privée, l'exécution d'une convention d'arbitrage dans un contrat de consommation (surtout s'il s'agit d'un contrat d'adhésion), ou de travail malgré l'interdiction posée par la loi qui serait normalement applicable et qui est écartée par la règle matérielle. En quoi un tel résultat favoriserait-il la justice ? On voit bien, au contraire, qu'il encouragerait le *forum shopping*. Il suffirait que le contrat d'adhésion ou le contrat de travail fixe le siège de l'arbitrage dans un pays où ces interdictions n'existent pas.

Mais, à moins que, pour reprendre M. Bucher, le Canada *n'ait "un intérêt à devenir une terre de refuge pour des arbitrages sans lien significatif avec [le] pays, et qui [...] se trouvent étroitement rattachés à des systèmes juridiques étrangers qui exigent impérativement que les parties se soumettent à la juridiction étatique"*, on a du mal à voir comment on justifierait l'utilité d'une telle norme.

D'après M. Bücher, ce problème serait résolu en droit suisse (où, d'après la règle matérielle posée par l'article 177.1, le différend est arbitral s'il est patrimonial) par la possible intervention de l'article 19 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*<sup>1196</sup>, qui prévoit la *prise en considération des dispositions impératives du droit étranger*.

---

<sup>1196</sup>

Article 19 : "Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par

Cet article a été repris presque à la lettre par le législateur québécois dans l'article 3079 du Code civil<sup>1197</sup>. On pourrait alors soutenir que, au moins en droit québécois, la réalité du rapport litigieux serait de toute façon prise en considération. Mais dans quelle mesure demeure-t-on assuré que la loi étrangère sera *effectivement* prise en considération dans chaque cas<sup>1198</sup>? Autrement dit, pourquoi faire ce détour?

Il nous semble alors qu'il serait plus logique, pour éviter le conflit causé par la possible intervention des règles impératives qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international au moment de l'exécution de la sentence, de modifier les articles *qui sont la cause du conflit*.

2 - Modification des articles 34 (2)(b) (i) et 36 (1)(b)(i) de la loi-type et des articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile du Québec.

Les articles 34 (2)(b)(i) et 36 (1)(b)(i) de la loi-type et les articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile du Québec posent l'arbitrabilité comme une notion distincte de l'ordre public : c'est cette formulation qui permettrait aux particularismes du *for* d'intervenir dans la phase de contrôle sur la sentence.

Or, de deux choses l'une :

- ou le pays du tribunal saisi pour la reconnaissance ou l'exécution de la sentence l'arbitrabilité *ne limite pas* l'arbitrabilité par des règles autres que celles faisant partie de l'ordre public ;

- ou bien ce pays y pose des limites autres que celles découlant de l'intervention de l'ordre public dans son sens international.

---

la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit".

<sup>1197</sup>

Article 3079 du Code civil du Québec : "Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application".

<sup>1198</sup>

Voir sur ce sujet J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p.176, où l'auteur observe qu'en dehors d'hypothèses assez rares, "le droit étranger n'est pas pris en compte au stade de l'arbitrabilité" par les tribunaux suisses.

Dans la première hypothèse, la distinction est inutile. Elle crée une apparence de conflit entre les lois applicables dans les deux phases de contrôle, sans rien ajouter à la règle qui impose que la sentence soit conforme à l'ordre public du *for*.

Si dans un pays déterminé, seules les lois de police ou les principes d'ordre public dans son sens international limitent l'autonomie des parties à compromettre, l'arbitrabilité fait partie, suivant la loi de ce pays, de l'ordre public, peu importe qu'il s'agisse du contrôle sur la convention ou du contrôle sur la sentence.

Dans la deuxième hypothèse, elle est aussi inutile, voire même nuisible.

Inutile parce que, si le seul lien entre le litige et le pays du tribunal saisi résulte de la situation du siège arbitral ou des biens de la partie perdante, l'État n'a aucun intérêt à voir s'appliquer ses règles impératives internes pour refuser la reconnaissance de la sentence. Si au contraire, un lien existe entre le rapport et le tribunal saisi, qui justifie l'intervention de l'ordre public interne, l'exception d'ordre public est suffisante pour écarter la solution de l'arbitre quant à sa compétence.

Poser la notion d'arbitrabilité comme notion distincte de l'ordre public empêche le tribunal saisi pour l'annulation ou l'exécution, de rechercher si un tel contact existe entre le rapport et le *for*. Cette solution lui impose, au contraire, d'appliquer ses règles impératives internes comme si elles étaient des lois de police. Mais *uniquement dans la phase d'exécution de la sentence*.

La distinction est alors clairement nuisible à la partie qui s'est vue renvoyer à l'arbitrage par un tribunal pour se voir ultérieurement refuser l'exécution par ce même tribunal ! Elle n'a de sens que si l'on considère l'arbitrabilité comme une question de procédure, ainsi soumise à la loi du *for*. Mais alors, il aurait fallu retenir la distinction *aussi* dans les articles concernant le contrôle sur la convention d'arbitrage.

Ce n'est qu'après avoir examiné les limites effectivement posées à l'arbitrabilité par les tribunaux canadiens que nous serons en mesure de savoir si poser l'arbitrabilité comme notion distincte de l'ordre public est simplement inutile ou si c'est carrément nuisible.

De toute façon, il nous semble assez clair que ces articles devraient être modifiés pour éliminer toute ambiguïté et éviter l'apparence de conflit.

Comme le souligne M. Paulsson, rien n'empêche aux États signataires à la Convention de New York de corriger "les défauts constatés dans le vécu de la

Convention" elle-même, dont l'article VII admet expressément l'application des législations nationales plus favorables<sup>1199</sup>.

Des solutions concrètes sur ce point, ont été suggérées lors de la célébration à Genève du 75ème anniversaire de la C.C.I. À cette occasion, la proposition suivante a été formulée, qui concerne précisément les limites à l'arbitrabilité<sup>1200</sup> :

"2- L'article V (2)(a) ne doit pas empêcher la reconnaissance ou l'exécution sauf à ce que l'inarbitrabilité du différend ait une telle importance que sa reconnaissance ou son exécution violerait en même temps l'article V (2) b)".

Cet règle pourra éventuellement être intégrée autant dans les législations de *common law*, que dans le code de procédure civile du Québec.

Pourtant il nous semblerait beaucoup plus simple de faire rentrer tout simplement la notion d'arbitrabilité dans celle d'ordre public en suivant ainsi l'exemple français : dans le Nouveau Code de procédure civile français l'inarbitrabilité comme telle n'est pas incluse parmi les motifs de refus de la sentence, prévus par l'article 1502 du même code.

Pourtant, à la différence du législateur français, nous proposons de ne pas faire spécifiquement référence à l'ordre public *dans son sens international* parce que les sentences visées par ces articles ne concernent pas *toutes nécessairement* des rapports de droit international privé. Il nous semble donc qu'il serait préférable de laisser au tribunal la tâche de décider, dans chaque cas, si le contrôle doit être effectué à la lumière de l'ordre public au sens interne ou au sens international.

Notons pour conclure que, si la modification suggérée éclaircit la nature du rapport entre arbitrabilité et ordre public, la question se pose encore de savoir quelle est la loi applicable à son examen dans la phase préliminaire, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi régissant leur convention d'arbitrage.

---

<sup>1199</sup>

J. PAULSSON, L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain", *op.cit.*, note 1185, p. 650. Notons qu'à l'occasion du Congrès de l'ICCA, qui a eu lieu à Paris en 1998, on a même suggéré, afin, précisément, d'éliminer les ambiguïtés qui caractérisent les textes législatifs internationaux, de revoir le texte de la Convention de New York. Mais, comme le souligne M. Paulsson (J. PAULSSON, L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain", *op.cit.*, note 1185, p. 637) cela n'est pas nécessaire "dans la mesure où l'article VII de la Convention de New York permet lui-même un tel progrès en dépassant le standard minimal fixé par ce vénérable texte".

<sup>1200</sup>

*Idem.*

Par. 2 - Détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage, dans la phase du contrôle préliminaire, à défaut d'un choix des parties.

Nous examinerons cette question en distinguant les juridictions de *common law* (A) du Québec (B). Nous nous arrêterons ensuite sur un problème qui se pose spécifiquement en droit québécois, celui de la coordination entre les règles régissant la convention arbitrale dans la phase préliminaire à l'arbitrage et les règles régissant la même question dans la phase du contrôle sur la sentence (C).

A - Les juridictions de *common law*.

À défaut de choix des parties, dans les juridictions de *common law*, il revient au tribunal étatique d'établir la loi applicable à la convention d'arbitrage, en suivant les règles normalement applicables pour déterminer la *proper law* des contrats.

Nous avons indiqué, lors de l'examen de la loi applicable à la convention d'arbitrage dans la phase préliminaire d'après la Convention de New York, les critères qui pourraient être utilisés.

Parmi ceux-ci, le lieu siège de l'arbitrage (lieu d'exécution de la convention d'arbitrage)<sup>1201</sup>, est particulièrement important puisque c'est d'après cette loi que la validité de la convention d'arbitrage sera examinée lors de l'exécution de la sentence. Il ne serait en effet pas logique que le tribunal canadien de *common law*, qui connaît déjà le lieu où l'arbitrage se déroule, et qui constate que la convention d'arbitrage est nulle d'après la loi de ce lieu, examine la convention d'arbitrage à la lumière d'une autre loi (par exemple, la loi applicable au contrat principal), en sachant qu'il pourrait être alors obligé de refuser la sentence d'après l'article 36 (1)(a)(i).

1201

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, note 74, p. 242 et s. Notons aussi que la loi du siège arbitral a pris lors de la rédaction de la loi-type, une importance particulière. En effet, lors des discussions qui ont eu lieu à propos de l'opportunité de retenir la notion d'arbitrabilité parmi les motifs d'annulation, figurait, entre autres, la *nécessité* de porter l'accent sur la responsabilité des parties dans le choix du lieu de l'arbitrage. Ce qui a justifié la décision de retenir la formulation originellement proposée pour l'article 34. *Rapport de la Commission des Nations Unies*, *précité*, note 42, p. 64. *Commentaire Analytique*, *précité*, note 119, p. 162. Cette tendance a été pourtant critiquée par la doctrine. Voir entre autres, Gabrielle KAUFMAN-KOHLER, "Le lien de l'arbitrage à l'aube de la mondialisation", (1998) *Rev. Arb.* 517-537. D'après cette auteure, le recours au lieu du siège arbitral comme critère de rattachement est une "fiction".

Un autre critère est celui du choix des parties relativement à la loi applicable au contrat au fond<sup>1202</sup>. C'est, comme nous le verrons, le critère choisi par le législateur québécois.

Les tribunaux pourraient aussi tenir compte de la nature assez particulière de la convention d'arbitrage et considérer *l'ensemble des obligations* découlant de cette convention. Dans cette perspective, le lieu de l'exécution n'est plus uniquement l'État où la procédure arbitrale se déroule mais l'État où *le produit final* de cette procédure, la sentence, sera exécutée. Notons pourtant que la lecture conjointe des articles II (3) et V (1)(a), souhaitée par M. Gaja<sup>1203</sup>, et qui verrait la reconnaissance de la convention d'arbitrage en fonction de la reconnaissance de la sentence, a été exclue spécifiquement et catégoriquement par la jurisprudence américaine<sup>1204</sup>.

Parce que, comme le note la doctrine, il n'existe pas de principes bien définis capables de permettre *a priori* l'identification de la loi qui sera appliquée par l'arbitre ou par les tribunaux étatiques, on reste avec une impression de grande incertitude.

#### B - L'article 3121 du Code civil du Québec.

L'article 3121 du Code civil de Québec<sup>1205</sup> vise précisément à limiter cette incertitude en soulignant la nature contractuelle de l'arbitrage<sup>1206</sup>. Il prévoit :

<sup>1202</sup>

Voir P. BIENVENU, "Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux", *op. cit.*, note 541, p. 57. L'auteur cite J. MUSTILL & C. BOYD, *Commercial Arbitration*, 2nd éd., Londres et Édinburgh, Butterworths, pour affirmer, (à propos de la règle posée par l'article 3121 du Code civil du Québec), que "[I]a règle voulant que la loi applicable au contrat principal régit également la clause compromissoire prévaut aussi en *common law*".

<sup>1203</sup>

G. GAJA, *International Commercial Arbitration - The New York Convention*, *op. cit.*, note 30, p. I.B.4. D'après cet auteur, le tribunal saisi pour exécuter la convention d'arbitrage devrait aussi tenir compte de la loi du pays d'exécution de la sentence.

<sup>1204</sup>

*Meadows v. Baccala & Shoop Ins. Serv., Inc.*, *précité*, note 389. En l'espèce, la Cour décida : "The absence in Art. II of any reference to the law where enforcement will be sought and the presence of such language in Art. V may compel the [opposite] conclusion, [i.e.], that the delegates to the Convention deliberately excluded any such reference from Art. II and intended that the law where enforcement is sought is dispositive only of the question whether to enforce an arbitral award and not of the question whether to order arbitration under article II".

<sup>1205</sup>

Cet article reprend partiellement l'article 29 du Projet présenté en 1977 par l'office de Révision du Code civil, qui prévoyait : "The validity of international arbitration agreements is governed by the law of the State expressly designated by the parties. Failing such express designation, the validity of such an agreement is governed by the law applicable to the contract to which the agreement applies."

*"En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule".*

Les rédacteurs du Code civil du Québec ont donc suivi la doctrine qui suggérait de retenir l'indication de la loi applicable au fond comme une intention de rattachement alternatif par les parties<sup>1207</sup>. Comme le soulignait déjà l'Office de révision du Code civil en 1975, "cela ne veut pas dire que la validité de la convention est liée à la validité du contrat auquel il se rapporte"<sup>1208</sup>; comme le confirme d'ailleurs explicitement l'article 2642 du Code civil du Québec.

La préoccupation de respecter la volonté des parties en sauvegardant en même temps la convention arbitrale a priorité sur la nécessité de parvenir à une sentence arbitrale susceptible d'exécution.

Le but du législateur a donc été de faciliter au maximum le recours à l'arbitrage, même dans le cas où il est possible que la validité d'une convention arbitrale soit

---

Arbitration is governed by the rules expressly designated by the parties or, failing such designation, by the law applicable to the validity of the arbitration agreement".

Le commentaire à cet article (*Rapport sur le droit international privé*, Office de révision du Code civil, *précité*, note 775), précise qu'il concerne autant le compromis que la clause compromissoire.

Par rapport au critère alternatif à suivre à défaut d'une manifestation de volonté des parties, le commentaire souligne : "Le deuxième alinéa adopte une solution logique, puisque la convention d'arbitrage se rapporte le plus souvent à un litige qui a sa source dans un contrat. Ceci ne veut pas dire que la validité de la convention est liée à la validité du contrat auquel elle se rapporte".

Voir aussi *Reform of the Civil code*, Texts written for the Barreau du Québec et the Chambre de Notaires, Vol. 5 B, p. 45.

<sup>1206</sup>

Comme le souligne les *Commentaires du Ministre de la Justice*, (*précités*, note 366) à cet article, "[e]n droit québécois, la qualification de la convention d'arbitrage a longtemps été l'objet de controverse. Certains jugements ont considéré l'arbitrage comme une question de procédure et l'ont soumis en conséquence à la loi québécoise; laquelle jusqu'en 1965, l'invalidait comme contraire à l'ordre public".

<sup>1207</sup>

J.D. BREDIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958", *op. cit.*, note 28, p. 1020. Voir aussi L. MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 130.

<sup>1208</sup>

Office de Révision du Code civil, Comité du droit international privé, *Rapport sur le droit international privé*, *précité*, note 775, (Article 29). Voir aussi, J.A. TALPIS, "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New Civil Code of Quebec", *op. cit.*, note 377, p. 203.

Par rapport à la possibilité reconnue aux parties de désigner la loi applicable à la convention d'arbitrage, la doctrine a souligné l'importance de choisir cette loi avec soin. D'après M. Prujiner (A. PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 279), il est préférable, de manière générale, de soumettre l'arbitrage au droit de son siège. Dans le même sens, voir A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit international de l'arbitrage commercial*, *op. cit.*, note 1, p. 243.

reconnue dans la phase préliminaire et ne le soit plus dans la phase de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence.

Au Québec, la règle est donc la suivante : si la convention d'arbitrage est conforme à la loi qui lui est applicable d'après la volonté des parties (ou à la loi régissant le contrat principal ou à la loi du siège arbitrale), et si sa reconnaissance n'a pas pour résultat de violer les principes d'ordre public au sens international du *for*, les parties doivent respecter leur contrat et se soumettre à la juridiction de l'arbitre. La question de savoir si la convention est valable d'après la loi du *pays de l'exécution* de la sentence n'a, à cette étape, aucune pertinence pour le juge québécois.

Cela est logique en considération du fait que la sentence ne sera pas nécessairement contestée, et qu'au moment de la reconnaissance de la convention d'arbitrage on ne connaît pas nécessairement le (ou les) pays de l'exécution de la sentence.

En plus, comme le souligne M. Bucher, à propos de la loi suisse, "*c'est aux parties et non au législateur [...] d'organiser l'arbitrage de telle façon que la sentence pourra être exécutée à l'étranger*"<sup>1209</sup>.

Il est normal alors de ne pas se soucier, lors de l'exécution de la convention d'arbitrage, du sort de la sentence, *dans la mesure pourtant où le pays de l'exécution n'est pas le Québec*. Malheureusement, si le lieu de l'exécution est le Québec, des problèmes se poseront nécessairement, à la phase finale du contrôle sur la sentence, en raison d'une certaine absence de coordination entre l'article 3121 du Code civil et les articles du Code de procédure civile régissant la même question (notamment les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile)<sup>1210</sup>.

C - Possibilité de conflit entre l'article 3121 du Code civil du Québec et les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile.

Comme nous venons de le voir, l'article 3121 du Code civil du Québec prévoit, qu'à défaut d'un choix des parties quant à la loi applicable à la convention d'arbitrage, elle sera régie par la loi applicable au contrat principal. Ce n'est que si

<sup>1209</sup>

A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse op.cit.*, note 571, p.37.

<sup>1210</sup>

L. MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 131.

cette loi a pour effet d'invalider la convention que la loi du siège arbitral trouvera alors application.

Au contraire, lors du contrôle sur la sentence le *seul critère* de rattachement pris en considération, à défaut d'un choix des parties, est le siège de l'arbitrage.

L'article 946.4 (2) du Code de procédure civile, concernant la procédure d'homologation et qui est aussi applicable à l'annulation (en vertu de l'article 947.2), prévoit que la validité de la convention doit être examinée à la lumière de la loi choisie par les parties "ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec".

La loi du siège arbitral est aussi celle qui va s'appliquer, à défaut d'indication des parties, pour déterminer la validité de la convention d'arbitrage au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale rendue hors Québec, d'après l'article 950 (2) du Code de procédure civile.

Il est alors, au moins théoriquement, possible que le tribunal québécois, après avoir remis les parties à l'arbitrage sur la base d'une convention valide d'après la loi applicable au contrat principal, se trouve obligé, lorsqu'il est saisi dans la phase de contrôle de la sentence, de réexaminer la même convention soit, suivant sa propre loi (s'il s'agit d'une requête en homologation ou d'une demande d'annulation) soit, suivant la loi où la sentence a été rendue (s'il s'agit d'une procédure de reconnaissance et d'exécution).

La formulation de l'article 3121 du Code civil du Québec ne semble donc pas contribuer à l'harmonie des décisions. Examinons ce problème (1) afin d'indiquer les solutions possibles (2).

#### 1 - Étendue de problème.

La possibilité de conflit avec l'article 3121 du Code civil du Québec est différente selon que le contrôle sur la sentence est effectué suivant une procédure d'homologation ou d'annulation (article 946.4 (2) du Code de procédure civile) ou lors d'une procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence. (article 950 (2) du Code de procédure civile).

Parce que l'article 946.4 (2) vise les procédures d'homologation et d'annulation concernant uniquement les sentences *rendues au Québec*, le conflit est possible entre une décision rendue dans la phase préliminaire *suivant la loi applicable au contrat*

*principal* et *la loi québécoise*, applicable comme loi du siège de l'arbitrage dans la phase finale.

Dans ce cas, la reconnaissance de la convention d'arbitrage par le tribunal québécois, dans la phase préliminaire, implique déjà sa conformité à l'ordre public au sens international du Québec. Le tribunal québécois ne pourra en effet pas renvoyer les parties à l'arbitrage si l'exécution de leur convention (valide d'après la loi qui lui est applicable d'après l'article 3121 du Code civil) a pour résultat de violer l'ordre public du *for*.

Lorsqu'on se rend à l'homologation, la conformité de la convention à l'ordre public au sens international du Québec a donc *déjà* été examinée par le tribunal québécois. Le conflit est alors possible dans la mesure où la convention d'arbitrage est examinée dans *la phase de l'homologation*, à la lumière des règles impératives faisant partie de *l'ordre public québécois interne*.

La question se pose dans des termes différents lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas le Québec. Dans ce cas, il est effectivement possible que le tribunal québécois, après avoir remis les parties à l'arbitrage sur la base d'une convention valide d'après *la loi applicable au contrat principal*, se trouve obligé, de réexaminer la question de l'arbitrabilité à la lumière de *la loi du siège de l'arbitrage*, en conformité avec l'article 950 (2) du Code de procédure civile. La même question est alors examinée à la lumière de deux lois différentes ; aucune des lois applicables est nécessairement la loi du Québec.

## 2 - Solutions possibles.

Puisqu'une contradiction découle de la formulation de l'article 3121 du Code civil du Québec et des articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile, la seule solution possible est de modifier l'un ou l'autre.

Étant donné que la préférence du législateur québécois pour la loi applicable au contrat principal comme critère de rattachement est assez claire, examinons d'abord la possibilité de modifier les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile. Nous examinerons ensuite la possibilité d'apporter des modifications à l'article 3121 (b) du Code civil du Québec.

### a - Modifications aux articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile.

Non seulement toute modification aux articles 946.4 (2) et 950 (2) est contraire à la volonté d'harmonisation qui a inspiré la loi-type, mais elle ne parviendra pas à résoudre le problème.

Voyons pourquoi.

i) On ne peut pas atteindre une coordination *parfaite* entre l'article 3121 du Code civil du Québec et les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile par le biais d'une modification portée à ces derniers parce que les critères posés par l'articles 3121 du Code civil, (notamment, la loi applicable au contrat principal ou, - si celle-ci a pour effet d'invalider la convention - la loi du siège de l'arbitrage) reflètent la préoccupation du législateur québécois de respecter la volonté des parties en sauvegardant la convention d'arbitrage.

Par contre, lors de l'annulation ou de la reconnaissance de la sentence, les priorités ne sont plus les mêmes. La préoccupation majeure n'est pas celle de sauvegarder la convention d'arbitrage et de renvoyer les parties devant l'arbitre. Il s'agit plutôt de s'assurer que la sentence a été rendue par un arbitre compétent, suivant une *convention d'arbitrage valable* d'après des critères clairement prédéterminés.

Il ne nous semble donc pas raisonnable de reprendre *littéralement* la formulation de l'article 3121 du Code civil dans les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile.

ii) Une *concordance apparente* serait atteinte en posant la loi du contrat comme seul critère alternatif, à la place de la loi du siège arbitral dans les articles 946.3 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile.

Une modification en ce sens ne résoudrait pourtant pas le problème.

En effet, l'article 3121 du Code civil prévoit aussi la possibilité de ne pas appliquer la loi du contrat si elle a pour effet d'invalider la convention. Cela pourra paradoxalement conduire au même conflit, ... à l'envers : celui de voir la convention d'arbitrage reconnue suivant la loi du siège de l'arbitrage (applicable d'après l'article 3121 du Code civil, à la place de la loi du contrat qui aurait invalidé la convention), et la sentence refusée à cause de la nullité de la convention suivant la loi du contrat, applicable en vertu de l'article 950 (2) du Code de procédure civile !

Les seules solutions qui restent sont donc, soit une modification de l'article 3121 du Code civil (2), soit sa suppression pure et simple (3).

b - Modification de l'article 3121 du Code civil en raison des articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile.

Rien, a priori, ne s'oppose à une modification de l'article 3121 du Code civil. On pourrait alors coordonner les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile avec l'article 3121 du Code civil en posant comme seul critère de rattachement (à défaut d'un choix des parties), le lieu du siège arbitral.

L'article 3121 du Code civil du Québec se lirait alors de la façon suivante :

*"En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule".*

Une telle modification est-elle souhaitable?

Il nous semble que deux objections pourraient être soulevées à l'encontre de cette solution.

Une première objection concerne les difficultés que le tribunal pourrait rencontrer si le siège arbitral n'est pas encore établi.

La seconde objection est que la règle ainsi posée ne nous semble plus répondre à l'esprit qui l'a inspirée.

En effet, l'intention du législateur québécois lors de la rédaction de cet article était de mettre en évidence le caractère contractuel de l'arbitrage ; ce qui, d'ailleurs, éliminait l'obstacle le plus important à la reconnaissance de la convention d'arbitrage au Québec<sup>1211</sup> (et qui résultait de la pratique de traiter l'arbitrage comme question de procédure), et encourageait par conséquent, les arbitrages internationaux, dans cette province<sup>1212</sup>.

Pourtant, désormais, avec ou sans l'article 3121 du Code civil, la nature contractuelle de l'arbitrage est définitivement acquise ; et une modification de l'article 3121 du Code civil ne la mettra pas en doute : la convention arbitrale *est un contrat nommé et autonome*, et il est désormais bien établi qu'elle crée une compétence *ratione materiae* qui exclut celle du tribunal.

<sup>1211</sup>

L'hésitation à utiliser un critère ainsi "procédural" que le siège arbitral n'est donc pas étonnante. En effet, l'article 3098 du projet de loi 125 dont l'article 3121 reprend l'essence, posait le siège de l'arbitrage comme critère alternatif, uniquement si l'arbitrage se déroulait au Québec. En cas contraire, la loi applicable à la convention arbitrale aurait été établie suivant les règles générales applicables à tout autre contrat.

<sup>1212</sup>

*Mémoire de la Chambre de Notaires du Québec sur le Projet de loi 125 - Code civil du Québec, précité, note 775.*

La question qui reste est alors celle de savoir si imposer le siège arbitral comme critère de rattachement est ou non une solution préférable à l'autre alternative : abroger l'article 3121 du Code civil et appliquer alors des principes généraux posés par les articles 3109 à 3113 du Code civil du Québec.

c - L'abrogation de l'article 3121 Code civil du Québec.

Cette solution, proposée en 1991 par la Chambre des Notaires du Québec<sup>1213</sup>, permettrait au tribunal d'établir le critère de rattachement le plus approprié, dans chaque cas. Le tribunal québécois pourra alors choisir la loi applicable en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris, la possibilité de conflit entre les décisions.

Il est alors vraisemblable que, lorsque le siège de l'arbitrage est déjà connu, le tribunal l'emploiera comme critère de rattachement, *surtout* si le résultat de l'application de cette loi est celui d'invalider la convention d'arbitrage. Cette méthode lui évitera de devoir, par la suite, refuser la sentence suivant les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile.

Notons que cette solution n'est pas sans inconvénients ; le plus évident étant celui (reproché à la loi-type) de créer une situation d'incertitude. Pour cette raison, nous hésitons à suggérer l'abrogation de l'article 3121 du Code civil du Québec

Pourtant, malgré la difficulté que nous éprouvons à choisir entre la modification ou l'abrogation de l'article 3121 du Code civil du Québec, les deux solutions nous semblent préférables à la situation existante.

---

1213

*Idem.*

### Conclusion du premier chapitre.

Les textes des législations canadiennes sur l'arbitrage commercial international révèlent la même ambiguïté par rapport à la notion d'arbitrabilité. La manifestation la plus évidente de cette ambiguïté est d'inclure l'arbitrabilité parmi les conditions de validité de la convention arbitrale lors du contrôle préliminaire à l'arbitrage et de reprendre la distinction entre arbitrabilité et ordre public dans la phase du contrôle sur la sentence arbitrale.

La notion d'arbitrabilité ne coïncide donc pas nécessairement dans les deux phases du contrôle. Dans la phase préliminaire du contrôle sur la convention, elle est limitée par l'ordre public au sens international du *for* et par la loi de l'autonomie. Lors du contrôle sur la sentence, elle est régie par la loi du *for*, y compris, ses règles impératives qui ne font pas partie de l'ordre public au sens international.

Il est donc possible qu'un même tribunal, saisi dans les deux phases, donne deux décisions contradictoires sur la même question !

Nous proposons donc de modifier les articles concernant le contrôle sur la sentence arbitrale en éliminant toute référence à la notion d'arbitrabilité.

En effet, si les limites posées à l'arbitrabilité (lorsque le droit canadien est applicable) ne sont que celles qui découlent de l'intervention de l'ordre public au sens international, cette distinction est inutile.

Si, au contraire, l'arbitrabilité est limitée, dans les juridictions canadiennes, par des règles qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international, cette distinction est nuisible parce qu'elle crée la possibilité d'un véritable conflit entre les décisions rendues dans les deux phases de contrôle et impose au tribunal de l'exécution l'application des règles impératives internes (comme les lois de police), indépendamment du lien entre le rapport litigieux et le tribunal. Ce lien pourra être aussi faible que celui qui lie le tribunal de l'exécution à la situation des biens de la partie perdante.

L'application de la loi du *for* se justifie uniquement si on considère l'arbitrabilité comme une question de procédure. Mais il aurait alors fallu retenir la notion d'arbitrabilité comme notion distincte des autres conditions de validité de la convention d'arbitrage *aussi* dans les articles régissant le contrôle sur la convention arbitrale.

Mais, régir l'arbitrabilité par la loi du *for* dans les deux phases du contrôle est aussi critiquable, même si les limites qui en découlent sont minimales et coïncident avec l'ordre public au sens international du tribunal. La nationalisation du contrôle

favorise le *forum shopping* et la faveur envers l'arbitrage ne devrait pas faire abstraction de l'autonomie des parties et du respect des intérêts fondamentaux des autres systèmes juridiques.

Cette pratique, adoptée en droit comparé présente pourtant (comparé à celle suivie au Canada) l'avantage indéniable de simplifier la tâche du tribunal, surtout lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur convention. En effet, lorsque les critères de rattachement que le tribunal doit utiliser ne sont pas prédéterminés par le législateur, on ne peut pas prévoir à l'avance quelles seront les limites effectivement posées à l'arbitrabilité dans chaque cas. Cette incertitude a été grandement blâmée par la doctrine.

D'un autre côté, lorsque ces critères *sont* posés par le législateur, d'autres difficultés surgissent ; comme le révèle l'article 3121 du Code civil du Québec. Le choix du législateur québécois de faire régir la convention d'arbitrage par la *lex contractus* ou alternativement, si cette loi invalide la convention, par la loi du siège, met cet article en conflit avec les règles régissant la même question lors du contrôle sur la sentence (et qui font référence uniquement au siège de l'arbitrage).

À moins qu'on ne veuille le supprimer, cet article devrait être révisé afin de privilégier le siège de l'arbitrage comme critère de rattachement alternatif dans la détermination de la loi applicable à la convention arbitrale dans la phase préliminaire du contrôle.

## **Chapitre 2 - La portée de l'arbitrabilité en droit canadien de l'arbitrage commercial international.**

Dans ce chapitre, nous examinerons quels sont les motifs de nullité d'une convention d'arbitrage du point de vue de la licéité de son objet *lorsque la loi d'une juridiction canadienne est applicable*.

Comme nous l'avons vu lors de l'examen du droit comparé, affirmer que l'illicéité de l'objet de la convention arbitrale est le seul obstacle à l'arbitrabilité ne donne qu'une indication très vague des limites qui peuvent être effectivement imposées, en pratique, à la compétence de l'arbitre.

L'intervention de l'ordre public sur l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage et l'étendue de la notion d'arbitrabilité dépendent, en définitive, de la confiance accordée aux arbitres.

Le spectre des possibilités est assez large. On pourrait (comme c'était le cas auparavant en France et au Québec<sup>1214</sup>) interdire l'arbitrage chaque fois qu'une matière est réglée par une norme impérative en soutenant que l'arbitre ne serait pas capable de l'interpréter et de l'appliquer correctement.

Mais on pourrait tout aussi logiquement établir, comme aux États-Unis, que seule une interdiction expresse du législateur constitue une limite à l'arbitrabilité.

Le pas le plus important dans l'élargissement de la notion d'arbitrabilité a été fait en droit canadien, de même qu'en droit comparé, par la reconnaissance des capacités des arbitres dans la résolution de questions complexes, et plus particulièrement, par la reconnaissance de leur compétence pour trancher des litiges soumis à une réglementation impérative (Section 1). Une fois cette compétence établie, l'arbitrabilité ne pourra être déterminée qu'en indiquant les critères permettant de distinguer, parmi les questions soumises à une réglementation impérative, celles qui peuvent être résolues par l'arbitre de celles qui doivent être adressées au tribunal public (Section 2).

*Section 1 - La reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives.*

### Par. 1 - Au Québec.

---

<sup>1214</sup>

*Procon (Great Britain) c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565.

Au Québec, l'arbitrage est exclu par rapport aux *questions* qui intéressent l'ordre public. Toutefois, une question n'intéresse pas automatiquement l'ordre public, au sens de l'article 2639 du Code civil, du seul fait qu'elle est soumise à une réglementation impérative. Le second alinéa de l'article 2369 du Code civil établit, en effet, expressément 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*".

M. Goldstein<sup>1215</sup> critique la formulation de cet article et pose la question suivante : "[c]omment faire la différence entre les règles applicables au fond présentant un caractère d'ordre public et les questions qui concernent l'ordre public ?"<sup>1216</sup>

Il est vrai qu'une indication assez claire de l'intérêt qu'un État peut avoir par rapport à une certaine matière est qu'elle est soumise à une réglementation impérative. Il semblerait donc assez logique de conclure qu'une question régie par des normes impératives *concerne l'ordre public* au sens du premier alinéa de l'article 2639 du Code civil du Québec. Mais le second alinéa nous dit précisément le contraire : une question qui ne peut être tranchée sans qu'on applique des règles d'ordre public ne concerne pas nécessairement l'ordre public au sens du premier alinéa<sup>1217</sup>.

L'arbitrage ne sera donc pas empêché, en principe, à cause du fait que, pour trancher le litige, il faut interpréter des règles impératives. Cela, évidemment, dans la mesure où l'État n'a pas un intérêt à *trancher lui-même la question*.

---

<sup>1215</sup>

G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 358.

<sup>1216</sup>

Il nous semble que l'utilisation du terme "questions" à la place du terme "matières" est déjà un élément qui permet une interprétation plus harmonieuse de ces deux paragraphes. Comme nous l'avons noté à propos de l'interprétation de l'article 2060 du Code civil français, lorsqu'on parle des questions, on pose l'accent sur la *question effectivement posée à l'arbitre*. Il est vrai que la référence à la *question* plutôt qu'à la *matière* ne suffit pas, à elle seule, à empêcher que le tribunal exclut l'arbitrage en présence d'une réglementation impérative (Voir *Procon (Great Britain) c. Golden Eagle Co.*, précité, note 1214). Elle permet pourtant au tribunal d'établir l'arbitrabilité dans chaque cas, ce qui est évidemment plus difficile lorsque l'arbitrage est interdit par rapport à la *matière toute entière*.

<sup>1217</sup>

Voir ainsi, G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, *op. cit.*, note 196, p. 358. Comme le souligne M. Prujiner (A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 431) cette précision était inspirée par la décision rendue dans l'affaire *Procon c. Golden Eagle* (précité, note 1214), qui avait nié la validité d'une convention d'arbitrage portant sur une disposition impérative. Voir aussi, sur cet article, P. VEZINA, "La clause compromissoire et l'exécution de la sentence", *op. cit.*, note 383, p. 36 et s. ; W.C. GRAHAM, "The Internationalisation of Commercial Arbitration in Canada : A Preliminary Reaction", *op. cit.*, note 147, p. 28.

Le problème est alors de savoir quand est-il admissible que la *question* posée à l'arbitre soit *résolue* pas un tribunal autre que le tribunal public ?

Il est évident que l'intérêt qu'un État peut avoir dans *la résolution* d'un certain litige est *aussi* fonction des règles applicables au litige lui-même. Il existe indubitablement des règles qui, comme nous l'avons noté dans le premier titre, ne peuvent qu'être appliquées par le tribunal étatique, autant à cause de leur nature (par exemple, en matière de capacité, de divorce, de liquidation ou de dissolution d'une société suivant la *Loi sur les sociétés par actions*<sup>1218</sup>, ou encore de constitutionnalité d'une loi<sup>1219</sup>) que suivant une réserve de compétence impérative et exclusive (comme celle posée par l'article 3151 du Code civil du Québec).

Mais l'intérêt de l'État à trancher lui-même certains litiges peut se baser sur des considérations différentes, telles que par exemple, la préoccupation d'offrir une justice accessible. Il devient alors nécessaire de distinguer l'ordre public législatif de l'ordre public juridictionnel.

On pourrait donc reconnaître que la formulation de l'article 2639 du Code civil de Québec aurait gagné en clarté en limitant l'exclusion de l'arbitrage aux seules questions dont la *résolution concerne l'ordre public*.

Il nous semble d'ailleurs que c'est précisément en ce sens que cette règle (posée auparavant par l'article 1926.2 du Code civil du Bas-Canada, remplacée par l'article 2639 du Code civil du Québec) a été interprétée par la jurisprudence, dans l'arrêt *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*<sup>1220</sup>.

<sup>1218</sup>

*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) c. C-44. G. VEZINA, "La convention d'arbitrage vs la convention entre actionnaires et la promesse d'achat-vente", *op. cit.*, note 295, p. 215 ; *Vaughan-Molson c. Boyd*, *précité*, note 295.

<sup>1219</sup>

Ainsi la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire 6320 de 1992, *précité*, note 379. Notons par ailleurs que la Cour Suprême du Canada a reconnu la compétence d'un conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu d'une convention collective : *Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College*, 118 N.R. 340 (6 décembre 1990). Mais on est ici dans le domaine de l'arbitrage institutionnel. L'arbitre fait donc partie du système et on comprend qu'il puisse prendre des décisions (limitées aux parties en cause), bien qu'elles puissent parfois remettre en cause les fonctionnements des institutions ; décisions qui sortent du domaine de l'arbitrage conventionnel.

<sup>1220</sup>

[1990] R.J.Q. 2783. Voir l'honorable Lyse LEMIEUX, "L'arbitrabilité des différends présentant un caractère d'ordre public", dans *Les Journées J. Robert*, Cours de perfectionnement en arbitrage, Le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, 1990-1991.

La décision de la Cour d'appel concernait un jugement par lequel la Cour Supérieure avait maintenu une exception déclinatoire et avait renvoyé les parties à l'arbitrage pour défaut de compétence *ratione materiae*.

La clause compromissoire était insérée dans un contrat conclu entre un promoteur immobilier, Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. et un constructeur, Les Constructions Serge Sauvé Ltée. Ce contrat avait été précédé d'un autre, conclu entre Condominiums et les architectes Boudrias, Boudreau et St-Jean, responsables de la préparation des plans et devis et de la surveillance des travaux. En août 1989, Condominiums intenta une action contre le constructeur et les architectes en raison des défauts de conception et de construction constatés dans l'exécution du projet objet des contrats.

Accueillant l'exception déclinatoire, la Cour Supérieure déclina sa compétence. En appel, Condominiums allègue l'inarbitrabilité du différend en soutenant que l'action n'était pas fondée uniquement sur le contrat mais également sur l'article 1688 (règle d'ordre public) et l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada.

Dans sa décision, M. le juge Monet, en soulignant que le but de la réforme était de se détacher des principes posés par la jurisprudence antérieure<sup>1221</sup>, se déclare d'accord avec M. le juge Rothman pour renvoyer les parties à l'arbitrage. Cela malgré le fait que, comme le note M. le juge Rothman, la nature de règle d'ordre public de l'article 1688 du Code civil du Bas-Canada n'était pas en discussion.

En effet, d'après M. le juge Rothman, la responsabilité du constructeur ou de l'architecte n'existe pas uniquement par rapport au propriétaire : la *communauté* a un intérêt à ce qu'une construction ne s'écroule pas<sup>1222</sup>.

La Cour constate ainsi que c'est la nécessité de protéger la communauté qui impose que le propriétaire ne puisse pas renoncer aux droits surgissant de l'article 1688 du Code civil, ni s'accorder avec le constructeur pour exonérer ce dernier de sa responsabilité. C'est encore la nécessité de protéger l'intérêt général qui justifie que la responsabilité du constructeur ou de l'architecte ne puisse pas être seulement

<sup>1221</sup>

*Procon (Great Britain) c. Golden Eagle Co.*, précité, note 1214. La Cour d'appel avait conclu que l'action en responsabilité fondée sur l'article 1688 du Code civil ne constituait pas un différend arbitral.

<sup>1222</sup>

*Condominiums Mont St.-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, précité, note 201, p. 2788, par M. le juge Rothman : "It is true that the responsibility of a builder under article 1688 has, traditionally, been considered to have a public order aspect. The public, and not just the owner and the builder, has an interest in preventing the collapse of buildings".

Dans le Code civil du Québec, la règle posée par l'article 1688 a été reprise, avec des modifications par l'article 2118.

invoquée par le propriétaire originaire, mais que l'action soit transmise aux propriétaires successifs, et qu'elle soit même ouverte aux tiers.

Comment justifier alors, à la lumière du premier alinéa de l'article 1926.2 du Code civil du Bas-Canada, la possibilité que l'article 1688 soit appliqué par un arbitre ?

On ne peut le faire qu'en reconnaissant que ce qu'on entend par *question intéressant l'ordre public*, lorsqu'il s'agit de *déterminer l'arbitrabilité* ne signifie pas automatiquement, *question soumise à une réglementation d'ordre public*. Cela nécessite que l'on distingue l'ordre public législatif de l'ordre public juridictionnel.

Comme le note M. le Juge Rothman, la notion d'ordre public n'est pas un concept immuable et surtout, *son application aux conventions arbitrales* a évolué de manière significative<sup>1223</sup>.

M. le juge Rothman s'exprime alors de la façon suivante :

*"I can see not reason why the arbitrators cannot apply the appropriate rules of law to these claims, in the same manner that a court would apply them. [...]"*.

La Cour reconnaît pourtant qu'il existe certaines règles que seul le tribunal public peut appliquer :

*"Some rules of public order are, by their nature, only susceptible of application or enforcement by the ordinary courts"*.

Ce sont ces règles par rapport auxquelles, dans les mots de la Cour *"[T]he public order component goes directly to the jurisdiction of the body that is to decide the dispute"*<sup>1224</sup>.

On distingue alors l'intérêt que l'État peut avoir dans le résultat (la correcte application de la règle ; ce que l'État exige par ailleurs par rapport à toutes ses règles

<sup>1223</sup>

*Ibid*, p. 2789 : "Respectfully, I doubt that the notion of 'public order' expressed in 1976 in *Golden Eagle Co.* could easily have survived the more liberal approach to arbitration agreement brought about by the decision of the Supreme Court of Canada in *Zodiac International Productions Inc. c. Polish People Republic*".

<sup>1224</sup>

*Idem* : "It is difficult to imagine, for exemple, questions of criminal responsibility or the granting of a divorce, or a question of paternity, being decided by arbitration".

impératives) de l'intérêt que l'État peut avoir à retenir la seule compétence de ses tribunaux pour appliquer la règle impérative.

Lorsque seul le *résultat* intéresse l'État, peu importe qui applique la règle. Cette dernière "*can be applied in arbitrations as easily and appropriately as they are by courts*"<sup>1225</sup>.

Comme nous l'avons souligné dans le premier titre, on pourrait s'appuyer sur la *second look doctrine* pour soutenir qu'un mauvais résultat pourra éventuellement être corrigé lors du contrôle sur la sentence.

Alors, "[t]he fact that these regulations are of public order does not deprive the arbitrators of their jurisdiction"<sup>1226</sup>.

On pourrait évidemment se poser la question de savoir *pourquoi* l'État ne serait pas intéressé à *retenir sa juridiction* pour appliquer un article, comme l'article 1688 du Code civil, posé dans *l'intérêt de la communauté* et non pas seulement dans celui des parties.

Or, le fait que l'article 1688 du Code civil soit posé dans l'intérêt de la communauté ne signifie pas que son application revêtira un intérêt général dans chaque cas. Ainsi, si la question litigieuse *ne concerne que les parties*, le seul fait que la décision soit rendue par un arbitre plutôt que par le tribunal étatique ne changera rien en pratique : les intérêts de la collectivité ne sont pas en danger<sup>1227</sup>.

#### Par. 2 - Dans les juridictions de *common law*.

La confiance dans les capacités des arbitres a été la prémisse essentielle pour le refus de la procédure du *stated case* qui caractérise la réforme du droit de l'arbitrage dans les juridictions de *common law*.

Cette même confiance découle aussi clairement de la jurisprudence. Les tribunaux d'Ontario<sup>1228</sup>, de Colombie-Britannique<sup>1229</sup> et de la Saskatchewan<sup>1230</sup>, en

<sup>1225</sup>

*Idem.*

<sup>1226</sup>

*Idem.*

<sup>1227</sup>

*Idem* : "Whether the present claims were decided by the courts or by arbitration, therefore, the decision could not prejudice the rights of third parties under article 1688".

<sup>1228</sup>

*Boart Sweden AB et al. v. NYA Stromnes AB et al.*, précité, note 218 ; *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*, précité, note 218 ; *Automatic Systems Inc. v. E.S. Fox Ltd.*, Ont. C.J.Gen. Div., Commercial List, Toronto Feb. 23, 1995, Court File N° B65/93 [1995] O.J. No. 461.

faisant souvent référence aux décisions américaines, ont en effet établi, qu'en raison de la *policy* qui impose la reconnaissance de la convention d'arbitrage, aucune loi ou règle ne sera réservée, en principe, à la juridiction étatique.

Aussi la Cour d'appel d'Alberta<sup>1231</sup>, par exemple, après avoir établi que "*the mere fact that a claim sounds in tort does not exclude arbitration*", a reconnu l'arbitrabilité de différends concernant des actes anticoncurrentiels. Elle a pourtant distingué les demandes surgissant du contrat (et donc soumises à la convention arbitrale) de celles qui, n'étant pas liées au rapport contractuel, devaient être tranchées par le tribunal.

La Cour s'est exprimée ainsi :

*"I am [...] of the view that the claim by the distributor for conspiracy to harm by unlawful acts, because the unlawful acts are alleged to be unlawful breach of contract must go to arbitration. Claims of interference with competition not based upon the existence of the contract may proceed in Alberta". [C'est à dire, devant le tribunal étatique].*

De même, la Cour d'appel ontarienne, dans l'affaire *Automatic System Inc. v. Bracknell Corp.*<sup>1232</sup>, a renversé la décision par laquelle le tribunal de premier degré avait nié la compétence de l'arbitre en raison de la possible violation par l'arbitre des règles impératives posées par le *Construction Lien Act*.

L'approche de la Cour est très proche de la tendance suivie par les tribunaux américains : l'inarbitrabilité ne découle pas de la *nature* de la règle mais de la *volonté* du législateur d'exclure l'arbitrage ; volonté qui doit être manifeste à la simple lecture du texte législatif dont l'application est réservée au tribunal public.

La Cour d'appel reprend dans sa décision le raisonnement de l'appelant pour établir :

*"Automatic argues that Feldman J. should not have addressed the issue of referral to arbitration on the basis that possible infringement of the CLA prevents referral to arbitration. Instead she should have addressed the issue as one of non-arbitrable, namely, whether the CLA made the dispute non-arbitrable and forbade the right to international arbitration. Given the*

---

<sup>1229</sup> *Sandbar Construction Ltd., v. Pacific Parkland Properties Inc.*, B.C.S.C., March 2, 1992, Victoria registry N° 91 3524, [1992] B.C.J. No. 454.

<sup>1230</sup> *BWV Investments v. Saskferco Products Inc.*, précité, note 218.

<sup>1231</sup> *Kaverit Steel and Crane and others v. Kone Corporation*, précité, note 218, p. 138.

<sup>1232</sup> *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*, précité, note 218.

*strong public policy favouring international commercial arbitration, the learned judge ought to have asked whether the CLA expressly forbids international commercial arbitration. I agree*"<sup>1233</sup>.

Mais, évidemment, la reconnaissance de la compétence de l'arbitre pour appliquer, *en principe*, toute règle d'ordre public, ne signifie pas que l'on peut soustraire à la justice étatique n'importe quel différend. Nous essayerons, dans la section suivante, d'identifier les questions sur lesquelles l'arbitrage n'a pas compétence, en appliquant les critères déjà utilisés lors de l'examen de la même question en droit comparé.

*Section 2 - Les critères pertinents dans la détermination des questions qui intéressent l'ordre public.*

À l'examen des interdictions explicites à l'arbitrage qui existent en droit canadien, et des réserves impératives de compétence et de leur effet sur la compétence arbitrale (Section 1), fera suite celui de l'impact des limites à la libre disposition des droits sur l'arbitrabilité (Section 2).

Nous concluons en essayant de déterminer dans quelle mesure, une violation du contrat au fond exclut la compétence arbitrale, malgré la reconnaissance du principe de l'autonomie juridique de la convention elle-même (Section 3).

Par. 1 - Les interdictions explicites à l'arbitrage et les réserves impératives de compétence.

En ce qui concerne les limites explicites au droit de renoncer à la justice étatique sur certaines questions ou matières bien identifiées, nous avons souligné, qu'autant dans les législations canadiennes de *common law*, qu'au Québec, les seuls exemples de limites visant à exclure d'une façon expresse le droit de renoncer à la justice étatique ne concernent pas l'arbitrage commercial<sup>1234</sup>.

---

1233

*Idem.*

1234

Voir *supra*, p. 397 et s. Section 2(2) du *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique (visant à régir l'arbitrage interne) est aussi applicable à l'arbitrage international, en vertu de l'article 1(8) de l'*International Commercial Arbitration Act*. Voir aussi les limites posées par l'article 2639 du Code civil du Québec.

Il existent pourtant des réserves de compétence dont les rapports avec l'arbitrabilité doivent être examinés.

Rappelons que la jurisprudence québécoise la plus ancienne<sup>1235</sup> faisait découler l'inarbitrabilité du différend de la réserve de compétence posée par l'article 68 du Code de procédure civile (établissant que "toute action purement personnelle peut être portée devant le tribunal nonobstant convention contraire"). C'est l'exemple le plus évident des effets que produit une règle d'attribution de compétence sur l'arbitrabilité.

Pourtant, d'après M. Brierley<sup>1236</sup>, qui est sur ce point d'accord avec la doctrine française<sup>1237</sup>, il ne serait pas opportun de créer une règle générale excluant en principe l'arbitrage chaque fois qu'une réserve de compétence impérative existe.

Dans son examen sur la convention d'arbitrage en droit interne québécois<sup>1238</sup>, cet auteur considère que "*l'état actuel des textes exige que l'arbitrage soit exclu d'une façon expresse*". Mais il reconnaît qu'une telle interprétation favorable à l'arbitrage ne sera pas nécessairement celle de la jurisprudence. L'auteur relève qu'effectivement, cette attribution impérative peut parfois être faite "*non seulement dans le but d'exclure le recours devant le tribunal de droit commun mais aussi par rapport à l'arbitrage lui-même*"<sup>1239</sup>. M. Brierley souligne donc la nécessité d'examiner "*avec soin le langage de chaque loi*"<sup>1240</sup>.

<sup>1235</sup>

Voir *National Gypsum Co. Inv. v. Northern Sales*, précité, note 154, p. 150 : "Une telle clause [la clause compromissoire], même dans le cas où elle est valide, ne peut pas empêcher l'action en justice devant le tribunal dont la juridiction territoriale est celle où la cause est née. Cela est réglé par l'article 68 du Code de procédure civile". J.E.C. BRIERLEY, "La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois?", *op. cit.*, note 157, p. 157 ; voir aussi, par le même auteur, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 541 et s.

<sup>1236</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 542. Voir aussi J.A. TALPIS et J.G. CASTEL, "Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", *op. cit.*, note 203, p. 909.

<sup>1237</sup>

H. MOTULSKY, note sous *Sté "Le Provençal" c. Lambert*, *op. cit.*, note 934 ; P. ANCEL, "Arbitrage - Conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 752. Voir, *supra*, p. 329 et s.

<sup>1238</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 542.

<sup>1239</sup>

*Ibid*, p. 542.

<sup>1240</sup>

*Idem*. En ce sens, voir aussi la sentence arbitrale C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6752 de 1991, (1993) XVIII *Yearbook* 55. Pour un exemple où la volonté du législateur d'exclure l'arbitrage a été clairement exprimée, voir l'article 5-11 du Code du travail français. Cet article, en attribuant compétence exclusive en matière de différends nés d'un rapport de travail, spécifie que "[t]oute

Notons par ailleurs que l'attribution de compétence ne doit pas nécessairement réserver la compétence à un *organe juridictionnel* pour qu'elle exclue l'arbitrage. Elle peut aussi bien concerner un *organe administratif*.

Ainsi, par exemple, en matière de droit interne, l'article 19 de la *Loi sur l'assurance maladie*<sup>1241</sup> du Québec prévoit la possibilité que le Ministre de la santé conclue une entente avec les organismes représentatifs de toute catégorie de professionnels de la santé sur la rémunération et les modes de rémunération pour les professionnels dans ce domaine.

Cet article prévoit aussi que "*[à] défaut d'entente [...] le gouvernement peut, par règlement qui tient lieu d'une entente, fixer cette rémunération*".

Suivant cet article, la Cour supérieure de Montréal<sup>1242</sup> a décidé qu'était nulle la convention d'arbitrage contenue dans un contrat collectif entre le Ministre de la Santé et la Fédération des Médecins Spécialistes du Québec, visant à remettre à l'arbitre la décision sur "*les mésententes pouvant intervenir entre les parties contractantes relativement aux mesures devant être introduites en cas de dépassement prévisible ou confirmé de l'enveloppe budgétaire globale*".

Selon la Cour, "*les parties autorisées par la loi à conclure des ententes ont délégué à un conseil d'arbitrage le soin de le faire à leur place ; ce que la loi n'autorise pas*".

Parce que la convention d'arbitrage viole une règle d'ordre public<sup>1243</sup>, elle viole aussi l'article 2639 du Code civil du Québec.

Notons que la Cour prend soin de préciser :

*"Il ne s'agit pas ici de permettre à des arbitres de statuer en fonction de règles d'ordre public. On leur confie la fonction d'établir des mécanismes modifiant la convention du 1er octobre 1995, conclue sous l'empire de l'article 19 de la loi. Le professeur Brierley suggère d'examiner avec soin le*

---

convention dérogatoire, à l'exception du compromis d'arbitrage postérieur à l'expiration du contrat de travail, est réputée non écrite".

<sup>1241</sup>

*Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., c. A-29.

<sup>1242</sup>

*Association des radiologistes du Québec c. Rochon*, C.S.M.500-05-011523-956, 19 mars 1997, J.E. 97-1057, [1997] A.Q. No. 1023.

<sup>1243</sup>

Article 104.1 de la *Loi sur l'assurance-maladie*, précité, note 1241.

*langage de chaque loi pour savoir si la matière "intéresse" l'ordre public, [...].*  
*La loi indique clairement qu'il s'agit de matières intéressant l'ordre public. On ne peut modifier l'entente d'octobre 1995 que par une nouvelle entente ou une intervention gouvernementale. La clause d'arbitrage doit être annulée et elle peut l'être sans annuler l'ensemble de la convention".*

Le *Natural Gas Marketing Act* d'Alberta<sup>1244</sup> fournit un autre exemple de ce type de limites à l'arbitrage. D'après cette loi, la détermination du prix dans les contrats de vente de carburant en Alberta est réservée à la compétence d'une Commission spéciale<sup>1245</sup>. Le fait que cette loi prévoit les cas dans lesquels l'*Arbitration Act*<sup>1246</sup> permet l'arbitrage indique clairement que le même arbitrage est, dans d'autres circonstances, interdit.

Dans d'autres cas, la réponse est beaucoup moins évidente. Seul un examen des compétences réservées aux tribunaux canadiens nous permet alors de tirer des conclusions.

À ce propos, notons, premièrement, qu'il n'existe au Canada aucune règle qui pose une compétence impérative pour l'interprétation de certaines normes, tel que, par exemple, les règles qui réservent la décision sur la constitutionnalité d'une norme à la compétence du Conseil Constitutionnel, en France ou à la Cour Constitutionnelle, en Italie.

En ce qui concerne les réserves de compétence relativement à la décision sur le fond, nous examinerons d'abord les réserves concernant des situations trouvant leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir (situations juridiques objectives) (A), pour continuer avec les réserves en matière de droits trouvant leur origine dans un acte privé (B). Cette démarche nous permettra de souligner certaines questions que posent l'interprétation de l'article 3149 du Code civil du Québec, réservant aux autorités québécoises, la compétence sur les litiges surgissant des rapports de consommation et de travail (C).

A - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses qui trouvent leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir.

1244

S.A. 1986, c. N-2.8.

1245

Article 1(1)(a), S.A. 1986, c. N-2.8.

1246

*Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1.

Examinons d'abord les compétence impératives en matière de propriété industrielle (1). Nous examinerons ensuite les rapports entre arbitrage et procédures collectives de faillite.(2)

### 1 - Réserves de compétence en matière de propriété industrielle.

Les brevets d'invention et de découverte rentrent parmi les matières de compétence fédérale<sup>1247</sup>.

D'après l'article 27 de la *Loi concernant les brevets d'invention*<sup>1248</sup>, les brevets sont accordés à l'inventeur ou à son représentant par le commissaire des brevets (fonctionnaire du Bureau des brevets attaché au Ministère de l'Industrie)<sup>1249</sup>, "*si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies*".

"*Une fois délivré, le brevet est, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté ou à ses représentants légaux [...]*"<sup>1250</sup>. Le brevet ainsi obtenu peut faire l'objet d'un acte de cession, en tout ou en partie (article 50 (1)), acte qui sera enregistré au Bureau des brevets en vertu de l'article 50 (2).

Les litiges concernant un brevet sont de deux types :

- ceux qui touchent au rapport entre l'État (administration publique) et le demandeur ou le détenteur du brevet (ou autre partie intéressée), en tant qu'administrés, et qui trouvent leur origine dans l'acte de concession du brevet, et
- ceux qui découlent de sa cession, de sa licence<sup>1251</sup>, ou de son utilisation par un tiers non autorisé<sup>1252</sup>, et qui trouvent donc leur origine dans un acte privé.

L'article 20 (1) de *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1253</sup>, reconnaît à cette dernière une compétence exclusive en première instance pour régler les litiges entre l'administration publique et les administrés, en matière de :

<sup>1247</sup>

Article 91, *Loi constitutionnelle de 1987*.

<sup>1248</sup>

*Loi concernant les brevets d'invention* S.R., c. P-4.

<sup>1249</sup>

*Ibid*, article 3.

<sup>1250</sup>

*Ibid*, article 43(2).

<sup>1251</sup>

*Kanto Yakin Kogyo Kabushiki-Kaisha v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, 8 O.R. (3d) 779 (Ont. Ct. 1992).

<sup>1252</sup>

Voir, par exemple, *Dunhill Personnel Systems, Inc. v. Dunhill Temps Edmonton Ltd.*, Alberta C.A., September 30, 1993, N° 9303-10159, [1993] A.J. No. 716

"a) conflit des demandes de brevet d'invention ou d'enregistrement d'un droit d'auteur, d'une marque de commerce, d'un dessin industriel ou d'une topographie au sens de la Loi sur les topographies de circuits intégrés ;  
 b) tentative d'invalidation ou d'annulation d'un brevet d'invention, ou d'inscription, de radiation ou de modification dans un registre de droits d'auteur, de marques de commerce, de dessins industriels ou de topographies visées à l'alinéa a)".

Les litiges concernant *directement* un rapport entre l'État et ses administrés ne pourront donc être soumis à *aucun tribunal autre que la Cour fédérale*. Sera alors forcément exclu de l'arbitrage, l'appel de la décision qui rejette un brevet<sup>1253</sup>.

Lorsqu'au contraire, la question ne concerne pas le rapport entre l'État et un administré, c'est le second alinéa du même article qui intervient, en posant une compétence concurrente de la Cour fédérale et des cours provinciales :

*"La Section de première instance a compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visée par le paragraphe (1), relativement à un brevet d'invention, un droit d'auteur, une marque de commerce, un dessin industriel ou une topographie au sens de la Loi sur les topographies et circuits intégrés"*.

Les Cours provinciales seront alors compétentes pour statuer sur la validité d'un brevet. Toutefois, leur décision ne pourra pas avoir pour effet d'*invalidier* le brevet même, parce que l'efficacité de la décision rendue par ces cours est limitée aux parties en cause.

Ainsi, par exemple, lors d'une action en contrefaçon, la cour des archives compétente pour l'action principale (Article 54. (1)) sera aussi compétente pour décider sur la défense prévue par l'article 59, qui établit :

*"Dans toute action en contrefaçon de brevet, le défendeur peut invoquer comme moyen de défense tout fait ou manquement qui, d'après la présente loi ou en droit, entraîne la nullité du brevet ; le tribunal prend connaissance de cette défense et des faits pertinents et statue en conséquence"*.

Comme le notent les auteurs Stikeman et Elliott :

---

1253

S.R., c. F-7.

1254

Voir aussi les articles 40 et 41 de la *Loi concernant les brevets d'invention*.

"In actions on infringement there is a concurrent jurisdiction shared by the Federal Court of Canada and the courts of original jurisdiction of the provinces. The territorial effect of a decision of a provincial court extends only to the borders of the province, subject to interprovincial agreements to the contrary and to the general rules of conflict of laws. A judgment of the Federal Court of Canada has territorial effect throughout Canada. An allegation of invalidity of a patent is effective as a defense in the provincial courts as in the Federal Court of Canada, but in the provincial courts it has effect only between the parties to the action as action in impeachment or nullity are the exclusive jurisdiction of the Federal Court"<sup>1255</sup>

À la différence de la France, le Canada reconnaît donc la possibilité de la coexistence de deux types de décisions. Cette situation semble indiquer qu'une décision ayant efficacité *inter partes* peut être émise par un tribunal arbitral plutôt que par une Cour provinciale<sup>1256</sup>. Il faut cependant préciser que d'autres obstacles peuvent s'opposer à l'arbitrabilité des différends surgissant de contrats de transfert de propriété industrielle en raison des liens que ces contrats ont avec les législations en matière de concurrence<sup>1257</sup>.

## 2 - Arbitrage et procédures collectives de faillite.

La banqueroute et la faillite rentrent parmi les matières de compétence fédérale et sont régies par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>1258</sup>.

Suivant cette loi, le débiteur perd la capacité d'agir et la possession de ses biens<sup>1259</sup>, qui sont groupés et gérés par un syndic<sup>1260</sup>, pour être successivement

<sup>1255</sup> STIKEMAN & ELLIOTT, *Doing Business in Canada*, *op. cit.*, note 956, p. 11.02 [8]. (*Nos emphases*).

<sup>1256</sup> Paul D. CARMICHAEL, "The Arbitration of Patent Disputes", (1983) *Arb. J.* 3-10, p. 10 : "All patent related issues, including validity and infringement can be arbitrated" ; W.C. GRAHAM, "The Internationalisation of Commercial Arbitration in Canada : A Preliminary Reaction", *op. cit.*, note 147, p. 26 ; voir aussi Joseph A. DAY, "Commercial Arbitration in Intellectual property Matters", (1987-88) 4 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 323-336, p. 330 et s. ; W. GRANTHAM, "The arbitrability of international intellectual property disputes", *op. cit.*, note 955, p. 217.

<sup>1257</sup> À propos de l'interférence du droit de la concurrence en matière de propriété industrielle, voir Y. DERAÏNS, "L'expérience de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle", *op. cit.*, note 953, p. 50.

<sup>1258</sup> S.R. 1985, c. B-3. Voir aussi la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.R., c. C-25 et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, (1985) L.R., c. W-11.

<sup>1259</sup> S.R. 1985, c. B-3, partie IV, article 67. Voir aussi l'article 158 (Obligations des faillis).

distribués suivant un plan de répartition déterminé par la loi dans l'intérêt des créanciers<sup>1261</sup>.

Sera alors nulle au Canada, de même qu'en France et aux États-Unis, la convention d'arbitrage conclue par le failli.

Pourtant, comme en droit comparé, lorsque la convention d'arbitrage est antérieure à l'ouverture de la procédure collective, cette perte de capacité ne se traduit pas nécessairement dans un cas d'inarbitrabilité, ni d'incompétence de l'arbitre<sup>1262</sup>.

Pour permettre aux créanciers de se satisfaire également sur l'actif du failli, l'article 69 de la *Loi sur la faillite* prévoit la suspension des procédures individuelles à l'encontre de la partie insolvable<sup>1263</sup>. Cette règle s'applique autant aux procédures devant les tribunaux publics qu'aux procédures arbitrales. La sentence rendue suivant une procédure conclue en violation de cet article ne sera pas reconnue. Pourtant, comme l'établit l'article 69 (4) : "[t]out créancier touché par l'application des articles 69 à 69.31 ou toute personne touchée par celle de l'article 69.31 peut demander au tribunal de déclarer que ces articles ne lui sont plus applicables. Le

---

1260

Article 16(3) : "Le syndic prend possession et dresse inventaire".

1261

Article 136.

1262

Ainsi V. LAZIC, *Insolvency Proceedings and Arbitration*, op. cit., note 492, p. 186. Mais voir l'arrêt américain *Ardra Insurance Co., et al. v. J.P. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York*, précité, note 969. Notons aussi qu'en matière d'arbitrage interne, la question de savoir quels sont les effets d'une procédure collective sur l'arbitrage s'est posée en Alberta, dans l'affaire *Luscar Ltd v. Smoky River Coal Ltd*. Dans cet affaire, le tribunal de la faillite a refusé de renvoyer les parties à l'arbitrage suivant l'article 15 du *Commercial Arbitration Act* en soutenant que la convention d'arbitrage conclue avant l'ouverture de la procédure collective était "incapable of being performed due to a lack of capacity" de la partie insolvable. Cette décision a été portée en appel. La Cour d'appel, en permettant l'appel (February 22, 1999, Docket : 18164, [1999] A.J. No. 185.) s'est exprimée ainsi (par. 26 et 27) : "The chambers judge concluded that the CCAA Order deprived the debtor company of capacity to comply with the terms of the arbitration provisions [...], and those terms were therefore incapable of performance. These issues are of importance to the parties and to the general commercial community. Lo Vecchio J.'s Reasons raise a broader issue, namely the jurisdiction of a CCAA court to absolve the debtor company of its contractual obligations with respect to the forum and procedure for resolving disputes under the contract. The chambers judge appears to have based his decision largely on a finding that he had that jurisdiction. The extent of a jurisdiction of a court supervising a CCAA proceedings is a serious and arguable issue. It is of importance to the parties and to the commercial community".

1263

"Les créanciers n'ont aucun recours contre elle [la personne insolvable], ou contre ses biens et ne peuvent intenter ou continuer aucune action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite [...]".

*tribunal peut, avec les réserves qu'il estime indiquées, donner suite à la demande [...]".*

Dans ce cas, les intérêts de la faillite seront représentés par le syndic, qui peut, entre autre, comme prévu par l'article 30, avec la permission des inspecteurs,

"c) continuer le commerce du failli, dans la mesure où la chose peut être nécessaire pour la liquidation avantageuse de l'actif ;

d) intenter ou contester toute action ou autre procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli ;

e) employer un avocat ou autre mandataire pour engager des procédures ou pour entreprendre toute affaire que les inspecteurs peuvent approuver.

h) transiger sur toute dette due au failli et la régler ;

i) transiger sur toute réclamation faite par ou contre l'actif"<sup>1264</sup>.

L'étendue de cet article est si vaste qu'elle permet au syndic d'honorer, sans que ce soit au détriment des intérêts des créanciers, les obligations découlant de l'existence d'une convention d'arbitrage, dans les limites de l'arbitrabilité du différend.

Il est alors possible de reconnaître la compétence arbitrale en matière de constatation d'une créance et de détermination de son montant.

C'est précisément ce qu'a fait la Cour Supérieure de la Colombie Britannique lorsqu'elle a refusé d'annuler la sentence rendue dans l'affaire *Quintette Coal v. Nippon Steel Corp.*<sup>1265</sup>.

Ce cas concernait un différend surgi d'un contrat à long terme de fourniture de charbon métallurgique entre Nippon et Quintette. Le litige aboutit à une sentence arbitrale, rendue le 28 mai 1990 et *constatant une créance* en faveur de Nippon. Mais, le 12 juin 1990, Quintette devient débiteur au sens de la section 2 du *Companies' Creditors Arrangement Act*<sup>1266</sup>, et le 13 juin, la Cour ordonne la suspension de toute poursuite individuelle contre cette dernière<sup>1267</sup>.

Corrélativement, Quintette présente une demande d'annulation de la sentence arbitrale devant la Cour Supérieure de Colombie-Britannique, au motif que l'arbitre

<sup>1264</sup>

Voir aussi l'article 38 (Procédures par un créancier lorsque le syndic refuse d'agir).

<sup>1265</sup>

*Quintette Coal v. Nippon Steel Corp.*, (B.C. Supr. C., June 22 1990) ; *précité*, note 591. Nous avons déjà soulevé les difficultés qui peuvent surgir lors de l'exécution d'une sentence alors qu'une partie est devenue insolvable.

<sup>1266</sup>

*Companies' Creditors Arrangement Act* R.S.C. 1985, c. C-36 (C.C.A.A.).

<sup>1267</sup>

*Quintette v. Nippon*, *précité*, note 591, (1990) 51 B.C.L.R. (2d), p. 108.

aurait excédé les pouvoirs que les parties lui avaient conférés (article 34 (2) (iv) *International Commercial Arbitration Act*). Cette demande est rejetée le 22 juin 1990, donc *après* la constatation de l'insolvabilité de Quintette et *après* l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles contre elle<sup>1268</sup>. La décision de la Cour supérieure sera ensuite confirmée par la Cour d'appel<sup>1269</sup>.

Le fait que, dans l'affaire *Quintette*, la *procédure collective* avait été successive à l'émission de la sentence arbitrale ne change pas notre conclusion.

Elle n'aurait pu être reconnue si la compétence de l'arbitre dans la *constatation d'une créance et dans la détermination de son montant* en présence d'une procédure collective n'avait pas été admise.

Comme nous l'avons souligné auparavant, l'*exécution* de la décision et la satisfaction du créancier est une autre histoire. Elle ne touche pas à la compétence de l'arbitre.

Effectivement, si l'on examine l'attitude des tribunaux canadiens envers l'arbitrage, il n'y a guère de questions autres que celles qui trouvent leur cause directement dans la faillite qui justifieraient des limites à la compétence de l'arbitre. Cette conclusion nous semble confirmée par la lecture de l'article 72 (1) de la *Loi sur la faillite*, (application d'autres lois positives), qui prévoit :

*"La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi"*.

Cet article peut être interprété comme limitant au maximum l'interférence de la *Loi sur la faillite* (loi fédérale) sur l'exercice des droits relevant de lois provinciales, telles que, précisément, les lois sur l'arbitrage commercial.

B - Réserves de compétence en matière de situations litigieuses qui trouvent leur origine dans un acte privé.

<sup>1268</sup>

*Quintette v. Nippon*, 48 B.L.R. 32. (B.C.S.C. June 22, 1990), *précité*, note 591.

<sup>1269</sup>

*Quintette v. Nippon*, 50 B.C.L.R. 207. (C.A. October 24, 1990), *précité*, note 591.

Au Canada, une réserve de compétence (rentrant dans le domaine des compétences législatives fédérales) sur laquelle on peut se poser la question de savoir si elle exclut l'arbitrabilité est celle qui concerne l'application de la *Loi de la concurrence*<sup>1270</sup>. Et ceci, non seulement parce que certaines violations des lois anticoncurrentielles rentrent dans le domaine du droit criminel ; ce qui exclut évidemment la compétence arbitrale, mais aussi, en raison des objectifs particuliers de ce type de législation.

Comme le prévoit l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, établissant l'objet de la législation antitrust canadienne :

*"La présente loi a pour objet de préserver et favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits".*

L'application de cette loi, qui comporte donc un jugement sur l'opportunité des actes possiblement dangereux pour l'économie canadienne, rend indispensable une connaissance approfondie de cette dernière. Il n'est donc pas étonnant qu'au Canada, comme dans la plupart des pays, ce jugement soit réservé à un tribunal spécial.

Ainsi, dans le domaine des violations qui ne relèvent pas du droit criminel, l'article 8 (1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*<sup>1271</sup> attribue au Tribunal de la concurrence, compétence sur les "demandes qui lui sont présentées en application de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, de même que toute question s'y rattachant". La partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, intitulée, "Affaires que le Tribunal peut examiner"<sup>1272</sup>, concerne les pratiques restrictives du commerce<sup>1273</sup>.

<sup>1270</sup>

*Loi portant réglementation générale du commerce en matière de complots, de pratiques commerciales et de fusions qui touchent à la concurrence. (Loi sur la concurrence) L.R.C. 1985 c. C-34,*

<sup>1271</sup>

*Voir la Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques, et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois. (Loi sur le Tribunal de la concurrence) S.C. 1986, c. 26.*

<sup>1272</sup>

*(Nos italiques).*

Notons que la compétence du Tribunal de la concurrence canadien est particulière, en ce sens qu'elle est *impérative* et *exclusive* uniquement *après* qu'il l'ait acceptée.

La compétence du Tribunal trouve son origine dans une enquête menée par le commissaire de la concurrence<sup>1274</sup>.

D'après l'article 9 de la *Loi sur la concurrence*, cette enquête est déclenchée par une demande présentée par au moins six personnes intéressées. Elle peut cependant être déclenchée par le commissaire même, en raison de motifs raisonnables indiquant l'existence de comportements anticoncurrentiels.

Si son enquête confirme la possibilité de l'existence de tels comportements, le commissaire demande au Tribunal de la concurrence d'en ordonner la cessation<sup>1275</sup>.

Or, l'ouverture d'une enquête par le commissaire sur *la même question* que celle qui fait l'objet du différend ne suffira pas pour exclure la compétence de l'arbitre. En effet, dans le cas où le commissaire déciderait de ne pas présenter sa demande au Tribunal, son dessaisissement mènerait à un déni de justice<sup>1276</sup>. L'inarbitrabilité découlera donc éventuellement, seulement de la présentation *effective* de la demande par le commissaire au tribunal de la concurrence.

Cependant, il ne suffit pas d'admettre la compétence arbitrale en matière de droit de la concurrence ; encore faut-il préciser qu'elle reste conditionnelle à la façon dont la *question* est posée à l'arbitre.

De plus, si la réserve de compétence du Tribunal de la concurrence n'exclut pas automatiquement l'arbitrage, elle pourra cependant produire des effets au niveau de la sentence arbitrale. Nous avons souligné en effet<sup>1277</sup> que la *Loi sur la concurrence*, en prévoyant le pouvoir du Tribunal de la concurrence de limiter les effets d'une

---

1273

Tels que le refus de vendre (article 75 et s.) ou l'abus de position dominante (article 78 et s.).

1274

*Loi sur la concurrence*, articles 2 (1) et 7 et 8.

1275

Voir par exemple les articles 75, 79 et 92. Dans certains cas, la simple constatation du comportement interdit ne suffit pas pour que le Tribunal édicte l'ordonnance. La loi prévoit les cas d'exclusion et les exceptions ; par exemple: article 77 (4), article 81 (2)(3) et 95 (1).

1276

En effet, d'après l'article 22 (1) de la *Loi sur la concurrence*, "[l]e commissaire peut, à toute étape d'une enquête visée à l'article 10, discontinuer l'enquête".

1277

*Supra*, p. 221 et s. Nous avons indiqué notamment, comment l'article 82 de la *Loi sur la concurrence* L.R.C. 1985 c. C-34, et l'article 8 (1) de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. (1985) c. F-29, permettent au tribunal de la concurrence et au Procureur général, d'interdire l'exécution des sentences arbitrales lorsqu'ils considèrent qu'elles peuvent porter atteinte aux intérêts canadiens dans le domaine du commerce international.

décision étrangère sur l'économie canadienne parvient à donner une définition de l'ordre public susceptible d'influer aussi sur les effets des décisions rendues par les arbitres internationaux.

Par contre, il existe un domaine pour lequel la formulation de la règle posant la réserve de compétence est telle que l'arbitrage lui-même semble en être totalement exclu : celui indiqué à l'article 3151 du Code civil du Québec. Cet article prévoit la *compétence exclusive et impérative* du tribunal québécois "pour connaître, en première instance de toute action fondée sur la responsabilité prévue à l'article 3129". Il s'agit de la "responsabilité civile pour tout préjudice subi au Québec ou hors du Québec et résultant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec soit de son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non".

L'attribution d'une compétence *exclusive et impérative* au tribunal québécois suffit, selon nous à exclure l'arbitrage, parce qu'elle, "traduit, pour reprendre l'expression de M. Motulsky, l'idée que le règlement du différend par voie arbitrale apparaîtrait, en soi, comme contraire à l'ordre public"<sup>1278</sup>. Cette conclusion est la seule possible si l'on considère que l'article 3165 du même Code établit :

*"La compétence des autorités étrangères n'est pas reconnue par les autorités québécoises dans les cas suivants :*

- 1- Lorsque, en raison de la matière ou d'une convention entre les parties, le droit du Québec attribue à ses autorités une compétence exclusive pour connaître de l'action qui a donné lieu à la décision étrangère ;*
- 2- Lorsque le droit du Québec admet, en raison de la matière ou d'une convention entre les parties, la compétence exclusive d'une autre autorité étrangère ;*
- 3- Lorsque le droit du Québec reconnaît une convention par laquelle la compétence exclusive a été attribuée à un arbitre".*

Or, si la compétence exclusive d'un arbitre exclut la compétence du tribunal étatique étranger, il sera assez illogique de soutenir que la *compétence exclusive réservée au tribunal québécois* ne parvienne pas à écarter la compétence arbitrale.

Un autre domaine dans lequel la réserve de compétence, bien qu'elle ne soit pas exclusive, pourrait s'opposer à l'arbitrage, est celui des différends surgissant de

<sup>1278</sup>

H. MOTULSKY, note sous *Sté "Le Provençal" c. Lambert*, *op. cit.*, note 934, p. 10777.

contrats de consommation et de travail. Selon l'article 3149 du Code civil du Québec,

*"Les autorités québécoises sont [...] compétentes à connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec ; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée".*

Cette réserve de compétence, bien qu'impérative n'est pas exclusive. La question qui se pose est alors celle de savoir si l'article 3149 du Code civil du Québec doit être interprété comme visant aussi bien les clauses de juridiction que les conventions d'arbitrage<sup>1279</sup>.

Une réponse positive s'impose. Les doutes existants en doctrine<sup>1280</sup> ont été résolus (en partie du moins) par la jurisprudence<sup>1281</sup>. Pourtant il reste encore à établir dans quelle mesure *"une clause d'arbitrage ne pourrait pas être opposée à un consommateur domicilié ou résidant au Québec"*<sup>1282</sup>.

L'article 3149 du Code civil du Québec a été appliqué par la Cour d'appel de Montréal dans l'arrêt *Dominion Bridge Corp. c. Knai*<sup>1283</sup>. Le litige naissait d'un contrat de travail comprenant une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage à New York. Le travailleur s'opposant à l'arbitrage étant domicilié au Québec, le tribunal décida de retenir sa compétence sur la base de l'article 3149 du Code civil du Québec.

Notons que le tribunal n'a pas exclu le droit du travailleur de se soustraire à la justice publique ; ce qui est logique, puisque l'article 3149 du Code civil *n'interdit pas* au consommateur ou au travailleur de se soumettre à l'arbitrage. La clause de renonciation à la juridiction étatique n'est pas considérée *non écrite*. Elle ne peut

<sup>1279</sup>

Voir *supra* p. 435 et s.

<sup>1280</sup>

J.A. TALPIS et J.G. CASTEL, "Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", *op. cit.*, note 203, p. 909. D'après ces auteurs, "[l]es restrictions à la liberté de choix des parties [qui sont apportées par l'article 3149 du Code civil du Québec] ne sont énoncées que par rapport aux autorités québécoises. La désignation d'un tribunal arbitral semble permise".

<sup>1281</sup>

*Dominion Bridge Corp. c. Knai*, précité, note 199.

<sup>1282</sup>

Gérald GOLDSTEIN, "La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de la consommation*, éd. Yvon Blais, 1994, 143-229, p. 211.

<sup>1283</sup>

*Dominion Bridge Corp. c. Knai*, précité, note 199.

simplement pas *lui être opposée*. Il ne s'agit donc pas d'un cas de nullité absolue, ni de la clause de juridiction, ni de la clause d'arbitrage<sup>1284</sup>. Cette dernière demeure valide, à moins que le consommateur ou le travailleur ne considère qu'elle n'était pas à son avantage. L'incompétence éventuelle de l'arbitre découle donc de la non-opposabilité de la convention d'arbitrage, qui ne pourra pas être soulevée d'office (articles 1419<sup>1285</sup> et 1420<sup>1286</sup> du Code civil).

M. le Juge Beauregard s'exprime ainsi :

*''[J]e ne suggère pas que l'appelante ne peut pas se désister de sa propre action et faire le nécessaire pour procéder à l'arbitrage à New York. L'arbitre new-yorkais déterminerait alors sa compétence suivant la loi dont il aurait le devoir d'appliquer. Resterait alors la question de savoir si la sentence de l'arbitre serait reconnue par le tribunal québécois''.*

Or, si la conclusion du tribunal est la seule possible dans les circonstances, la formulation de cet arrêt pose néanmoins deux questions quant à l'étendue de la protection offerte au consommateur et au travailleur par l'article 3149 du Code civil du Québec. Nous les examinerons dans les pages suivantes.

#### C - Questions concernant l'interprétation de l'article 3149 du Code civil du Québec

Une première question résulte du fait que l'arrêt *Dominion Bridge* semble indiquer que l'article 3149 du Code civil ne trouve application *que* si le siège de l'arbitrage est fixé à l'étranger (1).

<sup>1284</sup>

À la différence de l'article 3149, l'article 3150, qui donne compétence au tribunal québécois en ce qui concerne les actions découlant d'un contrat d'assurance, "lorsque le titulaire, l'assuré ou le bénéficiaire du contrat a son domicile ou sa résidence au Québec, lorsque le contrat porte sur un intérêt d'assurance qui y est situé, ou encore lorsque le sinistre y est survenu", ne prévoit pas la compétence du tribunal québécois "nonobstant toute convention contraire". Comme le soulignent J.A. TALPIS et J.G. CASTEL, ("Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", *op. cit.*, note 203, p. 909), cela signifie qu'"[i]l sera toujours possible pour l'assureur d'imposer la désignation d'un *for* étatique ou arbitral qui lui est favorable".

<sup>1285</sup>

Article 1419 C.c. Q. : "La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers ; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié".

<sup>1286</sup>

Article 1420 C.c.Q. : "La nullité relative d'un contrat ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie ou par son cocontractant, s'il est de bonne foi et en subit un préjudice sérieux ; le tribunal ne peut la soulever d'office".

La seconde question concerne la possibilité que le consommateur ou le travailleur qui ont accepté de se soumettre à l'arbitrage s'opposent *ensuite à l'exécution de la sentence* en soutenant leur droit d'avoir recours à la justice étatique d'après l'article 3149 du Code civil (2).

1 - Article 3149 du Code civil du Québec : la clause prévoyant l'arbitrage *au Québec* peut-elle être opposée au travailleur ou au consommateur?

L'article 3149 du Code civil du Québec traite de la renonciation à la compétence des autorités québécoises. On pourrait donc l'interpréter comme indiquant toute renonciation qui a pour résultat de priver le *tribunal public* québécois de sa compétence.

Cette renonciation (qui ne pourra être opposée au travailleur ou au consommateur ayant son domicile ou sa résidence au Québec) pourra prendre la forme d'une clause de juridiction ou d'une clause d'arbitrage (article 3148 du Code civil du Québec, dernier alinéa).

Or, rien n'indique, dans le texte de l'article 3149 du Code civil du Québec, que le législateur entendait permettre la renonciation en faveur d'un *tribunal privé* siégeant au Québec.

C'est pourtant en ce sens que la Cour d'appel de Montréal l'a interprété, dans l'arrêt *Dominion Bridge Corp. c. Knai*. D'après cette décision, "*l'article 3149 permet à un employé québécois de s'obliger à procéder à un arbitrage au Québec*" mais "*il ne lui permet pas de s'obliger à procéder à un arbitrage à l'étranger*"<sup>1287</sup>.

M. le juge Beauregard explique :

*"Je ne vois [...] aucune incongruité entre le fait que l'article 3149 permet à un employé québécois de s'obliger à procéder à un arbitrage au Québec et le fait qu'il ne lui permet pas s'obliger à procéder à un arbitrage à l'étranger. Il me paraît manifeste que le législateur a voulu éviter qu'un employé soit obligé d'aller à l'étranger pour faire valoir ses droits aux termes d'un contrat d'emploi".*

D'après cette interprétation, le but du législateur aurait été alors celui de ne pas obliger la partie protégée à quitter le Québec, et non pas celui de garantir le recours à la justice étatique du Québec.

<sup>1287</sup>

*Dominion Bridge Corp. c. Knai*, C.A.M., précité, note 199, par. 28.

Il est vrai que l'article 3149 du Code civil est inséré dans le titre troisième du Code civil visant à régir la *compétence internationale des autorités québécoises*, ce qui permettrait de soutenir que c'est la *situation du siège* qui déclenche l'application de cet article<sup>1288</sup>, comme le fait précisément M. le juge Beauregard. Ce qui violerait l'esprit de cet article n'est pas alors le recours à l'arbitrage en tant que *moyen privé* de résolution du litige, mais le fait que le litige doive être résolu par un arbitre *étranger*.

Mais on ne peut suivre cette logique sans assimiler l'arbitre siégeant au Québec à une *autorité québécoise*. En effet si, au sens de l'article 3149, *seuls* les tribunaux publics sont des *autorités*, alors *toute convention d'arbitrage*, y compris celle qui renvoie à l'arbitre du Québec, constituerait une renonciation interdite.

Il nous semble assez difficile de partager cette idée.

Comme nous l'avons souligné à propos de l'application de la théorie de l'effet atténué lors de la reconnaissance de sentences arbitrales<sup>1289</sup>, le critère spatial devrait avoir moins d'importance lorsqu'il s'agit d'établir les rapports entre arbitrage et tribunal étatique que lorsqu'on se trouve à régir les rapports entre les tribunaux de juridictions différentes. *L'arbitre n'a pas de for. Indépendamment du lieu du siège arbitral*, on pourrait soutenir qu'un arbitre est *toujours* une *autorité étrangère*, dans la mesure où il est toujours *étranger au système juridique concerné*.

De plus, la solution qui résulte de l'arrêt *Dominion Bridge* pose aussi des problèmes au niveau du résultat.

Si l'idée pour limiter l'arbitrage en matière de consommation et de travail est d'éviter que, par la clause compromissoire, on impose à la partie plus faible de renoncer à la justice publique (plus accessible), quelle est alors la différence entre une convention d'arbitrage au Québec ou hors Québec?

L'inaccessibilité n'est pas uniquement une question de situation géographique. L'arbitrage peut, par exemple, être inaccessible en raison de son coût, même s'il a lieu au Québec. Le consommateur ou le travailleur seront donc découragés et

---

<sup>1288</sup>

*Ibid*, par. 26 : "[L]e fait que l'arbitrage doit avoir lieu à New York constitue un élément d'extranéité qui provoque l'application de l'article 3149".

<sup>1289</sup>

*Supra*, p. 129 et s.

renoncerons à faire valoir leurs droits, à l'avantage de la partie qui a imposé la clause compromissoire.

Il faut alors souhaiter que l'accent se déplace de la *situation* de l'arbitrage à la *nature* de l'arbitrage, pour conclure qu'une convention arbitrale constitue une renonciation à la compétence des autorités québécoises indépendamment du lieu où l'arbitrage se déroule.

2 - Jusqu'à quel moment la renonciation à la compétence des autorités québécoises n'est pas opposable au travailleur et au consommateur ?

Lorsque l'article 3149 du Code civil du Québec établit que la renonciation à la compétence des autorités québécoises ne peut être opposée au travailleur ou au consommateur, il lui reconnaît le droit de choisir de respecter ou non son engagement contractuel.

Dans l'affaire *Dominion Bridge*, le tribunal a reconnu expressément le droit du travailleur de se remettre à l'arbitrage à New York. Mais, il a aussi noté la possibilité que la sentence arbitrale ne soit pas exécutée au Québec ; sans spécifier toutefois si le refus de la sentence se justifierait sur la base de la non conformité de la décision à l'ordre public du Québec ou sur la base de l'incompétence de l'arbitre. Pourtant, si le travailleur accepte de s'en remettre à l'arbitre et ne soulève pas l'exception tirée de l'article 3149 du Code civil du Québec, ce dernier *est* compétent d'après la loi québécoise pour décider au fond. Il est toutefois obligé, il est vrai, s'il veut que sa sentence soit reconnue au Québec, de s'assurer que sa décision assure au travailleur la protection qui lui est offerte par l'article 3118 du Code civil du Québec<sup>1290</sup>. Mais il n'aura aucune raison de se dessaisir.

Cette conclusion ne découle pas clairement de la lecture de cet arrêt.

Il semble pourtant assez évident qu'il serait contraire à la bonne foi d'admettre que le travailleur ou le consommateur qui ait accepté de s'en remettre à l'arbitre,

---

1290

Article 3118 C.c.Q. : "Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail, même s'il est affecté à titre temporaire dans un autre État ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même État, de la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de l'État où le travailleur accomplit habituellement son travail ou la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement sont, dans les mêmes circonstances, applicables au contrat de travail".

s'oppose ensuite à l'exécution de la sentence en invoquant l'article 3149 du Code civil québécois<sup>1291</sup>.

Or, rien dans la formulation de cet article ne semble lui en empêcher. Il est vrai que la nullité de la clause compromissoire qui découle de cet article n'est qu'une nullité relative, qu'elle est susceptible de confirmation et que donc, en théorie, cette règle d'application générale devrait suffire<sup>1292</sup>. Mais comme le souligne M. Paulsson, "*le droit national peut beaucoup encourager ou décourager les tentations de résistance du perdant*"<sup>1293</sup>. Pourquoi alors ne pas les décourager d'une façon plus explicite ?

On pourrait, comme le recommande M. Paulsson, suivre l'exemple du législateur néerlandais et ajouter un article qui écarte de son contrôle les objections qui auraient pu être soulevées par la partie perdante au cours de l'arbitrage et qui ne l'ont pas été<sup>1294</sup>.

Mais il nous semble qu'il suffit, en ce qui nous concerne, de suivre l'exemple du législateur suisse pour modifier l'article 3149 du Code civil en spécifiant tout simplement que la *renonciation anticipée du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée*"<sup>1295</sup>.

Les réponses à ces questions peuvent changer la portée de la protection accordée au consommateur ou au travailleur par l'article 3149 du Code civil. Mais, de toute

<sup>1291</sup>

Voir *Luc Mousseau c. Société de Gestion Paquin Ltée*, précité, note 332, p. 2012 et 2013 : "Il est possible de renoncer à une disposition d'ordre public de protection puisque sa violation n'est sanctionnée que par une nullité relative. Le requérant, tant par sa signature sur le bail que par son silence devant l'arbitre, a renoncé implicitement à son droit de soulever en défense que ladite clause compromissoire est contraire à l'ordre public. [...]. Le fait que le requérant n'a jamais soulevé cette question d'ordre public devant l'arbitre et qu'il ait attendu la décision de l'arbitre avant de la soulever suggère fortement que la validité de la clause compromissoire n'aurait jamais été soulevée si la sentence arbitrale avait été favorable au requérant ! Le tribunal est d'avis que, même dans l'hypothèse où l'alinéa e) de la clause compromissoire était contraire à l'ordre public, la requête du requérant devrait être rejetée parce qu'elle serait à l'encontre des exigences de la bonne foi".

<sup>1292</sup>

Articles 1419 et 1420 du Code civil du Québec.

<sup>1293</sup>

J. PAULSSON, "L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain", *op. cit.*, note 1185, p. 647.

<sup>1294</sup>

*Idem.*

<sup>1295</sup>

(*Nos emphases*). Notons pourtant que, parce que le législateur québécois s'est inspiré du droit suisse, cette omission pourrait être interprétée *a contrario*, comme une indication du fait qu'il ne voulait pas poser des limites à la possibilité du travailleur ou du consommateur de contester la validité de la convention d'élection de *for* ou de la clause d'arbitrage. Mais cette explication n'est pas vraiment logique. Il nous semble plus probable que le législateur québécois ait retenu cette spécification superflue.

façon, il est impossible d'établir l'étendue de la compétence de l'arbitre en matière de consommation et de travail sur la seule base de l'examen de l'article 3149 du Code civil.

Il est en effet nécessaire, avant de tirer des conclusions, d'examiner comment les *autres critères* que nous avons examinés dans le premier titre, pourraient intervenir pour limiter l'arbitrage en droit québécois.

Il faudra alors établir si et le cas échéant, dans quelle mesure, les limites posées à la libre disposition des droits vont influencer sur l'arbitrabilité dans ces matières.

Après l'examen de ce critère nous reviendrons sur la question de savoir si la protection accordée au consommateur et au travailleur dans les juridictions canadiennes est adéquate (Par. 3).

#### Par. 2 - La libre disposition du droit litigieux.

Le lien entre le droit de renoncer à la justice étatique et la libre disposition du droit litigieux était assez fort dans toutes les juridictions canadiennes. Il était indubitablement reconnu dans les juridictions de *common law* suivant le système anglais<sup>1296</sup> et était établi de façon explicite au Québec, par l'ancien article 940 du Code de procédure civile, d'après lequel, "[t]outes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition".

Au Québec, en particulier, ce lien était encore plus fort puisqu'on y interdisait de soumettre à l'arbitrage les litiges futurs. Comme nous l'avons noté auparavant, la validité de la clause compromissoire a été reconnue en matière d'arbitrage international seulement en 1983<sup>1297</sup>.

Désormais, non seulement la validité de la clause compromissoire n'est plus en doute mais l'article 940 du Code de procédure civile a disparu<sup>1298</sup>.

<sup>1296</sup>

A. WALTON and M. VITORIA, *RUSSEL on Arbitration*, op. cit., note 1017, p. 29.

<sup>1297</sup>

*Zodiak International Production inc. v. The Polish People's Republic*, précité, note 157.

<sup>1298</sup>

Il est difficile de saisir la raison pour laquelle le législateur a décidé d'omettre la libre disposition du droit comme critère pour la détermination de l'arbitrabilité. Nous avons souligné que, du point de vue de l'arbitrage commercial, le recours explicite à ce critère ne nous paraissait pas nécessaire. Il est pourtant vrai que cette absence de référence à la libre disposition des droits semble poser une limite ultérieure à l'arbitrabilité, dans le domaine de l'arbitrage *non commercial*. Le recours à cette notion aurait été utile en effet, "pour circonscrire ce que l'on entend par «matières familiales»", comme le suggérait le Barreau du Québec, dans son Rapport sur le Projet de loi 125 (Barreau du Québec, *Rapport de la Sous-Commission sur le droit des obligations - de la convention d'arbitrage - Projet de Loi 125 - 1991*, précité, note 1162). Voir aussi les critiques portées à la formulation de cet article par la Chambre des Notaires du Québec (*Mémoire de la Chambre des Notaires du Québec - Projet de Loi 125 - Code civil du Québec*, précité, note 775).

Malgré cette disparition, il reste toutefois impossible de compromettre en matière de droits indisponibles.

Il n'y a aucun doute qu'on ne peut soumettre à l'arbitrage des litiges concernant des droits qui trouvent leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir, et dont l'indisponibilité découle de la nature même du droit. Ainsi, par exemple, même sans réserve de compétence, il est hors de doute que l'arbitre n'est pas compétent pour prononcer un divorce.

Mais, comme nous l'avons souligné dans notre premier titre, en raison de l'intervention de plus en plus fréquente de l'État en matière économique, la libre disposition des droits litigieux est souvent aussi limitée par des règles impératives. L'ordre public de protection, en particulier, intervient souvent pour interdire que certaines personnes ou catégories de personnes, considérées plus faibles, consentent à des actes de renonciation ou à des dispositions susceptibles de modifier leur position juridique par rapport au droit en question<sup>1299</sup>.

Dans ce cas, nous avons souligné l'importance de ne pas confondre les limites à la disposition du droit avec l'impossibilité de déroger aux normes impératives. Cette distinction évite que la convention d'arbitrage soit assimilée à une renonciation au droit au fond.

En effet, si on inclut dans la notion de droit indisponible, les droits dont la libre disposition est limitée par des règles impératives, on ne pourra que conclure que, par exemple, l'article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>1300</sup> (qui prévoit

---

En effet selon l'article 2639 du Code civil du Québec, sembleraient être inarbitrables toutes les questions qu'on pourrait qualifier de "matières familiales", indépendamment du fait qu'elles concernent des droits par rapports auxquels les parties ont la libre disposition et par rapport auxquelles les parties pourraient donc transiger (par exemple, sur le partage d'un patrimoine familial). *M.R. c. F.L.*, précité, note 1162. Cette question sort toutefois de notre propos.

<sup>1299</sup>

Voir *supra*, p. 356 et s.

<sup>1300</sup>

L.R.Q., c. P-40.1 Voir aussi, l'article 3 du *Consumer Protection Act* de Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 69, intitulé, "No derogation". Il prévoit : "The provisions of this Act and the regulations apply despite any waiver or agreement to the contrary, and do not restrict, limit or derogate from any other rights of a debtor under any other law".

L'article 21 ("Contracting out"), du *Consumer Protection Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S. 1989, c. 92, amended 1994, c. 16, établit : "This Act applies notwithstanding any agreement or waiver to the contrary".

Dans le même sens, l'article 33 ("Accords et renonciations contraires à la présente loi"), de la *Loi sur la protection du consommateur* d'Ontario, L.R.O. 1990, c. C.31 : "La présente loi s'applique malgré toute entente ou renonciation à l'effet contraire".

expressément qu'"[à] moins qu'il en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi") est cause d'exclusion de l'arbitrage<sup>1301</sup>.

D'un autre côté, on reconnaît que les arbitres sont aussi capables d'appliquer les règles impératives que les tribunaux. Pourquoi alors supposer qu'ils méconnaîtront nécessairement les normes de protection des consommateurs? Si l'on part de l'idée que ce qui change n'est pas le *résultat* mais uniquement l'organe juridictionnel qui y parvient, il semblerait logique de conclure qu'il ne suffit pas qu'une de ces normes limite la disposition d'un droit pour que l'arbitrage soit exclu.

Cette conclusion est confirmée par la jurisprudence.

Ainsi, au Québec, l'arrêt *Condominium Mont Saint Sauveur*<sup>1302</sup> a reconnu la compétence arbitrale dans l'application de règles d'ordre public établissant des limites à la libre disposition du droit du propriétaire, dans une action en responsabilité prévue par l'article 1688 du Code civil du Bas-Canada (similaire à l'actuel article 2118 du Code civil du Québec)<sup>1303</sup>.

Des conclusions similaires ont été atteintes dans les juridictions canadiennes de *common law*, en matière de contrat de construction<sup>1304</sup>. Comme le souligne une décision rendue en Alberta en 1994<sup>1305</sup>, à propos des limites découlant du *Personal Property Security Act*<sup>1306</sup>

*"The P.P.S.A. does not prohibit parties to a security agreement from agreeing to arbitrate disputes arising from the security agreement. There is nothing to prevent parties to a security agreement from arbitrating s. 66 (1)*

1301

A. PRUJINER, "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", *op. cit.*, note 116, p. 431.

1302

*Condominium Mont St-Sauveur c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*, précité, note 201.

1303

*Ibid.*, p. 2788 : "Because the responsibility of the builder or architect under article 1688 is a matter of public order, the owner cannot, in the construction contract, waive the responsibility or agree in advance to exonerate the builder or the architect or limit the claims against them".

1304

*Sandbar Construction Ltd. v. Pacific Parkland Properties Inc.*, précité, note 1229; *Automatic Systems Inc. v. E.S. Fox Ltd.*, précité, note 1228 ; *BWV Investments v. Saskferco Products Inc.*, précité, note 218. Voir S. KIERSTEAD, "Referall to Arbitration Under Article 8 of the UNCITRAL Model Law : the Canadian Approach", *op. cit.*, note 218, p.115.

1305

*Crystal rose Home Ltd.v. Alberta New Home Warranty Program*, November 23, 1994, N° 9403 11831, [1994] A.J. No. 897.

1306

*Personal Property Security Act*, c. P-4.05.

*issues. The Act merely prohibits a waiver or variation of the rights and duties given by s 66(1) : s. 56 (2). The forum for the resolution of disputes can be left to the parties to decide if they so wish"*<sup>1307</sup>.

Notons pourtant que, malgré la possibilité du contrôle final sur la sentence, reconnaître la compétence de principe de l'arbitre dans l'application des règles d'ordre public (et plus spécifiquement, l'admettre par rapport à des différends concernant les droits dont la libre disposition est limitée par des règles d'ordre public), peut mener à des conclusions incompatibles avec la juste administration de la justice, voire même à des résultats iniques ; surtout dans les contrats auxquels font partie des personnes au pouvoir de négociation moindre.

Pour cette raison, le législateur limite parfois expressément la capacité de compromettre sur ce type de droits ou pose des règles de compétence juridictionnelle semblables à celle énoncée à l'article 3149 du Code civil de Québec.

C'est donc en vertu de cet article que l'arbitrage sera alors exclu, comme cela résulte de la décision rendue dans l'affaire *Dominion Bridge*<sup>1308</sup>.

Notre conclusion étant telle, la question se pose de savoir si admettre l'arbitrage en matière de droits dont la libre disposition est limitée par des règles impératives est acceptable, autant du point de vue de la défense des intérêts des parties contractuellement plus faibles (consommateur et travailleur) que, plus généralement, du point de vue de la défense des intérêts de la communauté. Se pose aussi la question de savoir si les règles de compétence juridictionnelle telles que celle posée par l'article 3149 du Code civil du Québec offrent une protection substitutive adéquate.

Par. 3. - La compétence arbitrale en matière de droits dont la disposition est limitée par des règles impératives et la protection du consommateur et du travailleur.

<sup>1307</sup>

(*Nos emphases*). Les sections 66(1) et 56(2) prévoient respectivement :

Section 66(1) : Proper exercise of rights, duties and obligations :

"All rights, duties or obligations arising under a security agreement, under this Act or under any other applicable law shall be exercised or discharged in good faith and in a commercially reasonable manner".

Section 56(2) : "(2) Except as provided in sections 17, 60, 61 and 63, no provision of section 17 or 58 to 67, to the extent that it gives rights to the debtor or imposes obligations on the secured party, can be waived or varied by agreement or otherwise".

<sup>1308</sup>

*Dominion Bridge c. Knai*, précité, note 199.

L'intervention du législateur pour limiter la libre disposition des droits en matière de consommation et de travail est fondée sur l'idée selon laquelle il n'y a véritable liberté contractuelle que dans la mesure où les parties se trouvent dans des positions raisonnablement équilibrées de négociations. Pour cette raison, les droits et obligations naissant de certains types de contrats sont établis *a priori* par des règles impératives qui s'appliquent indépendamment de toute volonté contraire des parties.

Or, en rétablissant ainsi l'équilibre contractuel entre les parties, le législateur protège *aussi* un intérêt plus vaste de la communauté, celui de maintenir un certain ordre économique ou social. Parfois, le respect de ces règles est même garanti par des sanctions pénales ou administratives spécifiques<sup>1309</sup>.

Mais, malgré l'importance que la défense des droits du consommateur peut avoir à un niveau socio-économique plus général, elle reste abandonnée, au moins en partie, à l'initiative individuelle. S'il est vrai, en effet, que le consommateur ne peut renoncer à l'avance aux droits que lui confère cette loi, il est vrai aussi qu'une fois que le litige est né, rien ne l'empêche de s'entendre avec le commerçant<sup>1310</sup>. Ce n'est que lorsque cet accord n'est pas possible qu'il s'avère nécessaire de saisir le tribunal.

Notons que la tendance à admettre la transaction en matière de litiges concernant des dispositions dont le but n'est pas uniquement celui de protéger l'individu (existe-t-il, d'ailleurs des dispositions qui n'ont pour *seul* but que la protection de l'individu, en tant que particulier?) a été critiquée. La doctrine a souligné, en particulier, le *caractère répétitif, voire collectif*<sup>1311</sup> des contestations naissant du rapport de travail. Il serait alors dans l'intérêt d'une meilleure administration de la justice, compte tenu de l'importance qu'elles revêtent pour la communauté, que ces contestations soient résolues de la même façon.

Cela n'est évidemment pas possible lorsque l'on permet aux parties de transiger puisque, ce faisant, on fractionne "*les conflits collectifs en multiples conflits*

<sup>1309</sup>

Voir, par exemple, les articles 277 et suivants de la *Loi sur la Protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., c. P. 40.1. Voir aussi l'article L.122-8 du *Code de la Consommation* français (Article 322 de la *Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, Journal Officiel* du 23 décembre 1992, en vigueur le 1er mars 1994), visant à sanctionner pénalement l'abus de faiblesse.

<sup>1310</sup>

*Garcia Transport Ltée c. Royal Trust co.*, précité, note 332.

<sup>1311</sup>

E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, *op. cit.*, note 1034, p. 44.

*individuels*<sup>1312</sup> dont la résolution dépend autant des informations à disposition des parties que de leur habilité dans les négociations.

Cette conclusion pourrait être transposée en matière de droit de la consommation. Les contestations naissant de ce type de contrat sont elles aussi répétitives (en cette matière, les actions collectives sont même de plus en plus courantes) et, là aussi, il est de l'intérêt de la justice de les voir résolues de la même manière.

On reconnaît que le niveau inégal d'expertise et d'expérience du commerçant et du consommateur est l'un des éléments les plus importants pour justifier la législation de protection. Par ailleurs, il est vrai qu'après la naissance du litige, le consommateur est en mesure d'apprécier concrètement lequel parmi ses droits a été violé par le commerçant et de transiger. Mais cela signifie-t-il nécessairement qu'il sera capable d'en imposer correctement le respect ? L'inégalité risque bien de réapparaître lorsque le consommateur n'est plus protégé. Le recours à la transaction pour résoudre des litiges concernant les droits qui relèvent de l'ordre public de protection serait donc redoutable<sup>1313</sup>.

Nous sommes d'accord en principe avec ces conclusions.

Ceci dit, peut-on adresser la même critique à l'arbitrage? Il nous semble qu'une réponse négative s'impose.

En matière d'arbitrage, il ne s'agit nullement de résoudre le litige par des concessions réciproques mais par la stricte application des règles applicables ; en l'occurrence, celles qui protègent le consommateur. Au Québec, en particulier, l'arbitre pourra toutefois appliquer d'autres règles, le choix d'une loi étrangère y étant en effet permis, dans la mesure néanmoins où cela n'a pas "*pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence [...]*" (Article 3117 du Code civil).

Lorsqu'il y a arbitrage, la solution du litige ne dépend donc pas de l'aptitude du consommateur à imposer le respect de ses droits ; son niveau d'information et ses capacités de négociation sont insignifiants. C'est à l'arbitre de s'assurer que les droits de la partie la plus faible ont été respectés. S'il ne s'acquitte pas bien de ce devoir, le tribunal public refusera la sentence.

Dés lors qu'il suffit qu'elle soit bien appliquée pour qu'elle atteigne son but de protection (à la fois des intérêts privés de la partie directement protégée, et des

---

1312

*Idem.*

1313

*Idem.*

intérêts de la société), une loi de protection peut être appliquée par l'arbitre, puisque, répétons-le, a priori, il l'appliquera aussi bien qu'un tribunal étatique. Le recours à l'arbitrage ne met donc pas en danger l'ordre public.

Par ailleurs, puisque la résolution des conflits par l'arbitre se base sur les règles de droit, le risque de fractionnement des résultats est bien moindre qu'en matière de transaction. Par conséquent, sur cette matière, il n'y a, selon nous, aucune raison d'entraver l'arbitrage.

Toutefois, une autre question, qui ne se pose pas en matière de transaction, se pose en matière d'arbitrage : celle de l'accessibilité à la justice. Le recours à l'arbitre peut entraîner des difficultés importantes pour le consommateur lorsque, par exemple, le siège arbitral choisi l'oblige à se déplacer. Le coût de la procédure arbitrale peut aussi se révéler disproportionné par rapport au montant en contestation<sup>1314</sup>.

Dans *certaines cas*, compte tenu des circonstances, la convention d'arbitrage pourrait alors se révéler *effectivement* abusive.

Étant donné que seuls restent les arguments portant sur l'accessibilité à la justice et le caractère *potentiellement abusif* de la clause compromissoire, et étant donné que la discussion ne porte plus sur le respect des règles impératives, il est alors illogique d'exclure *a priori* l'arbitrabilité par une interdiction générale semblable à celle qui portent sur les questions que l'arbitre ne devrait *jamais* résoudre, telles celle de divorce, de capacité, de déclaration d'une faillite.

De plus, comment justifier une telle excusion *a priori* de la validité de la clause compromissoire alors qu'elle n'est même pas *nécessairement* abusive ? Après tout, il s'agit un engagement contractuel qu'il faut, dans les limites du possible, respecter.

La réponse à la question de savoir dans quelle mesure il est opportun de reconnaître la compétence de l'arbitre en matière de consommation est alors la suivante : l'arbitrage doit être admis dans la mesure où il ne rend pas la justice

---

1314

Nous sommes donc d'accord avec ces auteurs qui considèrent que l'arbitrage n'est pas la méthode la plus adaptée pour résoudre les litiges "de faible importance". Voir M. Jarrosson, dans son intervention aux débats qui ont suivi une journée d'étude sur "L'arbitre et le contrat", (1992) *Rev. Arb.* 285-299, p. 298. Voir aussi M. Goldman (*Idem*), d'après lequel l'arbitrage "n'est pas fait pour les petits litiges". L'auteur ajoute : "[à] chaque fois que quelqu'un vient me trouver avec un petit litige, je le décourage de recourir à l'arbitrage. Si je n'y parviens pas je lui indique les honoraires". Il reste pourtant à établir ce qu'on entend par "faible importance".

inaccessible pour la partie la plus faible, autant du point de vue de la localisation géographique du siège arbitrale, que du point de vue de son coût.

Il faut donc trouver un moyen flexible, permettant aux parties protégées de ne pas remplir les obligations découlant de leur convention d'arbitrage lorsqu'il ya possibilité d'abus, tout en reconnaissant que les arbitres pourraient, le cas échéant, trancher le litige.

En cette matière, force est d'ailleurs de constater, qu'autant dans le domaine du droit interne, que dans le domaine du droit international privé, les solutions possibles ne sont qu'au nombre de trois :

1) La solution rigide, selon laquelle la partie la plus faible est protégée *a priori* par la nullité de la clause compromissoire. Cette solution offre une protection qui n'est pas proportionnée aux exigences de la partie la plus faible et ne reconnaît pas suffisamment le principe de l'autonomie contractuelle.

2) La solution souple. Cette solution peut prendre la forme que lui donne le Code civil du Québec ou celle offerte par la loi française en matière du droit interne. Les deux solutions se basent sur la *présomption légale simple* de la nature abusive du rapport. Bien que certaines différences existent entre elles<sup>1315</sup>, les deux alternatives offrent l'avantage de ne pas bloquer *à priori* l'arbitrage.

3) La solution adoptée aux États-Unis où le consommateur est protégé par les règles générales visant à assurer la validité de la convention d'arbitrage en tant que contrat<sup>1316</sup>. C'est aussi la solution adoptée, en matière de consommateur, dans les juridictions canadienne de *common law*, où il n'existe aucune réserve de compétence comparable à celle posée par l'article 3149 du Code civil du Québec. Le travailleur semble être plus protégé parce que le rapport de travail ne rentre pas, d'après la

<sup>1315</sup>

La différence entre les deux solutions est la suivante : au Québec, la partie la plus faible est protégée par la réserve de compétence posée par l'article 3149 du Code civil. Cette méthode laisse au consommateur la décision de profiter ou non de la protection offerte par la loi.

En France, l'article 132-1 du Code de la consommation (Loi n° 95-96 du 1er février 1995, J.O. 2 février 1995) qualifie de potentiellement abusive, la clause d'arbitrage mais il laisse le tribunal décider si elle l'est dans le cas concret.

<sup>1316</sup>

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., note 88, p. 67, où l'auteur cite *Hill v. Gateway 2000 Inc.*, 6 janvier 1997, *Bull. ASA*. 1997.138. Voir l'article 1399 du Code civil du Québec, qui prévoit que "le consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion". Le principe exprimé par cet article est confirmé par l'article 1402 du Code civil : "la crainte d'un préjudice sérieux pouvant porter atteinte à la personne ou aux biens de l'une des parties vicie le consentement donné par elle, lorsque cette crainte est provoquée par la violence ou la menace de l'autre partie ou à sa connaissance".

jurisprudence, dans la définition "commercial" et donc dans le domaine d'application des *International Arbitrations Acts*<sup>1317</sup>.

L'étendue de ce type de protection ne nous semble pas adéquat. Il est vrai que la Cour a souligné, dans l'arrêt *Mitsubishi*, que les tribunaux doivent "*remain attuned to well supported claims that the agreement to arbitrate resulted from the sort of fraud or overwhelming economic power that would provide grounds for the revocation of any contract*"<sup>1318</sup>. Il est pourtant aussi vrai que cette défense, en exigeant la constatation *effective* par le tribunal, d'un vice du consentement, risque de rendre la protection illusoire<sup>1319</sup>.

La deuxième solution nous semble bien préférable. Quant à choisir entre le modèle français et le modèle québécois, nous préférons ce dernier parce qu'il évite à la partie protégée de devoir démontrer le caractère abusif de la clause<sup>1320</sup>.

Notons, de plus, que la solution française telle qu'elle a été appliquée par la jurisprudence<sup>1321</sup>, nous semble inadéquate parce qu'elle ne semble régler que les rapports de droit interne et laisse donc entier le problème de l'accessibilité de la justice par le consommateur, dans les rapports de droit international privé<sup>1322</sup>.

<sup>1317</sup>

*Borowski v. Heinrich Fiedler Perforierttechnik GmbH*, précité, note 184.

<sup>1318</sup>

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 105 S.Ct. 3346, précité, note 396, p. 3354. Le déséquilibre dans le pouvoir contractuel des parties pourra donc se poser comme obstacle à l'arbitrabilité, uniquement à certaines conditions. Voir, à ce propos, *Tennessee Imports, Inc. v. Pier Paulo Filippi and Prix Italia*, 745 F. Supp. 1314 ; (1992) XVII *Yearbook* 620, p. 634 : "[t]he basic test [of unconscionability] is whether, in the light of the general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case, the clauses involved are so one-sided as to be unconscionable under the circumstances existing at the time of the making of the contract. [...] The principal is one of the prevention of oppression and unfair surprise and not of disturbance of allocation of risk because of superior bargaining power. [...] Superior bargaining power on the part of one of the parties is, in and of itself, insufficient to support a claim of unconscionability. [...] Otherwise, virtually every distributor of a 'unique product' would be subject to unconscionability claims".

<sup>1319</sup>

Voir le commentaire de Thomas E. CARBONNEAU sous l'arrêt *Rodriguez de Quijas c. Shearson American Express*, *Rev. Arb.* 1989.741-742, p. 741, où l'auteur souligne "les distorsions doctrinales" exprimées par la Cour dans cet arrêt et où il critique la Cour qui "oblige les consommateurs à respecter les contrats d'adhésion imposés par les agents de change".

<sup>1320</sup>

L'article L. 132-1 du Code de consommation français prévoit, par son troisième alinéa qu'"[e]n cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause".

<sup>1321</sup>

*Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, précité, note 810.

<sup>1322</sup>

Voir à ce propos, les notes sous cet arrêt de Ch. JARROSON, *op. cit.*, note 1041, et V. HEUZÉ, *op. cit.*, note 1061. Voir aussi, J.-B. RACINE *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 66 et s.

Il nous semble alors qu'une réserve de compétence telle que celle posée par l'article 3149 du Code civil du Québec constitue le moyen le plus approprié pour limiter l'arbitrage dans ce domaine. Cet article n'interdit pas la conclusion de conventions d'arbitrage ou de clauses de juridictions relativement aux litiges naissant de rapports de consommation ou de travail. Il se limite seulement à établir que la renonciation à la compétence du tribunal québécois par le consommateur ou le travailleur ayant son domicile ou sa résidence au Québec "ne peut lui être opposée". Il revient donc, en principe, à la partie protégée de décider si l'arbitrage lui convient.

La seule difficulté que nous avons indiquée relativement à l'article 3149 du Code civil du Québec, qui pourrait restreindre l'étendue de la protection offerte au travailleur ou au consommateur, découle de l'interprétation assez étendue donnée à l'expression *autorité québécoise*. D'après cette interprétation, l'article 3149 n'intervient *que* si l'arbitrage se déroule à l'étranger. L'arbitrage au Québec semble être permis. Cette interprétation, nous l'avons souligné, nous semble critiquable.

#### Par. 4 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal.

Nous nous sommes déjà arrêtés sur la violation de l'ordre public dans la convention d'arbitrage, d'un point de vue général, en *tant que contrat*, aussi bien que sur la possibilité qu'une convention d'arbitrage, par ailleurs valable, puisse néanmoins violer l'ordre public au moment de son exécution<sup>1323</sup>.

Examinons maintenant les effets de la *violation de l'ordre public dans le contrat principal* sur la compétence de l'arbitre.

Bien que la convention d'arbitrage soit posée, partout au Canada comme un contrat nommé, distinct et autonome (article 16 de la loi-type et article 2642 du Code civil du Québec), ce contrat ne peut être dissocié du rapport sous-jacent que dans une certaine mesure. Cela signifie que l'article 2642 du Code civil du Québec qui prévoit, que "*la constatation de la nullité du contrat principal par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage*" ne parvient pas à exclure que, *dans certains cas*, cette constatation puisse, en effet, entraîner ce résultat.

---

1323

*Supra*, p. 148 et 208.

Comme nous l'avons souligné à propos de l'article 2060 du Code civil français, l'interprétation donnée auparavant par la jurisprudence à ce qui, dans chaque cas, constitue une question qui intéresse l'ordre public, conduisait à admettre la compétence de l'arbitre à décider des litiges soumis à une réglementation impérative *uniquement dans la mesure où l'ordre public n'avait pas été violé*.

La première question que nous examinerons est donc celle de savoir comment l'on interprète au Québec, l'article 2369 du Code civil, dont la formulation est très semblable à celle de l'article 2060 du Code civil français.

Nous essayerons ainsi d'établir si, en droit québécois, une question intéresse automatiquement l'ordre public lorsque l'ordre public a été violé (A) ; ou si l'incompétence découle, comme désormais en droit français, uniquement du fait que la violation n'a pas été soulevée par les parties (B).

Finalement, il est aussi possible que la nullité de la convention d'arbitrage ne soit pas une conséquence de la nullité du contrat principal mais qu'elle soit simplement *liée* à cette dernière. Il s'agit de l'hypothèse de la nullité *ab initio* du contrat principal pour absence de consentement (C).

A - Problème d'interprétation de l'article 2639 du Code civil du Québec : une question litigieuse intéresse-t-elle automatiquement l'ordre public lorsque l'ordre public a été violé dans le contrat principal ?

Comme nous l'avons souligné en examinant l'évolution interprétative de l'article 2060 du Code civil français, la reconnaissance de la compétence de l'arbitre à appliquer les règles impératives n'entraîne pas automatiquement sa compétence à constater et à sanctionner leur violation<sup>1324</sup>.

Bien que le second alinéa de l'article 2639 du Code civil du Québec reconnaisse expressément la compétence de l'arbitre à trancher les litiges par l'application de règles impératives, l'État pourra donc garder un intérêt à la *résolution* des questions litigieuses lorsqu'elles concernent une *violation* de l'ordre public.

---

1324

*Supra*, p. 379 et s. La reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application des règles impératives a caractérisé la deuxième phase interprétative (*Sté Totaliment c. Sté Le Comptoir Agricole du Pays Bas-Normand*, précité, note 1105 ; *Impex c. Société P.A.Z Malteria Adriatica*, précité, note 858), cependant que la reconnaissance de la compétence de l'arbitre en présence d'une violation de l'ordre public dans le contrat principal (lorsque cette violation a été soulevée par les parties) a caractérisé la troisième et dernière phase (*Société Almira Film c. Pierrel ès qual.*, précité, note 520) et *Société Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens*, précité, note 894.)

On interprétera alors cet article en limitant la compétence arbitrale à appliquer les règles impératives *uniquement lorsqu'elles n'ont pas été violées*, comme c'était le cas en France avant les arrêts *Almira* et *Ganz*<sup>1325</sup>, dans le domaine du droit international, et comme cela semble encore être le cas dans le domaine du droit interne<sup>1326</sup>.

C'est en ce sens que la plupart des auteurs québécois l'ont interprété<sup>1327</sup>. Précisons toutefois que l'opinion exprimée par M. Brierley en 1987<sup>1328</sup>, et reprise par la doctrine plus récente<sup>1329</sup>, concernait la convention d'arbitrage en droit québécois interne et se basait explicitement sur la jurisprudence française de l'époque, très critiquée par les auteurs français et successivement clairement abandonnée dans le *domaine du droit international*, par les tribunaux.

Dans quelle mesure doit-on alors tenir compte de l'évolution qui a caractérisé l'interprétation jurisprudentielle de l'article 2060 du Code civil français lors de l'interprétation de l'article 2639 du Code civil du Québec ?

À ce jour, l'examen de la jurisprudence québécoise ne nous permet pas d'établir avec une *certitude absolue* comment l'article 2639 du Code civil du Québec sera appliqué. Nous ne sommes donc pas en mesure de répondre à la question de savoir si la sentence par laquelle l'arbitre a *sanctionné par des sanctions civiles la nullité absolue*, ou même la *nullité relative* du contrat litigieux, sera rejetée suivant l'article V (2)(a) de la Convention de New York. En effet, les tribunaux québécois n'ont pas

<sup>1325</sup>

*Société Almira Film c. Pierrel ès qual.*, précité, note 520 ; *Société Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens*, précité, note 894 ; *Société Aplix c. société Velcro*, précité, note 921.

<sup>1326</sup>

*Sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c. Sté Dépôts Pétroliers de Fos (D.P.F.)*, Paris, 1ère ch. supp., 20 janvier 1989, précité, note 1114.

<sup>1327</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 545 ; G. VEZINA, "La convention d'arbitrage vs la convention entre actionnaires et la promesse d'achat-vente", *op. cit.*, note 295, p. 214 et 217 ; K. DELANEY-BEAUSOLEIL, "La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 201, p. 665. D. BÉCHARD, "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", *op. cit.*, note 212, p. 131.

*Contra* A. DORAIS, "L'arbitrage commercial - Développements législatifs", *op. cit.*, note 846, p. 279 ; L. MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 133.

<sup>1328</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 545.

<sup>1329</sup>

Voir *supra*, note 1327.

encore eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une sentence par laquelle l'arbitre a *sanctionné* une violation. Seule à fait l'objet d'un tel examen, notamment dans l'affaire *Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd*<sup>1330</sup>, la sentence par laquelle l'arbitre *niait* que la violation existait.

Toutefois, il nous semble possible d'interpréter cet arrêt comme reconnaissant que l'arbitre serait compétent même lorsqu'il constate que le contrat au fond était illicite. Cela dit, il faut reconnaître aussi que des arguments convaincants soutiennent l'opinion inverse.

Dans cette affaire, le litige concernait (comme nous l'avons déjà indiqué lorsque nous nous sommes arrêtés sur l'examen de l'intervention de l'ordre public sur la sentence arbitrale<sup>1331</sup>), une somme d'argent qu'une partie (une compagnie de transport maritime Transport de Cargaison, exploitant un cargo faisant route entre le Niger et l'Espagne) aurait dû payer à la compagnie chargée des démarches administratives dans les différents ports de la zone (Industrial Bulk). Les frais encourus par Industrial Bulk étaient considérables et Transport de Cargaison refusa de les payer en soutenant qu'ils étaient en fait, le remboursement d'un pot-de-vin versé à un dirigeant du port. D'après l'arbitre, le navire avait été tenu en otage par les autorités du port et conséquemment le prix payé ne constituait pas un pot-de-vin mais une rançon. Il ordonna donc l'exécution du contrat<sup>1332</sup>.

La sentence a été contestée, sans succès, par Transport de Cargaison, en raison de sa prétendue contrariété à l'ordre public.

Un tel type de violation du contrat litigieux aura, selon l'interprétation plus ou moins restrictive donnée à l'article 2639 du Code civil, deux effets possibles :

Suivant *l'interprétation la plus libérale*, l'arbitre sera compétent pour trancher la question ; s'il établit qu'aucune violation n'a été commise et ordonnera l'exécution du contrat. Sinon, il déclarera sa nullité.

---

<sup>1330</sup> *Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, précité, note 300.

<sup>1331</sup> *Supra*, p. 227 et s.

<sup>1332</sup> *Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, précité, note 300 : "Le pot-de-vin est une chose ; la rançon en est toute une autre. Celle-là est foncièrement immorale tant pour celui qui l'offre que pour celui qui l'accepte ; celle-ci ne l'est que pour celui qui l'exige et ne laisse, en thèse générale guère de choix à celui qu'il tient en otage".

Suivant *l'interprétation la plus restrictive*, l'arbitre sera compétent pour ordonner l'exécution du contrat s'il constate que l'ordre public n'a pas été violé. Il devra pourtant se dessaisir s'il constate *qu'en fait*, les sommes d'argent payées étaient le prix de la corruption.

L'une comme l'autre de ces solutions importe des conséquences pratiques importantes au niveau de *l'étendue du contrôle* exercé par le tribunal public saisi pour l'annulation ou l'exécution de la sentence.

Suivre la tendance plus restrictive et nier que l'arbitre puisse sanctionner la violation de l'ordre public signifie que toute décision quant à l'existence de cette violation concerne en même temps le *fond* (puisqu'il faut d'abord établir si l'ordre public a été violé ou non) et la *compétence* de l'arbitre (puisque si l'ordre public a été violé, cela signifie que l'arbitre était, en fait, incompétent).

Alors, par exemple, la constatation par l'arbitre de la licéité du contrat au fond lui permettra de retenir sa compétence et en ordonner l'exécution. Mais la question de l'illicéité du contrat principal se reposera inévitablement au moment du contrôle sur la sentence. Si l'arbitre a commis un erreur et que le contrat est vraiment illicite, la sentence sera évidemment contraire à l'ordre public au sens de l'article V (2)(b). Mais *surtout* elle aura été rendue par un tribunal incompétent, puisque la violation de l'ordre public impose à l'arbitre de se dessaisir. Elle pourra donc être refusée d'office en vertu de l'article V (2) (a) de la Convention de New York. Or, parce qu'on se pose au niveau de la compétence, on devrait admettre la possibilité que le tribunal étatique n'accepte *pas nécessairement* la *qualification donnée par l'arbitre* aux faits de l'espèce. Il serait, au contraire, assez logique qu'ils soient examinés à nouveau pour déterminer si en effet la violation existait et *si l'arbitre était ou non compétent* pour trancher le litige.

Donc, indépendamment du pouvoir reconnu au tribunal de l'exécution lors de l'examen de conformité à l'ordre public de la sentence (c'est à dire, indépendamment du fait qu'on reconnaisse le pouvoir d'exercer un contrôle en fait et en droit lorsque ce contrôle lui semble nécessaire pour exclure toute possibilité d'une violation de l'ordre public, ou qu'on suive la tendance américaine et française

d'exercer un contrôle minimal), *lorsque la compétence est en question, le contrôle au fond devrait être permis*<sup>1333</sup>.

Mais comme nous l'avons souligné dans la seconde partie de notre thèse, dans l'arrêt *Industrial Bulk*, le tribunal a accepté la conclusion de l'arbitre quant au fait que l'argent déboursé par Industrial Bulk était le prix d'une rançon et non celui de la corruption. Nous avons aussi indiqué qu'il est difficile d'établir si le tribunal a accepté la qualification donnée par l'arbitre aux faits de l'espèce parce qu'il n'a pas jugé nécessaire de la mettre en discussion ou parce qu'il considérerait de ne pas en avoir le pouvoir (articles 946.2 et 951.1 du Code de procédure civile).

Dans la seconde hypothèse nous aurions aussi une solution à notre problème.

En effet, si on pouvait établir que le défaut du tribunal d'examiner les faits était causé par sa conviction de ne pas avoir le pouvoir de le faire, on pourrait aussi conclure que le tribunal n'a pas posé la question de la possible existence de la violation *au niveau de la compétence* de l'arbitre, mais uniquement *au niveau de la conformité de sa décision à l'ordre public*.

Cela signifierait alors que la résolution d'une question litigieuse n'intéresse pas *automatiquement* l'ordre public parce que l'ordre public a été violé dans le contrat objet du litige ; ce qui mènerait à donner à l'article 2639 du Code civil du Québec la même interprétation que la jurisprudence française a donnée à l'article 2060 du Code civil français avec les arrêts *Ganz et Almira*.

Cette conclusion serait aussi compatible avec la formulation de l'arrêt *Industrial Bulk*, dans le passage où M. le juge Vaillierand soutient qu'il n'aurait pas hésité "*à appliquer la disposition concernant l'ordre public du Canada si en l'espèce les arbitres avaient statué qu'il s'agissait en effet d'un pot-de-vin et néanmoins condamné Transport de Cargaison à rembourser le tripoteur*".

---

1333

Voir, par exemple, en droit français interne, l'arrêt de Cour de Cassation, dans l'affaire des *Pyramides*, *précité*, note 740. Voir aussi *Société SICSA c. Etablissements Larroche*, Paris, 7 juillet 1989, Paris, 1ère ch. supp., 12 juillet 1984, *précité*, note 461.

Le tribunal vérifiera ainsi si les conclusions de l'arbitre étaient correctes. En cas de réponse affirmative, il ordonnera l'exécution de la sentence. Si, au contraire, il constate que les conclusions de l'arbitre n'étaient *pas* correctes, il *déclarera le litige inarbitrable*, et sur demande de la partie intéressée (et pourvu qu'il soit compétent pour connaître de l'action), il pourra aussi rendre une décision quant au fond.

Il nous semble évident que l'hypothèse envisagée par M. le Juge Vaillierand ne pourrait pas se vérifier dans une juridiction qui ne reconnaît pas la compétence de l'arbitre en présence d'une violation de l'ordre public. Dans une telle juridiction la contrariété à l'ordre public d'une sentence de condamnation au remboursement d'un pot-de-vin n'est pas due uniquement à son *contenu*. Elle est due *surtout* au *défaut de l'arbitre de se dessaisir*.

Notons pourtant que, même si notre interprétation de l'arrêt *Industrial Bulk* est exacte et même si on admet qu'en droit québécois l'arbitre est compétent pour appliquer les règles impératives et en sanctionner la violation, on peut légitimement se demander :

- si cette conclusion se justifie vraiment à la lumière de l'interdiction posée par le premier alinéa de l'article 2639 du Code civil de soumettre à l'arbitrage les questions qui intéressent l'ordre public ; (1)
- s'il ne serait pas opportun de rendre cette matière plus claire par une intervention législative (2).

Examinons ces questions séparément.

1 - Le premier alinéa de l'article 2369 du Code civil du Québec et l'intérêt de l'État à appliquer lui-même les sanctions civiles en cas de violation de l'ordre public.

Un argument très convaincant en faveur d'une interprétation plus restrictive de l'article 2639 du Code civil du Québec est le suivant : parce que cet article a été formulé par le législateur québécois avant les développements jurisprudentiels français qui ont caractérisé sa troisième phase, il est raisonnable de croire que sa volonté était effectivement celle d'exclure la compétence de l'arbitre en présence d'une violation des règles impératives.

Cela ne serait d'ailleurs pas illogique du point de vue de la protection de l'intérêt public : la communauté a un intérêt réel à ce que ses règles impératives soient respectées et à ce que leur violation éventuelle soit sanctionnée de façon appropriée. N'oublions pas que l'arbitre n'est pas le défenseur de la communauté qui a émis les règles. Sa mission et sa rémunération dépendent uniquement des parties. Son devoir est d'exécuter la mission qu'elles lui ont confiée ; et le respect des lois impératives

ne s'impose à lui que dans la mesure où leur violation peut compromettre l'efficacité de la sentence lors de son exécution<sup>1334</sup>.

D'un autre côté, les critiques que cette solution a soulevées en France sont bien fondées car une telle reconnaissance partielle des capacités des arbitres n'est vraiment pas logique.

Comme le soulignait M. Mayer<sup>1335</sup>, il est plutôt absurde que l'arbitre soit considéré capable d'appliquer les règles impératives lorsqu'elles n'ont pas été violées et qu'il ne le soit plus lorsqu'il s'agit de constater qu'elles ont été violées et de sanctionner la violation. De deux choses l'une : soit, il est capable de les interpréter, soit, il ne l'est pas!

Plus précisément soit, il est capable d'établir si la règle a été violée, soit, il ne l'est pas. Comme le notait M. Brierley, distinguer si la norme a été violée ou non "*constitue une lourde responsabilité pour les arbitres parce qu'elle suppose des connaissances juridiques approfondies*"<sup>1336</sup>.

Pourtant l'arbitre est considéré capable d'établir si la règle a été violée : en effet il ne suffit pas qu'on *soulève la violation* pour que la question intéresse l'ordre public ; il serait trop facile autrement pour la partie qui ne veut pas se soumettre à l'arbitrage de se soustraire à son obligation. Il faut aussi que l'arbitre la *constate* pour que le litige devienne inarbitrable.

Ce que l'on considère qu'il ne peut pas faire est uniquement de *sanctionner* la violation de l'ordre public. Cela se justifie-t-il du point de vue de son résultat? Pour revenir à l'affaire *Industrial Bulk*, par exemple, si les arbitres avaient constaté la violation et avaient déclaré la nullité du contrat, en quoi cette décision aurait été plus

---

<sup>1334</sup>

On reconnaît sans doute que l'arbitre aussi a un intérêt à faire respecter l'éthique dans le monde des affaires. Ainsi, Y. DERAÏNS, "L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence", *op. cit.*, note 830, p. 77 : "L'arbitre international est tenu vis-à-vis de la «*Societas Mercatorum*» de faire en sorte que l'arbitrage ne se transforme pas en un instrument de fraude aux intérêts légitimes des États. Sinon, c'est l'arbitrage international en tant que mode de règlement de litiges que sera combattu par les États au préjudice du développement des relations commerciales internationales". C'est pourtant aussi vrai que le respect de l'éthique dans le monde des affaires ne parvient pas nécessairement à garantir la protection des nécessités plus spécifiques que l'ordre public vise à protéger dans chaque ordre juridique.

<sup>1335</sup>

P. MAYER, "Le contrat illicite", *op. cit.*, note 1107. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 124.

<sup>1336</sup>

J.E.C. BRIERLEY, "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", *op. cit.*, note 164, p. 545.

dangereuse du point de vue des intérêts du Québec que celle finalement prononcée par les tribunaux?

Cette solution ne nous semble donc pas satisfaisante, ni du point de vue de la défense des intérêts de l'État, ni du point de vue des intérêts des parties. Ainsi, s'il faut que l'arbitre constate la violation avant de se déclarer incompétent, alors son dessaisissement implique une décision sur l'existence de la violation. De l'incompétence de l'arbitre à sanctionner la violation découle la compétence du tribunal étatique *quant au fond*. Mais alors, ou le tribunal étatique est d'accord avec la décision de l'arbitre et sanctionne lui-même la violation ou il n'est l'est pas. Or, si le tribunal étatique constate que l'ordre public n'a pas été violé, cela reviendrait-il à dire que l'arbitre était compétent ? Doit-on, à ce moment-là, si une partie le demande, renvoyer les parties à l'arbitrage ? Nous avons du mal à voir comment cette solution favoriserait une bonne administration de la justice.

Mais surtout il nous semble que cette solution ne se justifie pas à la lumière de l'article 2642 du Code civil du Québec qui prévoit que "*la constatation de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage*"<sup>1337</sup>.

<sup>1337</sup>

Comme le note M. Racine à propos du droit français (J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 126), "[e]n raison de l'autonomie de la clause compromissoire en matière internationale, l'absence de pouvoir de sanction de l'ordre public était proprement illogique". Dans ce sens, voir aussi, B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", *op. cit.*, note 767, p. 911 ; A. DORAIS, "L'arbitrage commercial - Développements législatifs", *op. cit.*, note 846, p. 278. P. LALIVE, "Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international", *op. cit.*, note 326, p. 329 ; A. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, "L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence", *op. cit.*, note 1139, p. 14 ; Bruno OPPETIT, "Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international", (1987) *Chunet* 5-21, p. 8-9. Voir aussi Y. DERAIS, "L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence", *op. cit.*, note 830, p. 72.

Le lien entre la compétence de l'arbitre à constater et à sanctionner la violation de l'ordre public et la reconnaissance du principe de l'autonomie découle aussi de l'examen de la jurisprudence française dans le domaine du droit interne de l'arbitrage.

En effet, en France, la compétence de l'arbitre à constater et à sanctionner la violation de l'ordre public en droit interne n'est pas certaine ; mais parallèlement, le principe de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage trouve une application assez limitée en droit interne. Voir, par exemple, la décision rendue en matière de droit interne, dans l'affaire *Société Pigadis c. sté Prodim*, Paris, 1ère ch. civ., 6 juillet 1995, *Rev. Arb.* 85, note 1114 : "La clause compromissoire ou le compromis peut être frappé de nullité lorsque celle-ci est la conséquence de la nullité du contrat principal ; en effet, la répercussion de la nullité du contrat principal sur celle de la convention d'arbitrage n'est pas paralysée par le principe de l'autonomie, seulement partiel, de la convention d'arbitrage, énoncé par l'article 1466 du Nouveau Code de procédure civile, qui permet aux arbitres de statuer sur la validité et l'étendue de leur investiture".

Cela s'explique par le fait qu'en droit français, le principe qui reconnaît l'individualité juridique de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal ne découle pas, comme en droit canadien

Soutenir que la constatation de la violation de l'ordre public dans le contrat principal rend l'arbitre incompétent revient à dire que la constatation de la violation de l'ordre public dans le contrat principal rend nulle la convention d'arbitrage (à cause de la contrariété de son objet à l'ordre public) : on dit alors exactement le contraire du principe posé par l'article 2642 du Code civil !

Pour accepter une interprétation restrictive de l'article 2639 (d'après laquelle une question intéresse l'ordre public chaque fois que l'ordre public a été violé), l'article 2642 du Code civil du Québec devrait alors être entendu comme établissant que "la constatation de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage, *à moins que cette nullité ne découle d'une violation d'une règle impérative*". Ce qui est contradictoire.

Une façon plus harmonieuse de lire ces deux articles consisterait à distinguer parmi *les différentes causes possibles* de nullité : la question de savoir si la résolution d'un litige intéresse l'ordre public devra alors être résolue cas par cas. En effet l'article 2642 du Code civil du Québec ne dit pas que la constatation de la nullité dans le contrat principal n'entraîne *jamais* celle de la convention. Mais uniquement que ne l'entraîne pas *de plein droit*.

On pourrait alors distinguer, par exemple la nullité du contrat principal qui découle d'un vice du consentement, qui pourrait être prononcée par l'arbitre<sup>1338</sup>, d'autres types de violations de l'ordre public. Il faudra en pratique choisir un critère qui permette de distinguer les violations qui peuvent être sanctionnées par l'arbitre de celles qui ne le peuvent pas.

Mais la question à laquelle on revient toujours est celle de savoir si par cette solution, on parvient à interpréter correctement la volonté du législateur québécois et comment, le cas échéant, on pourrait intervenir au niveau législatif pour la rendre plus claire.

2 - Modifications possibles pour clarifier la volonté du législateur québécois quant à l'effet de la violation de l'ordre public dans le contrat principal sur l'arbitrabilité.

---

(article 16 de la loi-type) et québécois (article 2642 du Code civil du Québec), d'un texte législatif, mais de la *jurisprudence telle qu'elle s'est développée en matière de droit de l'arbitrage international*, d'après l'arrêt *Gosset* (*Gosset c. Société Carapelli*, précité, note 110).

1338

Voir *supra*, p. 385 et *infra*, p.476..

Examinons les solutions possibles dans l'hypothèse dans laquelle le législateur considère l'arbitre *incompétent* pour sanctionner la nullité du contrat principal (a) et dans celle dans laquelle il retient au contraire, qu'il est *compétent* pour le faire, dans certains cas.(b).

a - La volonté du législateur est d'exclure la compétence de l'arbitre pour sanctionner la nullité du contrat principal.

Si l'on admet, qu'au moment de la réforme, la volonté du législateur était de nier la compétence de l'arbitre pour sanctionner la violation de l'ordre public dans le contrat principal, et si on considère que les intérêts fondamentaux du Québec sont ainsi mieux protégés, l'article 2639 du Code civil du Québec n'a évidemment pas besoin d'être modifié. Comme nous l'avons souligné, rien dans *le texte* ne s'oppose à ce que le tribunal québécois lui donne une interprétation restrictive.

La question qui se pose dans ce cas est plutôt celle de savoir comment interpréter l'article 2642 du Code civil (concernant la séparabilité de la convention d'arbitrage). Une modification serait alors peut être nécessaire dans la formulation de *ce dernier article*. Mais le principe de la séparabilité posé par cette règle est un principe reconnu et appliqué au niveau international ; toute modification en ce sens constituerait donc un pas en arrière, contraire à l'esprit de la réforme. Une telle modification ne nous semble donc, ni possible, ni souhaitable.

b - La volonté du législateur est de reconnaître la compétence de l'arbitre à sanctionner la nullité du contrat principal suivant un examen question par question.

La formulation du premier alinéa de l'article 2639 du Code civil se prête beaucoup mieux à une interprétation restrictive qu'à une interprétation libérale. Il est en effet assez difficile de soutenir qu'une question concernant une violation de l'ordre public n'intéresse pas l'ordre public. Cette formulation est un obstacle assez sérieux, même à une reconnaissance partielle de la compétence arbitrale en présence d'une violation de l'ordre public.

Nous avons pourtant noté que la formulation de cet alinéa est aussi en contradiction avec le second alinéa du même article. Pour cette raison, nous avons proposé de remplacer l'expression "*question concernant l'ordre public*" par celle de "*question dont la résolution concerne l'ordre public*".

Mais cette modification suffira-t-elle pour interpréter cet article d'une façon moins restrictive, du point de vue de la compétence arbitrale face à une violation de l'ordre public ?

Comme nous l'avons souligné auparavant, le but de ce changement (qui déplace l'accent de l'ordre public législatif à l'ordre public juridictionnel) serait de modifier la perspective du tribunal lorsqu'il doit établir la compétence de l'arbitre. Ainsi le problème qu'on se pose n'est plus de savoir si l'État a un intérêt par rapport à la question litigieuse tel, qu'il justifie qu'elle soit régie par de règles impératives.

La question qu'il faut se poser est celle de savoir si l'État a un *intérêt à retenir la compétence* sur ce litige déterminé.

Ainsi, on pourra bien admettre qu'une *question concernant une violation de l'ordre public* se qualifie de *question concernant l'ordre public*, sans pour autant que sa *résolution* revête un intérêt fondamental pour l'État (parce que, par exemple, *la violation touche exclusivement à l'intérêt des parties* en cause sans préjuger des droits des tiers)<sup>1339</sup>. Il nous semble que cette solution s'accorde mieux aussi avec l'article 2642 du Code civil du Québec.

Il reste que la prémisse fondamentale sur laquelle se fonde cette solution est qu'on fasse confiance aux arbitres. Comme le souligne M. le Juge Rothman, dans l'arrêt *Condominium Mt Saint Sauveur*<sup>1340</sup>, l'évolution de la notion d'ordre public

<sup>1339</sup>

L'arbitre devrait alors être compétent (à moins évidemment, que sa compétence ne soit exclue par des règles agissant spécifiquement au niveau de la compétence juridictionnelle telle que, par exemple, celle édictée par l'article 3149 du Code civil du Québec) pour constater la violation d'une obligation découlant de la *Loi sur la Protection du Consommateur* (L.R.Q., c. P-40.1) et pour appliquer l'article 272 de la même loi qui prévoit : "Si le commerçant ou le manufacturier manque à une obligation que lui impose la présente loi ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application est étendue par un décret en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander selon le cas :

- a) l'exécution de l'obligation ;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du manufacturier ;
- c) la réduction de son obligation ;
- d) la résolution du contrat ; ou
- e) la nullité du contrat".

Notons que, même la transaction n'est pas nécessairement interdite à cause d'une violation de l'ordre public. Non seulement il est reconnu qu'on puisse transiger (après la naissance du différend) si la norme impérative violée est d'ordre public de protection. Mais, même lorsque la violation emporte une nullité absolue, la transaction est permise *dans la mesure où elle ne vise qu'à établir cette nullité*. L. BOYER, "Transaction", *op. cit.*, note 1018, p. 15. E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, *Transaction et pratiques transactionnelles*, *op. cit.*, note 1034, p. 45 ; A. PRUJINER, "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", *op. cit.*, note 147, p. 267.

<sup>1340</sup>

*Condominiums Mont St.-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, précité, note 201, p. 2789.

lors de son application aux conventions arbitrales a été significative. Même si la volonté du législateur de 1986 *était* dans le sens de limiter la compétence de l'arbitre en présence d'une violation de l'ordre public, pourquoi n'accepterait-on pas que l'application de cette notion évolue et suive les tendances internationales ? L'avantage de poser l'ordre public comme seule limite à l'arbitrage commercial résulte aussi de sa souplesse qui permet au tribunal d'évaluer la situation dans chaque cas et d'évoluer avec le temps.

Mais que faire dans l'hypothèse (qui nous semble peu probable, étant donné notre interprétation de l'arrêt *Industrial Bulk*) dans laquelle, même si on adopte cette modification législative, la jurisprudence donne une interprétation restrictive de l'article 2639 du Code civil du Québec ?

L'idée d'ajouter une précision à l'article 2639 du Code civil du Québec visant à spécifier que "*la violation des règles impératives applicables pour trancher le litige, lorsqu'elle a été soulevée par les parties ne s'oppose pas à la validité de la convention d'arbitrage*" doit être écartée. Cette formule assez lourde n'ajouterait pas grande chose à l'article 2642 du Code civil du Québec qui prévoit déjà que la convention d'arbitrage peut demeurer valable malgré la constatation par l'arbitre de la nullité du contrat principal.

Il faut plutôt reconnaître spécifiquement que *l'arbitre a le pouvoir d'appliquer les sanctions civiles nécessaires* lorsqu'il constate cette nullité, parce que c'est ce défaut de pouvoir qui rend la question inarbitrable et, conséquemment qui rend nulle la convention d'arbitrage. Mais alors, si le problème touche aux pouvoirs des arbitres, elle ne rentre pas dans le domaine du Code civil ; les pouvoirs et les devoirs des arbitres sont en effet régis par le Code de procédure civile.

L'article 944.10 du Code de procédure civile établit la loi applicable au fond par l'arbitre. Il prévoit :

*"Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages intérêts. Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu. Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables".*

Par conséquent, s'il faut spécifier l'étendue de la compétence arbitrale face à une violation des règles impératives applicables, il nous semble que cet article serait le

moyen le plus approprié. On pourrait ainsi y ajouter un autre alinéa. L'article 944.10 du Code de procédure civile se lira alors ainsi :

*"Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées, s'il y a lieu, déterminent les dommages intérêts. Lorsqu'ils constatent que les règles impératives applicables ont été violées, et que cette violation a été soulevée par les parties ou par l'une d'entre elles, les arbitres sanctionnent, s'il y a lieu, cette violation par les sanctions civiles qu'ils estiment appropriées. Il ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu. Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables".*

Seuls les développements jurisprudentiels à venir nous révéleront si une telle précision est ou non nécessaire.

Précisons, pour conclure, que tout ce qui précède se base sur la prémisse que la violation de l'ordre public *a été soulevée* devant l'arbitre. De même qu'en droit comparé, la violation non soulevée par les parties crée en effet d'autres problèmes, d'ailleurs, tout aussi spécifiques.

B - L'illicéité du contrat au fond non soulevée par les parties.

Même si l'on interprète l'article 2639 du Code civil en reconnaissant la compétence de l'arbitre à constater et à sanctionner la violation de l'ordre public dans le contrat principal, une telle violation sera encore cause d'inarbitrabilité si la *question* posée à l'arbitre ne vise pas à la constatation de l'illicéité mais à l'exécution du contrat<sup>1341</sup>.

Comme le souligne Mme Thuilleaux, lorsque l'illicéité n'est pas soulevée par les parties, l'arbitre ne peut se prononcer d'office sur la licéité parce qu'il risque de statuer *ultra petita*. Il ne peut d'ailleurs pas plus prononcer l'exécution sans devenir lui-même partie à l'illicéité. *"La solution de prudence veut donc que l'arbitre se déclare incompétent"*<sup>1342</sup>.

1341

Voir *supra*, p. 387.

1342

S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec*, *op. cit.*, note 113, p. 45.

L'incompétence de l'arbitre découle alors, autant de la *constatation* de sa part de l'illicéité à laquelle les parties lui demandent de participer, que de son *défait de pouvoir* de la soulever *ex officio*<sup>1343</sup>.

Ne pourrait-on pas alors admettre que l'arbitre ne serait plus obligé de se dessaisir lorsque la loi au fond lui reconnaît le pouvoir de soulever l'exception de nullité ? Dans ce cas, il pourrait constater la violation et la sanctionner par des sanctions civiles.

Notons que dans les législations canadiennes, les normes concernant les règles applicables au fond du différend par l'arbitre, bien qu'elles se basent sur la loi-type<sup>1344</sup>, s'en distinguent néanmoins de façon assez importante.

<sup>1343</sup>

Y. DERAÏNS, "L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence", *op. cit.*, note 830, p. 72 : "C'est pourquoi l'arbitre, privé du pouvoir de tirer les conséquences des solutions du droit [de la concurrence] sur la validité du contrat, a néanmoins nécessairement le devoir de prendre celles-ci en considération et de se déclarer incompétent".

<sup>1344</sup>

L'article 28 de la loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. prévoit :

"1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

2. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit qu'il juge applicable en l'espèce.

3 Le tribunal arbitral statue *ex æquo e bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction".

Voir aussi l'article 42.1 de la Convention de Washington de 1965.

Il est intéressant de noter que l'expression utilisée par l'article 28 de la loi-type, "*règles de droit*", a fait l'objet de discussions lors des travaux préparatoires. Initialement, en raison de l'incertitude quant à sa signification précise, on avait suggéré de la remplacer par celle, plus traditionnelle, de "loi". Le texte final souligne le choix des rédacteurs de permettre le recours à la technique du *dépeçage*, ce qui donnerait aux parties la possibilité de soumettre leur rapport à plusieurs systèmes de droit ou encore d'exclure l'application de certaines règles faisant partie du système choisi. La technique du *dépeçage* permet de parvenir à des solutions plus adaptées aux cas concrets. Voir H.M. HOLTZMANN & J. E. NEUHAUS, *A Guide to The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 86, p. 768, où les auteurs citent Doc. A/40/17, par. 232 et où ils ajoutent : "For exemple, it was said that there have been occasions when parties to international contracts have chosen Swiss law except for the rules governing judicially ordered set-offs, which are viewed by some as providing too much authority to the court". À propos de l'acceptation de cette technique par les arbitres, voir la sentence intérimaire C.C.I. rendue en 1984 dans l'affaire 4695 ; *J. des Trib.* 1984.230 ; (1984) *I J.Int'l Arb.* 184 ; (1986) *XI Yearbook* 149, p. 151 : "There is no doubt [...] that in international commercial agreements of this nature the parties are entitled [...] to choose the law applicable both to the substance and to procedure of an eventual arbitration [...]. But such a choice of substantive law may be put aside by the parties, in certain respects, by a different choice of law, if they elect to do so by means of a specific stipulation in the contract". Voir aussi, E. GROFFIER, *Précis*, *op. cit.*, note 208, p. 38 et s. Toujours à propos de l'article 28 de la loi-type voir, Y. DERAÏNS, "Possible Conflict of Law Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute", *op. cit.*, note 406, p. 192 ;

Ainsi, les législations canadiennes de common law aussi bien que l'article 944.10 du Code de procédure civile du Québec établissent qu'à défaut d'une indication des parties sur la loi applicable au fond<sup>1345</sup>, "*les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées*"<sup>1346</sup>.

Ces règles soulignent l'importance du choix de l'arbitre en matière de loi applicable<sup>1347</sup>. Évidemment, l'arbitre ne pourra pas ignorer les règles choisies par les parties. Si ces dernières ont expressément exclu le pouvoir de l'arbitre de soulever d'office la nullité du contrat principal, ce pouvoir ne lui sera évidemment pas reconnu. Mais parce que l'on admet le pouvoir de l'arbitre, en l'absence de choix par les parties, d'appliquer des règles qu'il a choisies lui-même (à condition, bien entendu, que leur application ne soit pas contraire aux stipulations du contrat), il nous semble que son pouvoir de soulever *ex officio* l'exception de nullité pourra aussi être admis.

Aucune jurisprudence n'existant sur le sujet, il est cependant impossible de tirer quelque conclusion que ce soit. De plus, étant donné que, d'un point de vue pratique, la possibilité pour l'arbitre de constater une illicéité non soulevée (donc sans la collaboration d'au moins l'une des parties) est très limitée, il ne faut pas vraiment s'attendre à des solutions jurisprudentielles.

C - La nullité *ab initio* du contrat principal et ses effets sur la compétence de l'arbitre.

Suivant le principe de l'autonomie juridique (ou séparabilité) de la convention d'arbitrage, les tribunaux étatiques ne peuvent pas, en principe, retenir la compétence à moins que la convention d'arbitrage soit elle-même nulle.

---

Pierre LALIVE, "Summary of Chairman", dans P. SANDERS, *UNCITRAL'S Project for a Model law on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, note 720, 197-199, p. 197.

<sup>1345</sup> Voir par exemple, l'article 28(1) de l'*International Commercial Arbitration Act* de Colombie-Britannique.

<sup>1346</sup> Article 28(3) de l'*International Commercial Arbitration Act* de Colombie-Britannique ; Voir aussi l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile français, relatif à l'arbitrage international, qui prévoit : "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas des usages du commerce".

<sup>1347</sup> Voir L. DA GAMA E SOUZA JR., "Arbitrage commercial international. Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage", *op. cit.*, note 169, p. 474.

Cela signifie, comme nous l'avons déjà indiqué dans le premier titre, que l'arbitre ne sera incompétent que lorsque le vice qui rend nul le contrat principal affecte *aussi* la convention d'arbitrage. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le contrat principal est nul *ab initio* pour absence du consentement.

Ainsi, on comprend bien que *l'absence de consentement* rend nuls, autant le contrat principal, que la convention d'arbitrage qui s'y rattache : *la convention arbitrale ne peut être un contrat autonome que dans la mesure où elle existe.*

Comme l'a souligné M. le juge Paré, dans l'affaire *Club de hockey Les Nordiques (1979) Inc. c. Lukac*<sup>1348</sup>, tranché suivant la législation antérieure à la réforme,

*"Même si on voulait considérer la clause compromissoire comme une clause indépendante du contrat, encore faudrait-il que l'intimé y ait acquiescé. Autrement, il n'y a pas de clause compromissoire"*<sup>1349</sup>.

Mais, s'il est clair que le défaut de consentement rend l'arbitre incompétent, il est aussi clair qu'il ne s'agit pas d'un cas d'inarbitrabilité ; ce n'est pas *l'objet de la convention* qui est contraire à l'ordre public. La nullité de la convention n'est pas une *conséquence* de la nullité du contrat au fond. Les deux sont nuls pour le même motif. On pourrait en effet parler d'inarbitrabilité uniquement si le tribunal étatique était incompétent pour décider de la nullité *ab initio* du contrat principal *même en présence d'une convention d'arbitrage valablement formée.*

Mais après la réforme du droit de l'arbitrage au Canada, il n'y a aucun doute que, *si le consentement pour la conclusion de la convention d'arbitrage* a été valablement donné, l'appréciation éventuelle des vices qui ont affecté la conclusion du contrat principal rentre, en principe, dans la compétence de l'arbitre.

En effet, la tendance jurisprudentielle distingue, de même qu'en droit comparé, *l'absence de consentement des vices du consentement*, et plus généralement *des vices*

---

1348

*Club de hockey Les Nordiques (1979) Inc. c. Lukac* [1987] R.D.J. 360 (C.A.) ; [1987] A.Q. No. 261.

1349

*Ibid.*, par. 14. Voir sur cet arrêt, L. MARQUIS, "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", *op. cit.*, note 677, p. 127 ; P. VEZINA, "La clause compromissoire et l'exécution de la sentence", *op. cit.*, note 383, p. 34 et s. ; S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec*, *op. cit.*, note 113, p. 29.

qui affectent la formation du contrat litigieux. La nullité *ab initio* du contrat principal n'est donc plus un critère automatique pour nier la compétence de l'arbitre.

Cette conclusion a été confirmée par la jurisprudence.

Dans l'arrêt *Lincora*<sup>1350</sup>, rendu en 1990, la question était relative à une action en nullité de la convention d'arbitrage et à une requête visant à obtenir l'ordre de surseoir aux procédures arbitrales déjà entamées.

Par une convention d'agence, le demandeur, Lemieux, avait confié à la défenderesse, H. D'Amours et associés Inc., le mandat de "vendre les actifs et/ou les actions de Lincora Metal Inc. et Compagnies affiliées", autre demanderesse. Le contrat contenait une convention d'arbitrage.

Un différend surgit à propos de la prétention de D'Amour, selon laquelle il aurait reçu une offre ferme d'achat, et à propos de sa requête pour une commission de 150.000 \$. Pour résoudre le différend, les parties procédèrent donc à la nomination des arbitres.

Le problème survint au début de la procédure arbitrale, lorsque Lemieux découvrit ou prétendit découvrir que la défenderesse n'était titulaire, ni du permis de courtier en immeubles, ni de celui de courtier en valeur mobilières.

Selon les demandeurs, la prétendue violation de l'ordre public de la part de la défenderesse aurait été cause de la nullité *ab initio* du contrat, ce qui aurait rendu nul aussi la convention d'arbitrage. La Cour Supérieure, en soulignant l'impossibilité de suivre la jurisprudence antérieure à la réforme, appliqua le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage et renvoya les parties devant l'arbitre.

De même, plus récemment, dans l'affaire *Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor) c. Ouellette*<sup>1351</sup>, la Cour d'appel de Québec a accueilli l'appel à l'encontre d'une décision de la Cour Supérieure qui avait refusé de renvoyer les parties à l'arbitrage en raison de la nullité *ab initio* du contrat principal.

<sup>1350</sup>

*Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours*, [1990] R.J.Q. 402 (C.S.). Pour une critique concernant la formulation de cette décision, voir Louis MARQUIS, "La compétence arbitrale : une place à l'ombre ou au soleil du pouvoir judiciaire", (1990) 21 *R.D.U.S.* 303-327.

<sup>1351</sup>

*Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec c. Ouellette*, précité, note 1161.

Enfin, dans l'arrêt *World LLC c. Parentau & Parentau Int'l Inc.*<sup>1352</sup>, la Cour Supérieure de Québec a reconnu la validité d'une clause compromissoire et a spécifiquement posé à l'arbitre la question de savoir si le contrat principal était nul à cause du vice de consentement allégué par la partie s'opposant à l'arbitrage.

La jurisprudence de *common law* en est venue à la même conclusion.

Comme l'explique la Cour Suprême de Colombie-Britannique, dans la décision *Globe Union Industrial Corp. v. G.A.P. Marketing Corp.*<sup>1353</sup>,

*"[Section ] 16(1) of the Act, [...] provides that an arbitration clause is to be treated as an agreement independent of the her terms of the contract and it does not necessarily follow from a finding that the contract is null and void that the arbitration clause is invalid. [...]. The defendant has proven the existence of the purported arbitration agreement and the burden, therefore, shifts to the plaintiff to show that the proposed agreement is in fact null and void, inoperative or incapable of being performed"*<sup>1354</sup>.

Cela signifie, entre autres, que les moyens frauduleux qui ont vicié la formation du contrat principal ne font pas obstacle à l'arbitrage si la partie qui s'y s'oppose ne parvient pas à prouver que la convention d'arbitrage est, elle-même, nulle<sup>1355</sup>.

---

<sup>1352</sup>

*World LLC c. Parentau & Parentau Int'l Inc.*, C.S.Q. N° 500-17-002447-970, 9 mars 1998, [1998] A.Q. No. 736 ; J.E. 98-897 : "En l'espèce, la clause convenue entre les parties est parfaite de telle sorte que l'arbitre possède la compétence pour juger de la nullité du contrat confié à la requérante pour un vice de consentement et de son inexécution ainsi que pour déterminer les dommages-intérêts exigibles".

<sup>1353</sup>

*Globe Union Industrial Corp. v. G.A.P. Marketing Corp.*, B.C.S.C., November 18, 1994, Vancouver Registry N° C943260, [1994] B.C.J. No. 2636.

<sup>1354</sup>

*Idem.* (Nos emphases).

<sup>1355</sup>

*ABN Ambro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH*, Ontario Court of Justice (General Division), May 7, 1996, Court File No. 92-CQ-29496A, Div. Ct. File No. 452/95, [1996] O.J. No. 1574. Voir aussi, *429545 B.C. Ltd. v. Herlihy* B.C.S.C. July 28, 1998, Victoria Registry N° C960704, [1998] B.C.J. No. 1801.

### **Conclusion du second chapitre.**

L'arbitrabilité des différends surgissant de rapports de droit commercial international n'est limitée, lorsque le droit des juridictions canadiennes est applicable, que par l'intervention de l'ordre public. De même qu'en droit comparé, cette intervention est assez restreinte.

Au Canada, le premier pas et le plus important pour élargir le domaine de l'arbitrage a été la reconnaissance de la compétence arbitrale dans l'application de règles impératives.

Cette conclusion découle assez clairement de la jurisprudence des juridictions canadiennes de *common law*.

Le même principe est posé au Québec par le second alinéa de l'article 2639 du Code civil. Ainsi, bien que le premier alinéa du même article, interdisant l'arbitrage sur les questions concernant l'ordre public, semble limiter la compétence de l'arbitre chaque fois qu'une question est soumise à une réglementation impérative, ce second alinéa a permis à la jurisprudence québécoise de distinguer l'ordre public juridictionnel de l'ordre public législatif. Il serait pourtant souhaitable, selon nous, de souligner cette différence *aussi* dans le texte du Code civil du Québec, en modifiant le premier alinéa de son article 2639, qui s'accorderait alors mieux avec le reste de l'article. Cet article pourrait se lire ainsi :

*"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 dont la résolution intéresse 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".*

Mais, soutenir que l'arbitre est compétent pour régler des litiges soumis à une réglementation impérative, ne signifie pas qu'il puisse interpréter n'importe quelle norme ou trancher n'importe quel différend. Pour établir quelles sont les questions dont la résolution intéresse l'ordre public, les critères utiles sont les mêmes que ceux que nous avons examinés dans le premier titre.

Premièrement, les interdictions expresses et les réserves de compétence impérative et exclusive.

1 - Les interdictions expresses. Comme en droit comparé, elles ne sont pas nombreuses. Donnons un seul exemple : celui de l'article 2639 du Code civil du Québec concernant les matières familiales.

2 - Les réserves de compétence. Les réserves de compétence impérative et exclusive limitent, en principe, l'arbitrabilité dans la mesure où la *question soumise à l'arbitre* est réservée à la compétence du tribunal étatique.

Dans le domaine des réserves de compétence impérative et exclusive *suivant leur nature*, nous avons noté que (comme en droit français et américain) l'arbitre ne sera pas compétent pour qualifier une créance lors d'une procédure de faillite. Il pourra par contre rendre une décision ayant force *inter partes* relativement à la validité d'un brevet, en raison du fait que la compétence de la Cour fédérale est exclusive *uniquement* par rapport aux décisions ayant valeur *erga omnes*.

Dans le domaine des réserves de compétence qui concernent des situations litigieuses naissant d'un acte privé, certaines sont posées comme impératives et exclusives par les législateur. Ainsi, en application de l'article 3151 du Code civil du Québec, le tribunal québécois retiendra sa compétence (et l'arbitre se déclarera incompétent) sur la détermination de la responsabilité civile encourue pour le préjudice résultant de l'exposition ou de l'utilisation d'une matière première provenant du Québec.

L'organe auquel est attribuée la compétence impérative et exclusive peut aussi bien être un organe administratif. Ainsi, l'arbitre ne pourra pas déterminer le prix dans un contrat de vente de carburant qui entre dans le domaine d'application du *Natural Gas Marketing Act* d'Alberta, sinon dans les limites prévues par cette loi.

Parfois, il revient à l'arbitre de décider si la connexité entre le litige qui lui a été soumis et une autre question qui est réservée à un organe public, l'empêche d'exercer sa mission. Ainsi, lors de l'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, prévue par la Loi *sur la concurrence*, il devra déterminer l'impact de l'ouverture de l'enquête, autant sur sa décision, que sur la possibilité de rendre une sentence susceptible d'exécution.

Il est possible aussi que la compétence arbitrale soit limitée par une réserve de compétence simplement impérative. Ainsi, toujours en droit québécois, l'arbitre se déclarera incompétent si le travailleur ou le consommateur se prévaut de la faculté

qui lui est accordée par l'article 3149 du Code civil du Québec, de ne pas renoncer à la juridiction de l'autorité du Québec.

Un arrêt rendu en application de cet article semble n'imposer le devoir de se dessaisir *qu'*à l'arbitre siégeant hors du Québec. Nous avons critiqué cette conclusion (qui assimile l'arbitre siégeant au Québec à une *autorité québécoise*) parce qu'elle ne considère l'accessibilité de la justice que d'un point de vue strictement géographique. Or, il nous semble, au contraire, que la protection du travailleur et du consommateur devrait se baser sur des critères plus larges, qui tiennent compte d'autres causes d'inaccessibilité, comme, par exemple, la différence de qualification des cocontractants et l'éventuel abus de la clause elle-même ; d'autant plus que le critère de la libre disposition du droit est utilisé de façon restrictive.

### 3- La libre disposition du droit litigieux.

En droit canadien, comme en droit comparé, ce critère semble avoir perdu beaucoup de son utilité. On pourrait le retenir dans la mesure où on limite la définition de la notion d'indisponibilité à celle qui découle de la *nature du droit*. En effet, une fois que la loi et la jurisprudence admettent que l'arbitre est compétent pour appliquer les règles impératives, il devient difficile de nier l'arbitrabilité des litiges concernant des droits dont la disposition est limitée par ces règles. Le recours au critère de *la patrimonialité* du droit devient alors plus pertinent.

### 4 - La violation de l'ordre public dans le contrat principal.

Suivant la reconnaissance du principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage, la violation de l'ordre public dans le contrat principal ne devrait empêcher l'arbitrage que dans des circonstances exceptionnelles (notamment suivant la constatation de l'absence de consentement et suivant la constatation d'une illicéité non soulevée par les parties).

Il existe pourtant un problème quant à l'interprétation de l'article 2639 du Code civil du Québec, qui reprend en grande partie l'article 2060 du code civil français.

Au moment de la réforme de la loi sur l'arbitrage au Québec, la jurisprudence française interprétait l'article 2060 du Code civil français comme rendant l'arbitre incompétent pour sanctionner la violation de l'ordre public dans le contrat au fond.

Cela explique pourquoi la doctrine québécoise semble considérer que l'article 2369 du Code civil du Québec devrait être interprété de la même façon.

Cette interprétation donnerait à l'arbitrabilité une étendue plus réduite que celle donnée à cette notion dans les autres juridictions canadiennes (où le problème de l'interprétation de la limite découlant de l'ordre public ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en droit civil), aussi bien qu'en droit français de l'arbitrage international, où la compétence de l'arbitre à constater et à sanctionner la violation de l'ordre public dans le contrat principal est désormais hors de doute.

Il faut aussi admettre qu'il est assez difficile de soutenir qu'une question n'intéresse pas l'ordre public en présence de la violation d'une règle impérative. La modification suggérée au premier alinéa de l'article 2639 du Code civil du Québec permettrait, selon nous, de donner une interprétation plus libérale à cet article ; interprétation qui nous semble la seule possible si l'on veut respecter le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage, posé expressément par l'article 2642 du Code civil du Québec

Une autre façon de garantir le respect de ce principe serait d'ajouter un seconde alinéa à l'article 944.10 du Code de procédure civile, concernant les pouvoirs des arbitres. Cet alinéa spécifierait : *"Lorsqu'ils constatent que les règles impératives applicables ont été violées, et que cette violation a été soulevée par les parties ou par l'une d'entre elles, les arbitres sanctionnent, s'y a lieu, cette violation par les sanctions civiles qu'ils estiment appropriées"*.

### Conclusion de la troisième partie.

Sont multiples les difficultés que l'on rencontre lorsque l'on veut définir ce qu'est l'*arbitrabilité* et déterminer comment cette notion se place par rapport à l'ordre public.

Pour comprendre le sens de cette notion et sa possible application pratique, nous avons examiné les textes législatifs internationaux et la question de savoir quelle est la loi qui régit l'*arbitrabilité*. La réponse à cette question est fondamentale pour établir, dans chaque cas, quelles sont les limites effectivement appliquées par un tribunal déterminé.

Nous avons ainsi indiqué que l'article II de la Convention de New York, en posant l'*arbitrabilité* comme une notion distincte des autres conditions de validité de la convention arbitrale *dans la phase préliminaire* à l'arbitrage, s'inscrit dans la tendance à voir l'*arbitrabilité* comme une question de procédure, régie donc par la loi du tribunal. De plus, l'article V (2), en posant l'*arbitrabilité* comme une notion distincte de l'ordre public, met en évidence la volonté des rédacteurs de laisser les États libres d'établir eux-mêmes le rapport entre ces deux notions. Les États signataires peuvent donc limiter l'*arbitrabilité* par des règles qui ne font pas nécessairement partie de l'ordre public.

L'examen du droit comparé nous a permis d'apprécier comment cette liberté a été utilisée en pratique.

Ainsi, l'examen de la pratique française et américaine révèle que, malgré des points de départ différents, en réalité la tendance jurisprudentielle est telle que, dans ces deux pays, l'*arbitrabilité* peut être définie (peu importe que l'on se place dans la phase préliminaire ou dans la phase finale de contrôle sur l'arbitrage) comme la *conformité de l'objet de la convention d'arbitrage aux principes fondamentaux du for*.

En partant de l'idée que la Convention de New York permet de faire régir l'*arbitrabilité* par la loi du *for*, autant lors du contrôle sur la convention, d'après l'article II, que lors du contrôle sur la sentence, en application de l'article V (2)(a), les tribunaux américains excluent, *a priori*, l'intervention de toute autre loi étatique. Mais l'applicabilité de la loi américaine ne se traduit pas dans une intervention de ses règles impératives de droit interne : au contraire, les tribunaux américains

refuseront de limiter l'arbitrage "*on the basis of parochial views*" et ils tiendront compte plutôt de la pratique suivie par les autres États signataires. Seule la nécessité de défendre des intérêts fondamentaux du *for* (qui devraient être examinés en tenant compte de la pratique internationale), constituera un obstacle à l'arbitrage.

En France, l'arbitrabilité n'est plus posée comme notion distincte par les textes législatifs. Elle entre parmi les conditions de validité de la convention arbitrale lors du contrôle préliminaire à l'arbitrage et elle fait partie de la notion d'ordre public lors du contrôle sur la sentence. Mais la convention d'arbitrage n'est pas soumise en France (comme elle l'était auparavant) à la loi de l'autonomie : sa validité est établie suivant une règle matérielle à but international, excluant l'intervention de toute autre loi étatique. Seules les règles impératives du droit français et l'ordre public international pourront limiter la compétence de l'arbitre. De même qu'en droit américain, l'ordre public au sens international du *for* est alors *le seul obstacle* à la compétence de l'arbitre.

Parce qu'aucune autre loi n'intervient, que ce soit dans la phase préliminaire ou que ce soit dans la phase finale du contrôle, à part la loi du tribunal, le résultat de chaque cas dépend du *for* saisi. Le choix par les parties de la loi applicable à leur convention perd de l'importance, la prévisibilité du résultat est moindre,... et la pratique du *forum shopping* se voit encouragée.

L'examen des textes législatifs canadiens, basés sur la loi-type, révèle une réalité différente.

L'arbitrabilité a disparu comme notion distincte dans la phase préliminaire du contrôle sur l'arbitrage ; elle entre parmi les conditions de validité de la convention et est examinée à la lumière de la loi choisie par les parties pour régir cette dernière. Cette loi pourrait être écartée si son application a pour résultat de violer l'ordre public du tribunal. Un exemple est celui du refus d'appliquer les règles limitant la capacité de la personne morale de compromettre lorsqu'elles permettraient à un État de se soustraire à ses obligations en violation du principe d'ordre public international *pacta sunt servanda*.

Lorsque la loi étrangère applicable à la convention d'arbitrage ne conduit pas à une solution inacceptable, l'autonomie des parties à une convention d'arbitrage est sujette à une double série de limites : celles découlant de l'ordre public au sens international du *for* et celles posées par la loi de l'autonomie.

Au moment du contrôle sur la sentence, elle sera établie par la loi du *for* : si cette loi limite l'arbitrabilité par des règles impératives qui ne font pas partie de l'ordre public, ces règles (qui n'interviennent pas dans la phase préliminaire à moins que la loi du *for* ne soit celle applicable à la convention d'arbitrage), pourront faire obstacle à la reconnaissance de la sentence.

Cette distinction entre arbitrabilité et ordre public lors du contrôle sur la sentence se justifie mal<sup>1356</sup>. Elle crée de la confusion quant à l'*essence* de la notion (est-elle une application de l'ordre public ou une notion distincte et plus étendue?). Elle pose aussi le problème de voir cette question régie par deux lois différentes, dans les deux phases du contrôle sur la convention et sur la sentence : *la loi choisie par les parties*, pour régir leur convention arbitrale dans la phase préliminaire à l'arbitrage et la *loi du tribunal* dans la phase du contrôle sur la sentence.

Évidemment, si on tient compte du fait que la rédaction de la loi-type (1985) est antérieure à la plupart des développements qui ont caractérisé les tendances relevées en matière d'arbitrabilité, dans la jurisprudence française et américaine<sup>1357</sup>, il n'est pas trop surprenant de constater que cette loi, dans laquelle se concrétisent beaucoup de "*principes et de points importants de la pratique de l'arbitrage international*"<sup>1358</sup>, accuse en réalité une certaine ambiguïté envers la notion d'arbitrabilité.

---

<sup>1356</sup>

Parce que, si on considère l'arbitrage du point de vue juridictionnel, on devrait logiquement appliquer la loi du *for* dans les deux phases du contrôle. Ce qui est d'ailleurs permis par la Convention de New York.

Et si on considère l'arbitrage du point de vue contractuel, pourquoi limiterait-on l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage internationale par des règles qui ne font pas partie de l'ordre public au sens international lors du contrôle sur la sentence?

<sup>1357</sup>

L'arrêt américain *Mitsubishi* (précité, note 396), a été rendu en 1986. Ce n'est qu'en 1991 que les tribunaux français ont reconnu la compétence de l'arbitre à appliquer (en matière internationale) les principes et les règles d'ordre public international et qu'ils ont cessé de voir la violation de l'ordre public comme un obstacle à l'arbitrabilité (arrêt *Ganz*, précité, note 894, suivi par les arrêts *Labinal*, précité, note 860, et *Aplix*, précité, note 921). Par ailleurs, si les tribunaux américains ont toujours soumis l'arbitrabilité à leur propre loi, ce n'est qu'en 1991 qu'ils ont refusé de recourir à la méthode conflictuelle pour établir la validité de la convention d'arbitrage (*Meadows v. Baccala & Shoop*, précité, note 389). L'idée suivant laquelle le principe de l'autonomie justifie que la convention d'arbitrage soit indépendante de toute loi étatique n'a été exprimée aussi clairement par les tribunaux français qu'en 1994 (*Société Bomar Oil NV c.ETAP*, précité, note 808).

<sup>1358</sup>

*Note explicative du Secrétariat de la C.N.U.D.C.I. relative à la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international.*

Cette ambiguïté devrait pourtant disparaître des textes législatifs canadiens, surtout en considération du fait qu'en pratique, la portée de l'arbitrabilité des différends dans le domaine du droit commercial international en droit canadien est assez claire : elle coïncide avec l'intervention de l'ordre public au sens international sur l'objet de la convention arbitrale.

L'examen des limites effectivement posées à l'arbitrabilité au Canada montre que cette portée est comparable à celle qui découle de l'examen du droit comparé : les litiges non arbitrables dans le domaine du droit commercial sont très peu nombreux et les principes développés par la jurisprudence sont très semblables.

La reconnaissance de la compétence de l'arbitre dans l'application des règles impératives a ouvert la porte à des conclusions qui peuvent paraître surprenantes. Ainsi, une matière peut intéresser suffisamment l'ordre public pour que le législateur veuille la réglementer par des normes impératives, sans pour autant que les litiges qui la concernent soient réservés à la justice de l'État. Le principe qui justifie cette conclusion semble être que, de toute façon, le dernier mot revient au tribunal étatique, lors de l'exécution de la sentence. Il faut alors que l'exécution de la convention arbitrale soit elle-même contraire à l'ordre juridique intéressé pour qu'elle soit refusée.

Par conséquent, certains critères traditionnellement utilisés pour établir ce qui est arbitral (tel que celui de la libre disposition du droit litigieux et celui de la violation de l'ordre public dans le contrat principal), sont moins pertinents qu'ils ne l'étaient auparavant. Bien qu'un doute existe quant à la compétence de l'arbitre à sanctionner la violation de l'ordre public en droit québécois, nous avons du mal à accepter que la constatation de la nullité du contrat principal entraînerait l'inarbitrabilité du différend.

Les contours de la notion d'arbitrabilité se précisent de plus en plus clairement. Le dénominateur commun, vraiment minimum, semble être le suivant : lorsque le litige ne concerne que les parties, à moins qu'il ne trouve sa source dans un acte que seul l'État peut accomplir, et qu'il entre obligatoirement dans la compétence impérative et exclusive de l'État en raison de sa *nature* (parce qu'il concerne des droits extrapatrimoniaux), il ne sera exclu de l'arbitrage que si le législateur le prévoit expressément.

L'accent s'est nettement déplacé du contrôle préventif à l'arbitrage au contrôle sur la sentence. Mais ce contrôle, reste-il suffisant pour garantir la protection des principes fondamentaux de l'ordre public?

### **Conclusion générale.**

Presque quinze ans après la rédaction de la loi-type par la C.N.U.D.C.I. et quatorze ans après son adoption par les juridictions canadiennes, l'examen des notions d'arbitrabilité et d'ordre public nous permet de dresser un bilan sur l'un des aspects les plus importants du droit de l'arbitrage commercial international : l'atteinte d'un point d'équilibre entre tous les intérêts concernés, lorsque l'État accepte de se dépouiller de l'une de ses prérogatives souveraines : l'administration de la justice.

En essayant de comprendre l'essence des notions d'arbitrabilité et d'ordre public, le rapport entre elles et leurs fonctions dans ce contexte, nous avons examiné le phénomène de l'élargissement du domaine des différends arbitrables, l'identification de l'arbitrabilité avec l'ordre public jurisprudentiel et, plus généralement, le rôle de plus en plus réduit de l'intervention de l'État dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

L'examen des textes législatifs, à la lumière de l'expérience qui découle de plusieurs années de pratique jurisprudentielle canadienne, aussi bien que de l'évolution notable qui a eu lieu dans ce domaine en droit comparé depuis 1986, nous a révélé certains problèmes qui se posent, autant au niveau de l'interprétation des règles, qu'au niveau de leur formulation. Nous avons ainsi indiqué les modifications législatives qui, selon nous, refléteraient mieux la réalité jurisprudentielle et faciliteraient l'interprétation des règles elles-mêmes en dissolvant toute possibilité de conflit ou d'apparence de conflit lors de leur application par les tribunaux.

Notre première partie, consacrée à l'examen des textes législatifs canadiens, nous a permis de saisir l'importance historique de la réforme de 1986 et de tirer des conclusions quant au niveau d'harmonisation possible en matière d'arbitrage commercial international au Canada, compte tenu du fait qu'en matière de conflit de lois, les différentes juridictions canadiennes sont assimilées à des États étrangers, chacune ayant ses propres notions d'ordre public et d'arbitrabilité.

L'ordre public et l'arbitrabilité ont été examinés respectivement dans la deuxième et dans la troisième partie.

Nous sommes partis de l'idée que, si *la fonction* exercée par l'ordre public est bien plus étendue que celle réservée à l'arbitrabilité (parce que tous les actes accomplis avant, pendant et même après la procédure arbitrale doivent lui être conformes), cette dernière pour sa part, n'est pas *nécessairement* limitée par la *seule* intervention de l'ordre public sur l'objet de la convention d'arbitrage. En effet, la Convention de New York permet explicitement aux États signataires de limiter l'autonomie des parties à la convention d'arbitrage par des règles impératives qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international. En ce sens, l'arbitrabilité *peut* alors être, une *notion plus étendue* que l'ordre public.

Nous avons aussi tenté de saisir le rapport entre arbitrabilité et ordre public. Nous avons donc identifié les intérêts effectivement protégés par l'intervention de ces notions, afin de déterminer l'étendue de la tutelle offerte dans les juridictions canadiennes aux parties contractuellement plus faibles et, plus généralement, à la communauté toute entière.

Cette démarche nous a permis de tirer les conclusions suivantes :

1) En matière d'arbitrage commercial international, l'intervention de l'ordre public dans les juridictions canadiennes est assez réduite ; elle est comparable à celle relevée en France et aux États-Unis.

La fonction de défense des intérêts de la communauté exercée par l'ordre public par rapport à l'arbitrage commercial international pourrait bien se traduire dans une intervention envahissante. Mais ce n'est pas le cas : qu'il s'agisse du contrôle sur la convention d'arbitrage ou du contrôle sur la sentence, cette intervention est, en fait, assez minime.

a- L'intervention de l'ordre public comme moyen de contrôle sur la convention d'arbitrage.

En droit canadien, comme en droit comparé, la convention d'arbitrage (clause compromissoire ou compromis) n'est pas considérée une clause abusive.

À l'exception des clauses compromissoires insérées dans des contrats d'adhésion, cette convention est régie par les règles normalement applicables pour déterminer la validité de tout autre contrat international. La renonciation à la justice étatique n'est pas considérée, *en principe*, comme étant un acte plus grave que celui qui dispose de tout autre droit pouvant faire l'objet d'un contrat.

Lorsque le législateur juge nécessaire ou opportun d'exclure la possibilité de cette renonciation, il le fera spécifiquement, en agissant au niveau de l'objet de la convention et donc au niveau de la notion d'arbitrabilité.

En réalité, l'examen des limites posées à l'arbitrabilité révèle que les cas dans lesquels l'ordre public se pose comme obstacle à la compétence de l'arbitre sont de plus en plus rares. L'évolution dans ce domaine a été constante. La plus grande confiance dans les capacités des arbitres aussi bien que le poids de plus en plus grand de la *second look doctrine* ont fini par faire admettre que l'arbitre est aussi capable que les tribunaux publics d'appliquer les règles impératives et même les lois de police et à démontrer que, de toute façon, la défense des intérêts fondamentaux de l'État est assurée par le contrôle final sur la sentence.

On est alors passé de l'identité complète (ou presque complète : aux États-Unis, l'applicabilité des règles impératives par l'arbitre était décidé en comparant, dans chaque cas, le poids de la *policy* protégée par la règle applicable à celui de la *policy* favorable à l'arbitrage) entre ordre public législatif et ordre public juridictionnel, à une distinction assez nette entre les deux. Ainsi, si auparavant l'arbitre était incompetent par le seul fait qu'une question était soumise à une réglementation impérative, on reconnaît désormais que la *nature* de la règle applicable ne constitue plus, *en principe* un obstacle à l'arbitrage. Il faut que la *résolution* du litige lui-même revête un intérêt pour l'État.

Il existe, il est vrai, certaines règles qui, en raison de leur nature, ne peuvent qu'être appliquées par l'État : par exemple, les règles qui visent à protéger l'ordre économique ou social par l'imposition de sanctions pénales ou administratives spécifiques. Normalement, l'arbitrabilité devra alors être établie dans chaque cas ; ce qui oblige à déterminer les critères qui permettent de distinguer, parmi les questions soumises à une réglementation impérative, celles qui peuvent être soumises à l'arbitre de celles qui doivent être réservées au tribunal public.

Ces critères ne sont pas immuables. Nous avons noté, par exemple, que la nullité du contrat principal ne se traduit plus automatiquement (comme auparavant) dans l'illicéité de la clause arbitrale, et le seul fait que la libre disposition du droit litigieux soit limitée par une règle impérative ne s'oppose pas nécessairement à la compétence de l'arbitre. De plus, ils acquièrent une importance différente dans les différents ordres juridiques.

On constate pourtant, qu'au niveau pratique, les résultats atteints dans ces divers systèmes sont assez semblables. En principe, l'ordre public n'exclut la compétence de l'arbitre que dans des hypothèses bien définies : en présence d'une interdiction expresse ou d'une réserve impérative et exclusive de compétence ; si l'arbitre constate que le contrat au fond est illicite et que l'illicéité n'a pas été soulevée par les parties ; et plus généralement lorsque la *nature de l'action* ou la *nature du droit litigieux* sont telles que le litige ne peut qu'être décidé par un tribunal de l'État. Seront alors exclues en principe de l'arbitrage en raison de leur *nature*, les actions qui trouvent leur origine dans un acte que seul l'État peut accomplir. Sera aussi contraire à l'ordre public, une convention qui soumet à l'arbitre un litige concernant une chose hors de commerce, ou plus précisément, *un droit de nature non patrimoniale*.

Ces conclusions sont applicables indistinctement aux États-Unis, à la France et aux juridictions canadiennes de *common law*.

Un doute semble exister au Québec quant à l'étendue de la compétence de l'arbitre en présence d'une violation de l'ordre public dans le contrat au fond ; et cela *même lorsque l'exception de nullité a été soulevée par les parties*. Suivant une interprétation restrictive du premier alinéa de l'article 2639 du Code civil du Québec (qui interdit l'arbitrage sur les questions qui intéressent l'ordre public), l'arbitre sera incompetent lorsqu'il constate que l'ordre public a été violé.

Or, bien que le premier alinéa de l'article 2639 du Code civil du Québec se prête à une interprétation restrictive (soutenir qu'une question n'intéresse pas l'ordre public même lorsque ce dernier a été violé est en effet assez difficile), nous ne sommes pas d'accord avec cette solution : elle est en conflit avec l'un des principes fondamentaux de la pratique de l'arbitrage commercial international, celui de la séparabilité de la convention d'arbitrage. Ce principe (posé clairement par l'article 2642 du même Code, qui établit que "*la constatation de la nullité du contrat principal par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage*") s'oppose à ce que la convention d'arbitrage soit considérée automatiquement nulle suivant la constatation de la violation de l'ordre public dans le contrat principal. Or, si la convention d'arbitrage est valide, l'arbitre est *en principe* compétent.

Le premier alinéa de l'article 2639 du Code civil est d'ailleurs aussi en conflit avec le second alinéa du même article, d'après lequel "*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. "*

Le seconde alinéa vise à distinguer l'ordre public juridictionnel de l'ordre public législatif. Mais cette distinction ne découle pas du tout du premier alinéa : il est en effet logique de croire qu'une question soumise à une réglementation impérative intéresse l'ordre public (surtout lorsque l'ordre public a été violé).

Pour cette raison, il serait opportun de modifier le premier alinéa de l'article 2639 du Code civil en remplaçant l'expression "*les autres questions qui intéressent l'ordre public*" avec celle-ci : "*les autres questions dont la résolution intéresse l'ordre public*". Il serait alors plus facile d'admettre qu'une question puisse intéresser suffisamment l'ordre public pour que le législateur veuille la voir soumise à des règles impératives et même à des lois de police. Mais, si sa *résolution ne concerne que les parties*, si elle n'a pas été expressément réservée au tribunal public, si elle concerne un droit de nature patrimoniale, *même lorsque l'ordre public a été violé* (et si l'exception de nullité a été soulevée par les parties), l'arbitre devrait être compétent pour la trancher et appliquer les sanctions civiles.

Parce que nous sommes convaincus que telle est la *seule* interprétation possible, à moins de violer le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage, nous avons aussi suggéré, dans l'hypothèse (qui nous semble, à vrai dire, assez invraisemblable) que la jurisprudence nie la compétence de l'arbitre à sanctionner civilement la nullité du contrat principal, d'ajouter un alinéa à l'article 944.10 du Code de procédure civile régissant la question de la loi applicable par l'arbitre au contrat litigieux. Ce deuxième alinéa se lirait ainsi : "*Lorsqu'ils constatent que les règles impératives applicables ont été violées, et que cette violation a été soulevée par les parties ou par l'une d'entre elles, les arbitres sanctionnent, s'il y a lieu, cette violation par les sanctions civiles qu'ils estiment appropriées*".

b - L'intervention de l'ordre public comme moyen de contrôle sur la sentence.

Du point de vue du contrôle sur la sentence, en application de l'article V (2)(b) de la Convention de New York bien que, ni la jurisprudence, ni les textes législatifs canadiens sur l'arbitrage ne permettent d'établir *a priori* (comme on peut le faire par exemple en France, suivant l'arrêt *Grands Moulins* et sur la base de l'article 1502 du Code de procédure civile français), qu'une sentence ne sera refusée que si elle a pour résultat de violer l'ordre public international du tribunal saisi pour la reconnaissance

et l'exécution, la jurisprudence adopte une même attitude de prudence lorsqu'il s'agit de refuser une décision arbitrale. En réalité, l'intervention de l'article V (2)(b) comme motif de refus de la sentence est extrêmement rare.

L'examen du droit comparé révèle en effet que ce contrôle n'est pas seulement minimal du point de vue du contenu. Son étendue aussi est limitée par l'interdiction de revoir le fond du litige : la tendance semble indiquer que le tribunal de l'exécution ne devrait pas réexaminer les faits pour remettre en discussion la qualification donnée par l'arbitre.

Mais cette tendance, qui caractérise la jurisprudence française et américaine, ne se laisse pas saisir aussi clairement au Canada. Malgré les articles 946.2 et 951.1 du Code de procédure civile du Québec qui posent l'interdiction de revoir le fond du différend, et malgré l'attitude très libérale adoptée dans les juridictions canadiennes de *common law* envers l'arbitrage, il est assez difficile de prévoir si les tribunaux canadiens excluront toute possibilité de réexaminer les faits litigieux lorsque cette révision au fond leur semble indispensable pour établir si une sentence viole ou non l'ordre public du *for*.

2) La notion d'arbitrabilité coïncide, *en matière d'arbitrage commercial international, lorsque le droit des juridictions canadiennes est applicable*, avec l'intervention de l'ordre public au sens international du *for* sur l'objet de la convention d'arbitrage. Les textes législatifs qui posent l'arbitrabilité comme notion distincte de l'ordre public devraient être révisés pour permettre de mieux refléter cette réalité et éviter tout problème pratique.

Parce que la convention d'arbitrage a force obligatoire, la non-susceptibilité d'un litige d'être réglé par l'arbitre ne peut qu'être la conséquence de l'illicéité de l'objet de la convention elle-même. Cela exclut *a priori* l'applicabilité des règles de compétence juridictionnelle qui ne sont pas d'ordre public, puisque l'illicéité ne peut découler que de la violation d'une règle impérative.

Mais, toutes les règles impératives ne font pas partie de *l'ordre public au sens international*. L'inarbitrabilité pourrait alors aussi découler d'une interdiction posée par une norme impérative interne.

Pourtant, lors de notre examen des limites effectivement posées à l'autonomie des parties à la convention arbitrale *en droit canadien de l'arbitrage commercial*

*international*, nous n'avons trouvé aucune interdiction dont l'application aboutirait à ce que l'arbitrabilité soit une notions plus étendue que l'ordre public.

Partout, la clause compromissoire est explicitement reconnue et toutes les juridictions canadiennes reconnaissent la capacité de la personne morale de droit public à compromettre.

Quant aux limites plus spécifiques, telles que celles qui découlent des réserves de compétence posées au Québec par les articles et 3149 du Code civil 3151 du Code civil, leur but est d'exclure la compétence des autorités étrangères dans des hypothèses bien spécifiques, notamment en matière de consommation et de travail, lorsque le travailleur ou le consommateur a sa résidence ou son domicile au Québec ; ou lorsque l'utilisation ou l'exposition à une matière première provenant du Québec entraîne une action en responsabilité civile. Lorsque le lien posé par le législateur (la résidence ou le domicile du consommateur, la provenance de matières premières) est constaté par le tribunal, ces réserves de compétence agissent sur l'objet de la convention d'arbitrage comme des lois de police.

Suite à cette conclusion, force en est de constater que les normes régissant le contrôle sur la sentence arbitrale au Canada, (notamment les articles 34 (2)(b)(i) et 36 (1)(b)(i) de la loi-type qui ont été repris dans toutes les juridictions canadiennes de *common law* et les articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile du Québec) rétablissent une distinction en réalité obsolète.

Cette distinction a pour principal inconvénient de soumettre la même question à deux lois différentes, dans les deux phases de contrôle sur l'arbitrage, même si le tribunal saisi pour le contrôle sur la convention est le *même* que celui saisi pour l'exécution de la sentence. Ce tribunal examinera l'arbitrabilité suivant la loi choisie par les parties pour régir leur convention d'arbitrage dans la phase préliminaire et suivant sa propre loi lors du contrôle sur la sentence. Or parce que les limites posées à l'arbitrabilité ne découlent que de l'ordre public, ce conflit n'est en réalité qu'une apparence de conflit. En effet, l'ordre public du tribunal canadien saisi dans la phase de contrôle préliminaire interviendra même si la convention d'arbitrage est soumise à une loi étrangère. Cette intervention empêchera donc *dès le début*, la reconnaissance d'une convention d'arbitrage dont l'objet viole les principes fondamentaux du tribunal.

Mais pourquoi maintenir une telle apparence de conflit si la distinction est en réalité inutile? Nous proposons donc de modifier les articles 946.5 et 949 du Code de procédure civile du Québec et les articles 34 et 36 des *International Commercial*

*Arbitration Acts* en vigueur dans les juridictions canadiennes de *common law* en éliminant toute référence à l'arbitrabilité.

Pourtant, étant donné que les sentences visées par ces articles ne concernent pas *nécessairement toutes* des rapports de droit international privé, il nous semble qu'il serait préférable de laisser le tribunal libre de décider, cas par cas, si l'ordre public applicable est interne ou international. Il est donc préférable de ne pas reprendre la référence faite à l'ordre public international par l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile français.

3) La notion d'arbitrabilité telle qu'elle est appliquée dans les juridictions canadiennes doit être distinguée de celle qui découle de la pratique du droit américain et français : l'arbitrabilité au Canada ne coïncide pas *nécessairement et uniquement avec l'ordre public au sens international du for* puisque la loi applicable à cette question n'est pas nécessairement la loi du tribunal saisi.

En France et aux États-Unis, l'arbitrabilité coïncide toujours, indépendamment de la loi choisie par les parties pour régir leur convention d'arbitrage, avec *l'ordre public au sens international du for*. Étonnement, ce résultat identique a été atteint à partir de positions théoriques assez différentes.

Si aux États-Unis, il n'a jamais été question de faire régir l'arbitrabilité par une loi *autre que la loi du for*, en France, la tendance était au contraire de souligner la nature contractuelle de l'arbitrage et d'appliquer la loi de l'autonomie à l'examen de *toutes* les conditions de validité de la convention arbitrale, y compris l'arbitrabilité du différend.

Ainsi aux États-Unis, on est parvenu à faire coïncider arbitrabilité et ordre public, dans son sens international du *for*, simplement en excluant l'application des règles impératives internes lorsque le rapport litigieux était international.

On a poussé ce rejet de toute vision paroissiale jusqu'à l'idée que toute limite à l'arbitrage devrait être posée en tenant compte des principes fondamentaux reconnus par la pratique internationale, *tels qu'interprétés et appliqués aux États-Unis*.

En France, il a d'abord été nécessaire de justifier l'exclusion de l'application de la loi de l'autonomie. On y est parvenu en donnant une interprétation très étendue du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage : on est parti de l'idée que la convention était indépendante du contrat principal et qu'elle n'était pas

nécessairement régie par la loi applicable à ce dernier, pour nier la nécessité de se référer à une loi étatique particulière.

La validité de la convention arbitrale sera donc appréciée "*d'après la commune volonté des parties, sous réserve des exigences de l'ordre public international*", et l'arbitrabilité n'est plus limitée que par d'ordre public international, *tel qu'entendu et appliqué par les tribunaux français*.

Il existe donc, en droit comparé, une tendance indéniable à *nationaliser* le contrôle sur l'arbitrage, qui se manifeste d'ailleurs aussi par la pratique de ne pas reconnaître les décisions étrangères d'annulation des sentences arbitrales.

Dans les juridictions canadiennes, par contre, la question de l'arbitrabilité est soumise, lors du contrôle préliminaire sur la convention d'arbitrage, à la loi choisie par les parties pour régir cette convention.

Le tribunal canadien, saisi sur une question au sujet de laquelle les parties à un rapport de droit international privé ont conclu une convention d'arbitrage soumise à une loi étrangère, ne renverra pas les parties devant l'arbitre si :

- L'arbitrabilité est exclue par une règle d'application immédiate du *for* ;
- L'arbitrabilité est limitée par la loi applicable à la convention d'arbitrage. Feront ainsi obstacle à la compétence de l'arbitre, les interdictions découlant des règles d'application immédiate faisant partie de cette loi ; mais aussi les règles qui lui appartient et qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international<sup>1359</sup>.

Il est évidemment possible que la loi choisie par les parties soit écartée par le tribunal si son application a pour résultat de violer l'ordre public du tribunal. Ainsi, les limites posées à la capacité de compromettre de la personne morale de droit public par sa propre loi nationale n'auront pas pour résultat d'entraver l'arbitrage si leur application se révèle contraire au principe *pacta sunt servanda*. Dans ce cas, l'ordre public ne sera pas un obstacle à l'arbitrage mais, au contraire un moyen de le favoriser.

---

1359

*Boart Sweden AB et al. v. NYA Stromnes AB et al.*, précité, note 218. Le tribunal ontarien a retenu sa compétence uniquement sur l'une des questions litigieuses, celle concernant l'action fondée sur une responsabilité de nature délictuelle, puisque ce type d'action était inconnu de la loi suédoise qui régissait la convention d'arbitrage.

D'un point de vue général, parce qu'elle est sujette aux limites découlant de l'ordre public au sens international du *for et en plus*, aux limites découlant de la loi étrangère applicable, l'arbitrabilité risque de revêtir une signification plus étendue dans les juridictions canadiennes que celle qu'on lui attribue aux États-Unis ou en France.

Nous pensons pourtant que la solution choisie au Canada est préférable.

Le recours fait par les tribunaux français et américains aux principes de l'ordre public international est décevant parce qu'il implique inévitablement un filtrage dans une optique nationale, voire nationaliste. On revient à la notion d'ordre public au sens international *du for*. Or, nous éprouvons de la difficulté à admettre que la loi du *for* soit *a priori* la plus adaptée dans *toutes* les circonstances ; et cela, même si elle s'avère être la solution la plus favorable à l'arbitrage.

Ainsi, à moins de reconnaître que favoriser l'arbitrage est une priorité absolue ou presque absolue d'une société moderne (ce qui a été fait, en effet aux États-Unis), il faut aussi admettre que la solution la plus favorable à l'arbitrage puisse, dans certaines circonstances, ne pas être la meilleure solution pour la communauté internationale ... et qu'elle n'est donc pas celle qu'il faut retenir. Le respect de l'autonomie des parties (qui ont le droit de s'attendre à la protection offerte par la loi qu'elles ont choisie pour régir leur convention) et les exigences fondamentales des autres États ne devraient pas être oubliés.

Une solution intermédiaire entre la position canadienne et celle suivie en France et aux États-Unis, est proposée par le législateur suisse, qui fait régir l'arbitrabilité par une règle matérielle à but international mais qui prévoit, en même temps, la possibilité de prendre en considération une loi de police étrangère lorsque "*des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent*" et "*si la situation visée présente un lien étroit*" avec le droit auquel la loi de police appartient.

Suivant cette solution, seuls les principes fondamentaux du pays ayant un lien étroit avec le litige seront défendus et ses particularismes n'auront aucune place.

Mais la solution suisse ne garantit pas totalement que ces intérêts fondamentaux étrangers seront protégés puisque, finalement, l'application de la loi étrangère dépend de la conception suisse de ce qui constitue un intérêt légitime et prépondérant sur la base d'un lien qu'il revient au tribunal lui-même de constater.

Il nous semble alors que la solution canadienne demeure encore la plus appropriée, surtout à la lumière du fait que la tendance relevée en droit comparé va dans le sens de ne limiter l'arbitrabilité *que* par des lois de police. Le danger de limiter l'arbitrabilité par des règles impératives étrangères qui ne font pas partie de l'ordre public dans son sens international est donc, en pratique, assez restreint.

Mais si cette solution est préférable, elle n'est toutefois pas idéale. En effet, lorsqu'on fait régir la question de l'arbitrabilité, et plus généralement la convention d'arbitrage, par la loi de l'autonomie, le problème se pose de savoir quelle est cette loi, si les parties ne l'ont pas choisie. Si aucune indication n'est donnée par le législateur, cette solution crée donc une incertitude. C'est ce qu'il advient dans des juridictions canadiennes de *common law*.

D'un autre côté, la décision du législateur d'indiquer les critères à suivre par le tribunal, ne conduit pas nécessairement à une meilleure solution, comme le montre l'article 3221 du Code civil du Québec, qui se trouve en conflit avec les règles régissant le contrôle sur la convention d'arbitrage lors du contrôle sur la sentence.

Après avoir examiné plusieurs possibilités, nous avons donc conclu qu'autant la modification de l'article 3221 du Code civil du Québec (d'après laquelle le lieu siège de l'arbitrage sera le seul critère de rattachement posé par la loi, ce qui rendrait l'article 3221 du Code civil du Québec compatible avec les articles 946.4 (2) et 950 (2) du Code de procédure civile) que sa suppression serait préférable à son maintien dans sa rédaction actuelle.

4) La réforme de 1986 a atteint son but dans la mesure où elle a modernisé le régime de l'arbitrage et a conduit à un degré d'homogénéité supérieur entre les législations des différentes juridictions. Mais certaines questions restent posées.

L'examen des textes législatifs canadiens de l'arbitrage commercial international à la lumière de la pratique nationale et du droit comparé permet de tirer des conclusions quant au niveau d'harmonisation atteint par la réforme (a) et d'établir jusqu'à quel point, on peut aller dans le processus d'encouragement de l'arbitrage sans mettre en danger, ni les droits des parties contractuellement plus faibles, ni les intérêts fondamentaux de la société (b).

a - Si l'uniformité est forcément exclue en raison de la structure fédérale canadienne et de la division des pouvoirs législatifs et juridictionnels, une certaine

harmonisation peut être atteinte par la coordination des décisions en matière d'arbitrage.

La pluralité des sources existantes au Canada pour régir l'arbitrage commercial international ne risque d'entraver l'harmonisation atteinte par la réforme que jusqu'à un certain point. D'abord, parce que la compétence fédérale dans le domaine du commerce international est assez étendue. Souvent, c'est donc l'ordre public *canadien* qui doit être respecté et qui pourra éventuellement entraver l'arbitrage. En effet, la plupart des questions traditionnellement inarbitrables sortent du domaine de la compétence provinciale.

Lorsque l'ordre public provincial dans son sens international s'impose à l'arbitre ou intervient pour en exclure la compétence, certaines divergences de résultats sont évidemment possibles. Mais le contrôle sur l'arbitrage tel qu'il est exercé dans les juridictions canadiennes demeure nettement moins *national* que celui exercé dans les autres juridictions que nous avons examinées.

Cette tendance à une moindre nationalisation du contrôle se manifeste autant par le recours à la méthode conflictuelle lors du contrôle sur la convention d'arbitrage que par la possibilité de reconnaître une décision d'annulation étrangère, même lorsqu'elle a été rendue suivant des critères plus sévères que ceux qui auraient été applicables suivant la loi du tribunal. La solution étrangère n'est pas exclue *a priori* ; le tribunal peut évaluer l'opportunité de l'intégrer dans son ordre juridique ; ce qui mène à une plus grande coordination des résultats.

Mais si le refus de donner exécution à une sentence annulée dans son pays d'origine favorise l'uniformité du résultat, il implique que l'on donne efficacité extraterritoriale aux règles du pays siège de l'arbitrage, indépendamment des liens entre ce pays et le *rapport* litigieux. Pour atteindre le degré maximum d'équilibre entre la nécessité de coordonner les systèmes (surtout à l'intérieur du Canada) et la nécessité de favoriser la reconnaissance des sentences arbitrales, il faut nécessairement écarter les solutions trop rigides.

Ainsi, on pourrait limiter les cas dans lesquels la décision d'annulation étrangère doit être reconnue dans un autre pays sur la base des motifs qui l'ont justifiée. Seules les annulations prononcées en application de l'article V (1) de la Convention de New York auraient alors une efficacité générale.

Alternativement, on pourrait aussi, tout simplement, laisser au tribunal de l'exécution, la tâche d'établir, dans chaque cas, la valeur qui doit être attribuée à la décision étrangère. Selon nous, c'est la solution qui s'adapte le mieux au système

fédéral canadien. Le tribunal canadien saisi pour la reconnaissance et l'exécution de la sentence examinera alors les circonstances de l'espèce, les motifs qui ont justifié l'annulation aussi bien que les liens entre le pays siège de l'arbitrage et le rapport litigieux, et non pas uniquement le lien qui découle du déroulement de la procédure arbitrale.

Suivant ce système plus flexible, l'article VII de la Convention de New York, qui permet de reconnaître les sentence annulées si la loi du *for* est plus favorable, sera utilisé avec plus de parcimonie que celle montrée par les tribunaux français et américains, dont la pratique est désormais celle de reconnaître les sentences annulées si elles ne sont pas contraires aux principes fondamentaux du *for*.

Ce système flexible exclut aussi qu'on *impose* la reconnaissance de la décision d'annulation étrangère, raison pour laquelle nous avons critiqué la formulation de l'article 950 du Code de procédure civile du Québec. D'après cet article, la partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à sa reconnaissance et à son exécution en établissant que la sentence a été annulée dans le pays d'origine : le tribunal ne semble alors avoir aucun pouvoir discrétionnaire.

Nous avons donc proposé de suivre les autres juridictions canadiennes en reprenant textuellement l'article 36 de la loi-modèle, d'après lequel, l'annulation de la sentence dans le pays d'origine (de même que tous les autres motifs énumérés par le même article) *peut* être cause du refus de reconnaissance et d'exécution.

#### b - Justice privée contre justice publique : un bilan.

Que le système de justice offert par les États ne soit pas le plus adapté aux besoins de la communauté commerciale internationale est hors de doute. Le succès de l'arbitrage comme moyen de résolution des différends en est la preuve la plus évidente.

L'arbitrage est nécessaire au développement du commerce international et les États n'ont pas ignoré cette réalité, comme le montrent d'ailleurs l'élargissement du domaine des litiges arbitrables et l'intervention de plus en plus réduite de l'ordre public au moment du contrôle sur la sentence.

Mais l'arbitrage n'est pas non plus le moyen le plus adapté pour résoudre *tous* les litiges que l'on entre dans la définition de *commerciaux* (i). Et même la plus grande confiance faite aux arbitres ne peut pas faire abstraction du fait que l'État doit garantir la protection de tous ses intérêts fondamentaux (ii).

## (i) La protection des parties faibles.

L'élargissement du domaine des législations applicables à l'arbitrage commercial international et l'élargissement de la compétence de l'arbitre nous obligent à distinguer les litiges par rapport auxquels la tendance à favoriser l'arbitrage est utile, voir nécessaire pour les développement du commerce international, des litiges par rapport auxquels la résolution par un arbitre plutôt que par la justice publique n'apporte aucun avantage au commerce international et risque, au contraire de rendre la justice moins accessible pour des parties contractuellement plus faibles et moins expérimentées.

Avoir déplacé l'accent des qualités personnelles des parties à la nature du rapport pour le processus de qualification d'un rapport comme étant *commercial*, avoir reconnu la compétence de l'arbitre à appliquer les règles impératives et à résoudre les litiges concernant des droits dont la libre disposition est limitée par l'une de ces règles ne sont des pratiques, ni nécessairement critiquables, ni dangereuses.

S'il ne s'agit pas de souhaiter un retour à l'interdiction désormais anachronique de la clause compromissoire mixte, ou d'interdire l'arbitrage par rapports aux droits dont la libre disposition est limitée par une règle impérative, il est néanmoins possible d'envisager d'autres moyens pour protéger ces parties.

Un exemple en ce sens est celui offert par l'article 3149 du Code civil du Québec qui, sans par ailleurs interdire l'arbitrage, permet au travailleur et au consommateur domicilié ou résidant au Québec, de reconsidérer, après la naissance du litige, l'opportunité d'avoir renoncé à la justice québécoise lors de la conclusion du contrat principal.

Malheureusement, ce type de protection n'est pas offert au consommateur, dans les autres juridictions canadiennes<sup>1360</sup>. Par conséquent, sous ce point de vue, l'équilibre optimum entre justice privée et justice publique ne nous semble pas avoir été atteint dans ces juridictions.

## (ii) La protection des intérêts de la communauté et l'étendue du contrôle sur la sentence.

---

<sup>1360</sup>

Notons pourtant que la jurisprudence a exclu l'applicabilité de l'*International Arbitration Act* d'Alberta aux rapports de travail donnant lieu à un rapport *master and servant* parce que ce type de rapport de travail n'entrait pas dans la qualification "commercial". Cf. *Borowski v. Heinrich Fiedler Perforiertechnik GmbH*, précité, note 184.

Depuis l'affaire *Mitshubishi*, le motif le plus souvent invoqué pour justifier la compétence de l'arbitre dans l'application des règles d'ordre public a été de souligner que sa décision sera *de toute façon* soumise au contrôle de conformité de l'ordre public. Cette tendance caractérise aussi la jurisprudence française.

Mais à l'examen du droit comparé, il nous semble légitime de douter que le contrôle sur la sentence, tel qu'il est exercé par les tribunaux français et américains, soit suffisant pour permettre au tribunal d'assurer le respect de l'ordre public.

La tendance à exclure le réexamen au fond pour vérifier si la qualification donnée par l'arbitre aux faits de l'espèce est correcte, aussi bien que la pratique de ne pas imposer à l'arbitre de motiver sa décision, font en sorte que, en réalité, *la seule violation de l'ordre public susceptible de conduire au refus de la sentence est celle qui apparaît évidente à la simple lecture du dispositif de la sentence.*

Cette solution a été critiquée avec raison par la doctrine <sup>1361</sup>.

Mais l'alternative qui consisterait à permettre *la révision au fond en fait et en droit* de la décision de l'arbitre, est évidemment troublante.

Il nous est impossible d'exclure que les tribunaux canadiens limiteront leur contrôle sur la sentence aux standards suivis par la pratique internationale. De même, il est impossible d'exclure qu'il réexamineront le fond lorsque l'ordre public en jeu. En réalité, nous hésitons à prendre position entre ces deux solutions. Il est évident que le seul contrôle de conformité du dispositif de la sentence ne suffit pas à assurer la défense des intérêts fondamentaux de l'État que l'ordre public vise à protéger.

Mais, d'un autre côté, admettre une révision au fond de la sentence lorsque la question se pose de savoir s'il y a violation de l'ordre public dans le contrat principal, revient à n'attribuer à l'arbitre qu'un rôle de juge de premier degré. Ce n'est certainement pas ce que souhaitent ceux qui ont recours à l'arbitrage. L'institution de l'arbitrage ne pourra que pâtir d'une telle solution. L'élargissement de la compétence de l'arbitre ne sera finalement qu'un succès éphémère <sup>1362</sup>.

<sup>1361</sup>

Voir, tout récemment, J.B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, note 88, p. 548 et s.

<sup>1362</sup>

A. PRUJINER, "Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales", *op. cit.*, note 473, p. 288.

Pourtant, cette difficulté d'atteindre un équilibre ne doit pas surprendre. Les intérêts de la communauté protégée par l'ordre public sont nombreux et souvent en contradiction les uns avec les autres... Et l'administration de la justice n'est qu'un champs de bataille.

## BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

### DOCTRINE

#### A - MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- ANCEL, B. et Y.  
LEQUETTE. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 1987, 558 p.
- ANTAKI, M.N. et A.  
PRUJINER.. *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, éd. Wilson et Lafleur, 1986, 471 p.
- BARCELLONA, P. *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Jovene Editore, 1973, 357 p.
- BARREAU DU QUÉBEC  
Service de la formation  
permanente *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1997.
- BARREAU DU QUÉBEC  
Service de la formation  
permanente *Développements récents en droit civil (1994)*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1994.
- BARREAU DU QUÉBEC  
Service de la formation  
permanente *Développements récents en droit civil, (1993)* Cowansville, éd. Y. Blais, 1993.
- BARREAU DU QUÉBEC  
Service de la formation  
permanente *Développements récents en droit de la consommation*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1994, 229 p.
- BARREAU DU QUÉBEC  
et La CHAMBRE DES  
NOTAIRES DU QUÉBEC *La réforme du Code civil*, Textes réunis, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 933 p.
- BATTIFOL, H. *Aspects philosophiques du droit international privé*, tome I, Paris, éd. Dalloz, 1956, 333 p.
- BATTIFOL, H. et P.  
LAGARDE. *Droit International Privé*, Sixième éd., Paris, L.G.D.J., 1974, 483 p.
- BAUDOUIN, J.-L. *Les obligations*, 3ème éd., Cowansville, éd. Y. Blais, 1989, 746 p.
- BÉGUIN, J. *L'arbitrage commercial international*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal, Université McGill, 1987, 279 p.

- BELLET, P. *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, éd. Litec, 1991, 534 p.
- BERNARDINI, P. *L'arbitrato internazionale*, Roma, ed. Giuffrè, 1987, 304 p.
- BÖCKSTIEGEL, K.H. *Arbitration and State Enterprises*, Deventer, Kluwer ed., 1984, 113 p.
- BRIERLEY, J.E.C. *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, Thèse de doctorat, Paris, 1964, 298 p.
- BRIGUGLIO, A.  
FAZZALARI, E.  
MARENGO, R. *La nuova disciplina dell'arbitrato - Commentario*, Milano, ed. Giuffrè, 1994, 321 p.
- BRUN, H. et G.  
TREMBLAY. *Droit constitutionnel*, Montréal, 2ème éd., Cowansville, 1990, 1232 p.
- BUCHER, A. *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, éd. Helbing et Lichtenhanhn, 1988, 188 p.
- BURDESE, A. *Manuale di diritto privato romano*, Torino, ed. UTET., 1964, 866 p.
- CAPITANT, H. *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Vol. VII, Montréal, éd. Eugène Doucet, 1956.
- CASTEL, J.G. *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed., Toronto, Butterworth ed., 1994, 692 p.
- CASTEL, J.G. *Droit international privé québécois*, Toronto, éd. Butterworth, 1980, 954 p.
- CENTRE D'ARBITRAGE  
COMMERCIAL  
NATIONAL ET  
INTERNATIONAL DU  
QUÉBEC *Les Journées Jean Robert*, Cours de Perfectionnement en Arbitrage, Québec.
- CEPANI - (Centre Belge  
pour l'étude et la pratique de  
l'arbitrage national et  
international). *L'arbitrage et le droit européen - Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1997, 225 p.
- CHAMBRE DE  
COMMERCE  
INTERNATIONALE *L'arbitrage commercial international - L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1986, Les dossiers de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Paris, 1987, 261 p.

- CHAMBRE DE  
COMMERCE  
INTERNATIONALE *L'exécution des sentences arbitrales*, Les dossiers de  
l'institut du droit et des pratiques des affaires international,  
Paris, 1989.
- CONTINUING LEGAL  
EDUCATION SOCIETY  
OF B.C. *Commercial Arbitration - Advanced Practices*,  
Vancouver, 1989.
- CRAIG, W.L., PARK, W.W.  
and PAULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd ed.,  
Oceana Publication, 1990, 699 p.
- CRÉPEAU, P.A. *Dictionnaire de droit privé*, Centre de Recherche en droit  
privé et comparé du Québec, 2ème éd., 1991.
- DAVID, R. *Arbitration in International Trade*, Kluwer ed., 1985, 482  
p.
- DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international*, Collection  
d'Études juridiques comparatives, Paris, Economica, 1982,  
613 p.
- DAVID, R. *Le droit du commerce international*, Paris, éd.  
Economica, 1987, 152 p.
- DELAUME, G.R. *Transnational Contracts - Law and Practice*, Oceana  
Publications, Vol. I, 1988.
- FARJAT, G. *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, 543 p.
- FERLAND, D. et B.  
EMERY. *Précis de procédure civile*, 3ème éd., Vol. 2, Cowansville,  
éd. Y. Blais, 1997.
- FOUCHARD, Ph. *L'arbitrage commercial international*, Paris, Librairie  
Dalloz, 1965, 611 p.
- FOUCHARD, Ph.  
GAILLARD, E.  
GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, éd.  
Litec, 1996, 1225 p.
- FRANCESCAKIS, Ph. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit  
international privé*, Paris, Sirey, 1958, 306 p.
- GAJA, G. *International Commercial Arbitration - The New York  
Convention*, Dobbs Ferry, New York, Oceana  
Publications, 1988.
- GALGANO, F. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico  
dell'economia*, Padova, Cedam Editore, 1982, 572 p.
- GOLDMAN, B. *Le droit des relations économiques internationales -  
Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, éd. Litec,  
1982, 427 p.

- GOLDSTEIN, G. *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, éd. Thémis, 1996, 588 p.
- GOLDSTEIN, G. et E. GROFFIER. *Droit international privé*, tome I, Cowansville, éd. Y. Blais, 1998.
- GOLDSTEIN, G. et J. TALPIS. *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, éd. Thémis, 1991, 388 p.
- GROFFIER, E. *La réforme du droit international privé québécois : Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1993, 186 p.
- GROFFIER, E. *Précis de droit international privé québécois*, 4ème éd., Cowansville, 1990, 393 p.
- HENIG, J.R. *Public Policy and Federalism*, New York, St. Martin Press, 1985, 401 p.
- HOLTZMANN, H.M. et J.E. NEUHAUS. *A Guide to UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, T.M.C. Asser Institut, Deventer, Kluwer ed., 1989, 1307 p.
- HORN, N. et C. SCHMITTHOFF (ed). *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Studies in Transnational Economic Law, 1982, 468 p.
- INSTITUT DE RECHERCHE EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE HENRY-DESBOIS *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Paris, Librairies techniques, 1994, 164 p.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE *International Arbitration. 60 Years of I.C.C. Arbitration. A Look at the Future*, Paris, I.C.C. Publishing, 1984, 421 p.
- JARROSSON, C. *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, 407 p.
- KASSIS, A. *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Paris, 1987, 408 p.
- KESSEDJIAN, C. *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis*, Paris, éd. Economica, 1987, 499 p.
- LAGARDE, P. *Recherches sur l'ordre public en Droit International Privé*, Paris, L.G.D.J., 254 p.
- LAZIC, V. *Insolvency proceedings and Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International ed., 1998, 381 p.

- LEW, J.D.M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana Publications, 1978, 633 p.
- LLOYD, D. *Public Policy, A Comparative Study in English and French Law*, London, University of London, The Athlone Press, 1953, 166 p.
- MALAURIE, Ph. *L'ordre public et le contrat*, Reims, éd. Maton Braine, 1953, 278 p.
- MAYRAND, A. *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1985.
- Mc LAREN, R. and E.E. PALMER. *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell ed., 1982, 422 p.
- MONIER, R. *Manuel élémentaire de droit romain*, 6ème éd., tome I, Paris, éd. Domat, 1947, 551 p.
- MOTULSKY, H. *Écrits - Notes et études sur l'arbitrage*, tome II, Paris, éd. Dalloz, 1974, 518 p.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI) ET ASSOCIATION AMÉRICAINNE DE L'ARBITRAGE (AAA) *Colloque mondial sur l'arbitrage des litiges de propriété intellectuelle*, Genève, 3 et 4 mars, 1994.
- PATERSON, P.K. et B.J. THOMPSON. *UNCITRAL Arbitration Model in Canada. Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, British Columbia, Carswell ed., 1987.
- PINEAU, J, BURMAN, D. et GAUDET, S. *Théorie des obligations*, 3ème éd., Montréal, éd. Thémis, 1996, 842 p.
- RACINE, J.-B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, L.G.D.J. 1999, 623 p.
- REDFERN, A. et M. HUNTER. *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2nde éd., Paris, L.G.D.J. 1994, 574 p.
- RÉMILLARD, G. *Le Nouveau Code Civil du Québec : un bilan*. Collection Études Critiques, éd. Wilson et Lafleur, Montréal, 1995, 176 p.
- REUTER, P. *La Convention de Vienne du 29 Mai 1969 sur le droit des traités*, Paris, Librairie Armand Colin, 1970, 96 p.
- RIGAUX, F. *Droit international privé*, tome I, 2ème éd., éd. Maison F. Larcier, Bruxelles, 1987, 386 p.
- RIGAUX, F. *Précis de droit international privé*, Bruxelles, éd. Maison F.Larcier, 1968, 650 p.

- ROBERT, J. *Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé*, Paris, éd. Dalloz, 1967, 660 p.
- ROBERT, J. *L'arbitrage - droit interne - droit international*, Paris, éd. Dalloz, 1983, 478 p.
- ROBERT, J. et B. MOREAU. *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, Paris, éd. J. Delmas, 1971. p.
- ROBERT, J. et B. MOREAU. *L'arbitrage - droit interne - droit international privé*, 6ème éd., Paris, éd. Dalloz, 1993, 321.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. *L'arbitrage - Nature Juridique - Droit Interne et Droit International privé*, Paris, éd. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, 412 p.
- RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, 537 p.
- RUSSELL, P.H., KNOPFF R., MORTON, T. *Federalism and the Charter. Leading Constitutional Decisions*, 1989, Ottawa, 805 p.
- SALEH, D. *International Commercial Arbitration : The Intervention of the Courts*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1997.
- SANDERS, P. (ed.) *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Congress Series no.3, Kluwer ed., 1987, 397 p.
- SANDERS, P. (ed.) *International Arbitration - Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, Martinus Nijhoff ed., 1967, 357 p.
- SANDERS, P. (ed.) *International Handbook on Commercial Arbitration. National Reports. Basic Texts*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1984-.
- SANDERS, P. (ed.) *UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Congress Series n° 2, Kluwer 1984, 263 p.
- SARCEVIC, P. (ed.) *Essays on International Commercial Arbitration*, London, Graham & Trotman, 1989, 247 p.
- SCHMITTHOFF, C. *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Denver, Kluwer ed., 1988, 802 p.
- SERVERIN, E. LASCOUMES, P. LAMBERT, T. *Transactions et pratiques transactionnelles*, Paris, éd. Economica, 1987, 256 p.
- STIKEMAN & ELLIOTT *Doing Business in Canada*, New York, Matthew Bender ed., 1985.

- TALAMANCA, M. *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, ed. Giuffrè, 1958, 152 p.
- THUILLEAUX, S. *L'arbitrage commercial au Québec - Droit interne - Droit international privé*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1991, 314 p.
- van den BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, 466 p.
- Von JHERING, R. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3ème éd., tome I, Paris, 1886, 360 p.
- WALTON, A and M. VITORIA. *RUSSELL on Arbitration*, Twentieth éd, London, Stevens & Sons ed., 1982, 602 p.

## B - ARTICLES DE PÉRIODIQUES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- ALLISON, J.R. "Arbitration of Private Antitrust Claims in International Trade : A Study in the Subordination of National Interests to the Demands of A World Market", (1986) 18 *N.Y.U.J. Int.L. & Pol.* 361-439.
- ANCEL, P. "Arbitrage - Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litiges arbitrables", *J. Cl., Proc. civ.*, Fasc. 1024.
- ANCEL, P. "Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985", (1987) *Rev. Arb.* 127-132.
- ANCEL, P. Note sous *Caille et Jobart ès qual. c. Sté Peter Cremer France*, *Rev. Arb.* 1988.143-148.
- ANCEL, P. Note sous la sentence partielle C.C.I. rendue à Paris le 26 décembre 1990 (Affaire n° 6697), *Rev. Arb.* 1992.146-151.
- ANCEL, P. Note sous *M. Sohm ès-qual. c. Sté Simex*, *Rev. Arb.* 1992.593-597.
- ANCEL, P. Note sous *Sté Auvinet S.A. c. Sacomi et Poirier*, *Rev. Arb.* 1986.447-458.
- ANCEL, P. Note sous *Sté Thinet c. Labrely ès-qualités*, *Rev. Arb.* 1989.475-480.
- ANTAKI, M.N. "L'arbitrage commercial, concept et définitions", (1987) *C.P. du N.* 485-506.
- ANTAKI, M.N. "Le rôle de la pratique dans la formation du droit commercial et économique interne du Québec", (1984) 14 *R.D.U.S.* 487-507.
- BATTIFOL, H. "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", (1973) II *Recueil des Cours, Académie du Droit International de La Haye*, 75-147.
- BAUDOUIN, H. "Rapport général", dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 723-745.
- BÉCHARD, D. "Homologation et annulation de la sentence arbitrale", dans *Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, 115-165.
- BÉGUIN, J. "Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international?", (1984-85) 30 *McGill L.J.* 479-538.

- BÉGUIN, J. "Le droit français de l'arbitrage international et la Convention de New York du 10 juin 1958", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 217-248.
- BERNARDINI, P. "L'arbitrage en Italie après la récente réforme", (1994) *Rev. Arb.* 479-498.
- BERNINI, G. "Recent Legislation and International Unification on the Law of Arbitration", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 315-350.
- BERNINI, G. et H.M. HOLTZMANN, "Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation des contrats à long terme", (1975) *Rev. Arb.* 18-82.
- BIENVENU, P. "Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et le droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux", (1996) 56 *R. du B.* 39-79.
- BIRN, J.F. Jr "Sovereign Immunity : Enforcement of Arbitral Award Against Foreign State - *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, 603 F. 2d 1094 (D.C. Cir. 1982)", (1983) 24 *Harvard Int. L.J.* 236-244.
- BIUKOVIC, L. "Impact of the Adoption of the Model Law in Canada : Creating a New Environment for International Arbitration", (1998) 30 *Can. Bus. L.J.* 376-412.
- BLACK, V. "The Other Side of *Morguard* : New Limits of Judicial Jurisdiction", (1993) 22 *C.B.L.J.* 4-28.
- BLAISE, J.B. Note sous *Sté Dauphin O.T.A. c. Sté Decaux*, *Rev. Arb.* 1982.275-282.
- BLOM, J. "Non-arbitrable issues", dans *Commercial Arbitration : Advanced Practice*, Continuing Legal Education Society of British Columbia ed., 1989, 2.1.01- 2.1.09.
- BÖCKSTIEGEL, K. "Public Policy and Arbitrability", dans Pieter Sanders (ed.), *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, 178-204.
- BÖCKSTIEGEL, K. "The Legal Rules Applicable in International Commercial Arbitration Involving States or State - Controlled Enterprises", dans I.C.C., *International Arbitration- 60 Years of I.C.C. Arbitration- A Look at the Future* 117-176.
- BONENFANT, J.C. "L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée?", (1977) 18 *C. de D.* 383-396.
- BONET, G. et C. JARROSSON. "L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", dans Publications de l'Institut de Recherche en propriété Intellectuelle Henry-Desbois, *Arbitrage et propriété intellectuelle*, 1994 61-91.

- BOUCOBZA, X. "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", (1998) *Rev. Arb.* 495-516.
- BOUTIN, G. "Convention sur l'arbitrage commercial Inter-américain de 1975 (Convention de Panama) et de l'Amérique Latine", Allocution présentée à la *Xème Conférence Inter-américaine sur l'arbitrage commercial international*, Ottawa, 31 octobre et 1 novembre 1990.
- BOYD, S.M. "Commentaire", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 393-418.
- BOYER, L. "Transaction", dans *Encyclopédie Dalloz*.
- BREDIN, J.D. "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", (1960) 1002-1029.
- BRIERLEY, J.E.C. "Arbitration Agreement. Articles 2638-2643", dans Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec, *Reform of the Civil Code*, Montreal, 1993, Vol. 3 B, 1-11.
- BRIERLEY, J.E.C. "Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration", (1987-88) *Maine L.Rev.* 287-303.
- BRIERLEY, J.E.C. "Chapitre XVIII. De la Convention d'arbitrage. Articles 2638-2643", dans *La Réforme du Code Civil - Obligations, contrats nommés*, 1993, 1066-1092.
- BRIERLEY, J.E.C. "La convention d'arbitrage en droit québécois interne", (1987) *C.P.du N.* 507-572.
- BRIERLEY, J.E.C. "La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois?", (1975) *Rev. Arb.* 154-158.
- BRIERLEY, J.E.C. "Overview of International Commercial Arbitration in Québec and in the Canadian Common Law Provinces", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 273-282.
- BRIERLEY, J.E.C. "Quebec's New (1986) Arbitration Law", Symposium : Canadian Perspectives on Current Developments in International Arbitration, (1987) 13 *Can. Bus. L. J.* 58-69.
- BROCHE, A. "Recourse Against the Award : Recognition and Enforcement of the Award", dans P. SANDERS, *UNCITRAL'S Project*, 201-227.
- BROWN, W.J.T. and S.D. HOUCK. "Arbitrating International Antitrust Disputes", (1990) 13 *World Competition* 19-32.

- BÜHLER, M. "Technical Expertise : An Additional Means for Preventing or Settling Commercial Disputes", (1988) *J. Int'l Arb.* 135-156.
- BUREAU, D. Note sous *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International Ltd.*, *Rev. Arb.* 1994.371-379.
- CARBONNEAU, T.E. Commentaire sous l'arrêt *Rodriguez de Quijas c. Shearson American Express*, *Rev. Arb.* 1989.741-742.
- CARBONNEAU, T.E. "Debating the Proper Role of National Law Under the New York Convention", (1998) *Tul. J. Int.'l & Comp. L.* 277-290.
- CARBONNEAU, T.E. "L'arbitrage en droit américain", (1988) *Rev. Arb.* 3-50.
- CARBONNEAU, T.E. "Mitsubishi : the folly of quixotic internationalism", (1986) *2 Arb.Int.* 116-139.
- CARMICHAEL, P.D. "The Arbitration of Patent Disputes", (1983) *38 Arb. J.* 3-10.
- CASTEL, J.G. "Canada and International Arbitration", (1981) *36 Arb. J.* 5-22.
- CASTEL, J.G. "Quelques questions de procédure en droit international privé québécois", (1971) *31 R. du B.* 134-160.
- CHALLIES, S. "What are public order and good morales?", dans *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 645-674.
- CHUKWUMERIJE, O. "Commentary : Is An Arbitration "Made", Where It Is Signed?", (1992) *20 C.B.L.J.* 305-317.
- CHUKWUMERIJE, O. "Commentary : The Enforcement of International Commercial Awards; *Schreter v. Gasmac Inc.*", (1993) *22 C.B.L.J.* 296-307.
- COHEN, D. Observations sous l'arrêt *Communauté urbaine de Casablanca c. société Degrement*, (1994) *Rev. cr. dr. int. pr.* 682-687.
- COHEN, G. "La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères", (1987) *R. du B.* 435-468.
- COHEN, S. "Note : International Commercial Arbitration : A Comparative Analysis of the United States System and the UNCITRAL Model Law", (1986) *12 Brooklin Journal of International Law*, 703-726.
- CONTINI, P. "International Commercial Arbitration - The United Nations Convention and the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", (1959) *Am.J. Comp. L.* 283-309.

- COTÉ, P.-A. "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes", (1990) 50 *R. du B.* 329-351.
- CREMADES, B.M. "States and Public Enterprises as International Commercial Partners", dans I.C.C., *International Arbitration. 60 Years of I.C.C. Arbitration. A Look at the Future* 177-196.
- CROZIER, L.J. "Commentary. The Status of International Arbitration Awards Under Canadian Insolvency Law", (1991) *Can. Bus. L.J.* 294-300.
- D.H. Observations sous la sentence partielle C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6709 de 1991, *Clunet* 1992.989-1005.
- D.H. Observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6320 de 1992, *Clunet*, 990-993.
- D.T. "UNCITRAL : Model Law on International Commercial Arbitration", (1983) 17 *Journal of World Trade Law* 535-537.
- Da GAMA e SOUZA, L. Jr. "Arbitrage commercial international. Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage", (1998) 32 *R.J.T.* 441-492.
- DAY, J.A. "Commercial Arbitration in Intellectual Property Matters", (1987-88) 4 *Revue Canadienne de propriété intellectuelle* 323-336.
- de BOISSESON, M. "Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986", (1987) *Rev. Arb.* 3-21.
- DEITRICK, W.E. "The Conflicting Policies Between Arbitration and Bankruptcy", (1984-85) 40 *Bus. Lawyer* 33-45.
- DELANEY-BEAUSOLEIL, K. "Articles 940 ss. C.p.c.: l'arbitrage et l'ordre public", dans *Les journées Jean Robert*, cours de perfectionnement en arbitrage, le 25 septembre 1987.
- DELANEY-BEAUSOLEIL, K. "La procédure d'arbitrage : l'arbitrage conventionnel", dans Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile*, 663-703.
- DELAUME, G.R. "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts : the Myth of the *Lex Mercatoria*", (1989) 63 *Tulane L. Rev.* 575-611.
- DELAUME, G.R. "International Arbitration Under French Law. The Decree of March 12, 1981", (1982) 37 *Arb.J.* 38-44.

- DELAUME, G.R. "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États", (1966) *Clunet* 26-49.
- DELAUME, G.R. "L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux", (1984) *Clunet* 521-547.
- DELAUME, G.R. "Le Centre pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)", (1982) *Clunet* 775-843.
- de MELLO, X "Arbitrage et droit communautaire", (1982) *Rev. Arb.* 349-403.
- DERAINS, Y. "Détermination de la *lex contractus*", dans C.C.I., *L'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Les dossiers de l'Institut de droit et de pratique des affaires internationales, 7-30.
- DERAINS, Y. "Expertise technique et référé arbitral", (1982) *Rev. Arb.* 239-251.
- DERAINS, Y. "Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international", dans *Études offertes à Pierre Bellet*, 100-121.
- DERAINS, Y. "L'application du droit européen par les arbitres - Analyse de la jurisprudence", dans CEPANI, *L'arbitrage et le droit européen - Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, 65-80.
- DERAINS, Y. "L'expérience de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en matière de propriété industrielle", (1977) *Rev. Arb.* 40-60.
- DERAINS, Y. "Les normes d'application immédiate dans l'arbitrage international", dans *Études offertes à Berthold Goldman* 29-46.
- DERAINS, Y. "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", (1986) *Rev. Arb.* 375-413.
- DERAINS, Y. Note sous les arrêts *Diagrame c. Christian Dior*, et *Société C.F.I.D. c. société Etablissement A. Arnaud*, *Rev. Arb.* 1989.260-268.
- DERAINS, Y. Observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6142 de 1990, *Clunet* 1990.1039-1046.
- DERAINS, Y. Observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4392 de 1983, *Clunet* 1983.908-910.
- DERAINS, Y. Observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2558 de 1976, *Clunet* 1977.954-957.

- DERAINS, Y. Observations sous la sentence intérimaire C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2521 en 1975, *Clunet* 1979.998-999.
- DERAINS, Y. Observations sous la sentence intérimaire C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2321 en 1974, *Clunet* 1975.940-944.
- DERAINS, Y. Observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1397 de 1966, *Clunet* 1974.882-884.
- DERAINS, Y. "Possible Conflict of Law Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute", dans P. SANDERS, *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration* 169-195.
- DESCHENES, J. "Le rôle législatif du pouvoir judiciaire", (1974) 5 *R.D.U.S.* 1-25.
- DESHPANDE, V.S. "International Commercial Arbitration : Uniformity of Jurisdiction", (1988) 5 *J.Int'l Arb.* 115-129.
- De WITT WIJEN, O.L.O. "La sentence et son exécution", dans Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et Association américaine d'arbitrage (AAA), *Colloque mondial sur l'arbitrage des litiges de propriété intellectuelle*, 213-226.
- DIMOLITSA, A. "Autonomie et «kompetenz-kompetenz»", (1998) *Rev. Arb.* 305-357.
- DORAIS, A. "L'arbitrage commercial - Développements législatifs", (1987) *R. du B.* 273-304.
- DUBARRY et LOQUIN. Note sous *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, *RTD com.* 1995.402-408.
- DUGRÉE, G. et S. MARTIN. "Les contrats nommés", dans Gil Rémillard, *Le Nouveau Code Civil Du Québec : un bilan*, 54-94.
- EDINGER, E. "Territorial Limitations on Provincial Powers", (1982)14 *Ottawa L. Rev.* 57-99.
- EL KOSHERI, A. et Ph. LEBOULANGER. "L'arbitre face à la corruption et aux trafic d'influence", (1984) *Rev. Arb.* 3-18.
- ERAUW, J. "Reference By Arbitrators To The European Court of Justice For Preliminary Rulings", dans CEPANI, *L'arbitrage et le droit européen*, 101-140.
- ESCUDERO, G.M. "The Enforceability of Predispute Arbitration Agreements Under 10(b) and 10b-5 Claims", (1986) 43 *Washington and Lee Law Rev.* 923-954.
- FAUVARQUE-COSSON, B. Note sous *Hannover International et autres c. M.R. Baranger et autre*, Cass. Civ., 1ère ch., 6 mai 1997, *Rev.cr.dr.int.pr.* 515-526.

- FELDMAN, M.B. "An Award Made in New York Can Be a Foreign Arbitral Award", (1984) 39 *Int. Arb.* 14-21.
- FERLAND, Ph. "L'arbitrage sans action en justice dans la province de Québec", (1971) 31 *R. du B.* 69-97.
- FOUCHARD, Ph. "Arbitrage commercial international - Notion", *J. Cl., Proc. civ.*, Fasc.1050.
- FOUCHARD, Ph. "Arbitrage et faillite", (1998) *Rev. Arb.* 471-494.
- FOUCHARD, Ph. "Information - Clauses abusives en matière d'arbitrage", (1995) *Rev. Arb.* 147-149.
- FOUCHARD, Ph. "L'adaptation des contrat à la conjoncture économique", (1979) *Rev. Arb.* 66-82.
- FOUCHARD, Ph. "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", (1982) *Clunet* 374-420.
- FOUCHARD, Ph. "La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", (1990) *Rev. Arb.* 571-583.
- FOUCHARD, Ph. "La Loi-type de la C.N.U.D.CI. sur l'arbitrage commercial international", (1987) *Clunet* 861-885.
- FOUCHARD, Ph. "La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine", (1997) *Rev. Arb.* 329-352.
- FOUCHARD, Ph. Note sous *Société Sermi et Maître Hennion ès qual. c. société Ortec*, *Rev. Arb.* 1998.562-563.
- FOUCHARD, Ph. "Perspectives du droit français de l'arbitrage. Rapport de synthèse", (1992) *Rev. Arb.* 380-400.
- FOUCHARD, Ph. "Quand un arbitrage est-il international?", (1970) *Rev Arb.* 59-77.
- FOUCHARD, Ph. "Spécificité de l'arbitrage international", (1981) *Rev. Arb.* 449-467.
- FOUCHARD, Ph. "Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales", (1998) *Rev. Arb.* 653-672.
- FOUSTACOS, A.C. "Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement", (1988) 5 *J. Int'l Arb.* 113-129.
- FRANESCAKIS, Ph. "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire après l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation", (1974) *Rev. Arb.* 67-87.
- FRANÇON, A. "L'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence", (1975) *Rev. Arb.* 143-153.
- GAILLARD, E. Note sous *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Soc. Dalico Contractors*, *Clunet* 1994.433-446.

- GAILLARD, E. Note sous *État du Sénégal c. Seutin, ès-qual. de liquidateur de la société S.O.A.B.I.*, *Clunet* 1990.144.147.
- GARÇIA de ENTERRIA, J. "The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration", (1990) 21 *Law and Policy in International Business* 389-440.
- GAUDEMET, Y. "L'arbitrage : Aspects de droit public- État de la question", (1992) *Rev. Arb.* 241-257.
- GAUDEMET-TALLON, H. Note sous *Municipalité de Khoms El Mergéb c. société Dalico*, *Rev. Arb.*, 1994.118-125.
- GAVALDA, C. "L'arbitrage *ad hoc*", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 43-60.
- GELINAS, A. "Commentaire", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 305-312.
- GIBSON, D. "Judges as Legislators : Not Whether but How", (1986-87) 25 *Alta. L.R.* 249-263.
- GLENN, H.P. "Droit international Privé", dans Barreau du Québec et La Chambre des Notaires, *La réforme du Code Civil*, 670-800.
- GLENN, H.P. "Recognition of Foreign Judgements in Quebec", (1997) 28 *Can. B.L.J.* 404-414.
- GOLDMAN, B. "Arbitrage, (droit international privé)", 73 *Rép. Dalloz dr.int.*
- GOLDMAN, B. "Arbitrage Commercial International - Convention d'arbitrage - Effets - Droit commun", *J.Cl. Proc. civ.*, Fasc. 1062-1.
- GOLDMAN, B. "Arbitrage commercial international.- Convention d'arbitrage - Formation- Objet - Arbitrabilité", *J.Cl. Proc. civ.*, Fasc. 1058.
- GOLDMAN, B. "Frontières du droit et *lex mercatoria*", dans *Archives de philosophie du droit*, 1964, 177- 192.
- GOLDMAN, B. "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives", (1979) *Clunet* 475-505.
- GOLDMAN, B. "L'arbitre, les conflits de loi et la *lex mercatoria*", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 1 03-132.
- GOLDMAN, B. "La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international", (1981) *Rev. Arb.* 469-486.

- GOLDMAN, B. "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", (1963) II *Recueil des Cours de l'Académie de droit International de La Haye*, 347-483.
- GOLDMAN, B. "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", dans I.C.C., *International Arbitration - 60 Years of I.C.C. Arbitration* 257-285.
- GOLDMAN, B. "Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria", (1983) *Rev. Arb.* 379-409.
- GOLDSTEIN, G. "La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de la consommation (1994)*, 143-229.
- GOLDSTEIN, G. "L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits", (1998) 32 *R.J.T.* 235-332.
- GOLDSTEIN, G. "L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur : commentaire de *G.M.A.C. c. Arnold*", (1984-85) 30 *McGill L.J.* 143-157.
- GOLDSTEIN, G. et J. TALPIS. "Les perspectives en droit québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada", (1995) 74 *Can. Bar Rev.* 641-664.
- GOODMAN, R.E.M. "Note. Arbitrability and Antitrust *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler-Chrysler-Plymouth*", (1985) 23 *Colum. J. Transnat'l L.* 655-678.
- GRAHAM, W.C. "International Commercial Arbitration : the Developing Canadian profile", dans PATERSON et THOMPSON, *UNCITRAL Arbitration Model In Canada* 77-11.
- GRAHAM, W.C. "The Internationalisation of Commercial Arbitration in Canada : a Preliminary Reaction", (1987) 13 *Can. Bus.L.J.* 1-41.
- GRANTHAM, W. "The arbitrability of international Intellectual property Disputes", (1996) 14 *Berkeley J.Int'l L.* 173-221.
- GROFFIER, E. "La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats", (1977) 8 *R.D.U.S.* 74-96.
- GROFFIER, E. "Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges en droit international privé", (1980) 21 *C. de D.* 331-346.

- GROFFIER, E. "The UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration. Its Salient Features and Projects", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 351-378.
- GROFFIER, E. "Une réforme urgente : l'exécution des jugements étrangers au Québec", (1978) 38 *R. du B.* 127-160.
- GUINCHARD, S. "L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)", (1997) *Rev. Arb.* 185-198.
- HABSHELD, W.J. "L'Expertise-arbitrage", dans P. SANDERS, *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, 102-119.
- HAIGH, D.R., Q.C.,  
KUNETZKI, A.K. and  
ANTHONY, C.M. "International Commercial Arbitration and the Canadian Experience", (1995) 34 *Alta L. Rev.* 137-162
- HANOTIAU, B. "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", (1994) 4 *Chunet* 899-966.
- HANOTIAU, B. "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", dans CEPANI, *L'arbitrage et le droit européen - Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, 31-64.
- HARPER, C. K. "The Options in First Options : International Arbitration and Arbitral Competence", (1998) 771 *PLI/Com.* 127.
- HASCHER, D. Note sous *Mamadou Ba c. société SIDECI*, (1993) *Rev. Arb.* 265-272.
- HEALY, T. H. "Théorie générale de l'ordre public", (1925) IV *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* 407-576.
- HERMANN, G. "The Contribution of UNCITRAL to the Development of International Trade Law", dans HORN and SCHMITTHOFF, 2 *The Transnational Law* 35-50.
- HERMANN, G. "The UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration. Its Salient Features and Prospects", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 351-378.
- HERTZ, M.T. "The Constitution and the Conflict of Laws. Approches in Canadian and American Law", (1977) 27 *U.T.L.J.* 1-68.
- HEUZÉ, V. "La morale, l'arbitre et le juge", (1993) *Rev. Arb.* 179-198.
- HEUZÉ, V. Note sous *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International Ltd*, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.360-367.
- HEUZÉ, V. Note sous *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Cass. civ., 21 mai 1997, *Rev.cr.dr.int.pr.* 88-98.

- HIGHET, K. "The Enigma of the *Lex mercatoria*", (1989) 63 *Tulane L. Rev.* 613-628.
- HOELLERING, M.F. "Arbitrability of Disputes", (1985) 41 *Bus. Lawyer*, 125-144.
- HOELLERING, M.F. "International Arbitration Agreements: A Look behind the Scenes", (1998) 53-*Nov. Disp. Resol. J.* 64-70.
- HOELLERING, M.F. "*Shearson/American Express v. McMahon*. Broadened Domain of Arbitration in U.S.A.", (1987) 4 *J. Int'l Arb.* 154-156.
- HOLTZMANNH, H.M. "Commentary", dans *International Arbitration - 60 Years of I.C.C. Arbitration - A Look at the Future*, 361-367.
- HOLTZMANNH, H.M. "Le droit des États Unis relatifs aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d'un contrat à long terme", (1975) *Rev. Arb.* 60-81.
- HOLTZMANNH, H.M. "United States", dans P. SANDERS, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 13, Sept. 1992.
- HORN, N. "Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts", dans HORN and SCHMITTHOFF 2 *The Transnational Law* 3-18.
- HORSMANS, G. "L'arbitrage et l'ordre public interne belge", (1978) *Rev. Arb.* 79-94.
- HUTCHINSON, S.G. "Nonrecognition of Post-Bankruptcy Arbitration : *Victrix Steamship Co. v. Salen Dry cargo A.B.*", (1988) 22 *Int. Law.* 1183-1196.
- IDOT, L. Note sous *Société Almira Films c. Pierrel, ès qual.*, *Rev. Arb.* 1991.628-632.
- IDOT, L. Note sous *Sté Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, *Rev. Arb.*, 1990.125-133.
- IDOT, L. Note sous *Sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c. sté Dépôts Pétroliers de Fos (D.P.F.)*, *Rev. Arb.* 1989.296-308.
- IDOT, L. Note sous *Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, *Rev. Arb.* 1991.448-452.
- J.H.M. et C.V. Observations sous *Bureau central francais des assurances c. Daugeat et autres*, *Rev. Arb.* 1990.910-915.
- JACQUET, J.M. "L'État, opérateur du commerce international", (1989) *Chunet* 621-690.
- JARROSSON, C. "L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'Homme", (1989) *Rev. Arb.* 573-607.

- JARROSSON, C. "La clause compromissoire (Art. 2061 C.c.)", (1992) *Rev. Arb.* 259-277.
- JARROSSON, C. "Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales", (1997) 86 *Rev.cr.dr.int.pr.* 657-683.
- JARROSSON, C. Note sous l'arrêt *BKMI Industriean Lagen GmbH et Société Siemens A.G. c. Dutco Construction Co (Pvt) Ltd.*, *Chunet* 1992.726-736.
- JARROSSON, C. Note sous l'arrêt *Société Hilmarton c. société OTV*, *Rev. Arb.* 1994.329-336,
- JARROSSON, C. Note sous *Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Paris, 7 décembre 1994, *Rev. Arb.* 250-258.
- JARVIN, S. "An International Chamber of Commerce Perspective", dans PATERSON and THOMPSON, *UNCITRAL Arbitration Model* 55-64.
- JARVIN, S. "Observations sous la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3916 de 1982, *Chunet* 1984.933.34
- JEANTET, F.C. Note sous *General National Maritime Transport Company c. Sté Götaverken Arendal, A.B.*, *Rev. Arb.* 1980.533-537.
- JOBIN, P.-G. "Les effets du droit penal ou administratif sur le contrat : où s'arrêtera l'ordre public?", (1985) *R. du B.* 656-704.
- JOLY, F. "États-Unis : une réforme de 1988 restreint le domaine des immunité des États étrangers en matière d'arbitrage", (1990) *Rev. Arb.* 607-616.
- KAHAN, Ph. "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme d'ordres juridiques?", dans *Études offertes à Berthold Goldman* 97-107.
- KASSIS, A. "L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria*", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 133-144.
- KAUFMAN-KOHLER, G. "Le lien de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation", (1998) *Rev. Arb.* 517-537.
- KERR, M. "Arbitration and the Courts : The UNCITRAL Model Law", (1985) 34 *International & Comparative Law Quarterly* 1-24.
- KESSEDJIAN, C. Note sous *Société Bomar Oil NV c. E.T.A.P.*, *Rev. Arb.* 1990.136-141; *Rev. Arb.* 1994.109-115
- KESSEDJIAN, C. Note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1991.587-593.

- KESSEDJIAN, C. "Principe du contradictoire et arbitrage", (1995) *Rev. Arb.* 381-410.
- KHIARI, K. "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, 13-26.
- KIERSTEAD, S. "Referral to arbitration under article 8 of the UNCITRAL Model Law : the Canadian Approach", (1998) *Can. Bus. L.J.* 98-117.
- KLEIN, F.E. La Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international", (1962) *Rev.cr.dr.int.pr.* 621-640.
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L. "Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec", (1968) 3 *R.J.T.* 143-165.
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L. "Canada", dans P. SANDERS, *International Handbook on International Commercial Arbitration*, Suppl. 10, June 1989. 1-35.
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L. "L'adaptation de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans les provinces de common law au Canada", (1989) *Rev. Arb.* 37-42.
- KOVAR, R. "Droit communautaire de la concurrence et arbitrage", dans *Études offertes à Berthold Goldman*, 109-124.
- LADOUCEUR, A. "Enclenchement et préalables", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, 67-114.
- LAGARDE, P. "Approche critique de la *lex mercatoria*", dans *Études offertes à Berthold Goldman* 124-150.
- LALIVE, P. "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", (1976) *Rev. Arb.* 155-185.
- LALIVE, P. "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", (1986) *Rev. Arb.* 329-373.
- LALIVE, P. "Problèmes spécifiques de l'arbitrage international", (1980) *Rev. Arb.* 341-372.
- LALIVE, P. "Summary of Chairman", dans P. SANDERS (ed.), *UNCITRAL'S Project*, 197-199.
- LALIVE, P. "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", dans P. SANDERS (ed.), *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration* 257-318.

- LALONDE, M. "Canada", dans P. SANDERS (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 16, October 1993, 1-39.
- LALONDE, M. and J. BUCHANAN. "Domestic and International Commercial Arbitration in Quebec", (1985) 45 *R. du B.* 705-747.
- LEBOULANGER, Ph. "État, politique et arbitrage - L'affaire du Plateau des Pyramides", (1986) *Rev. Arb.* 3-28.
- LÉCUYER-THIEFFRY, C. "Un nouveau domaine pour l'arbitrage aux États-Unis : la validité et la contrefaçon des brevets", (1985) *Rev. Arb.* 405-413.
- LEE, M.R. "Antitrust And Commercial Arbitration : An Economic Analysis", (1987) 62 *St. John's Law Review* 1-44.
- LEFEBVRE, B. "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du code civil du Québec", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (1994)*, 149-162.
- LE GALL, J.P. "Fiscalité et arbitrage", (1994) *Rev. Arb.* 253-277
- LEMIEUX, L. "L'arbitrabilité des différends présentant un caractère d'ordre public", dans *Les Journées Jean Robert*, Cours de perfectionnement en arbitrage, 1990-1991.
- LEVEL, P. "L'arbitrabilité", (1992) *Rev. Arb.* 213-240.
- LOEVINGER, L. "Antitrust Issues as Subjects of Arbitration", (1969) 44 *N.Y.U.L. Rev.* 1085-1096.
- LOQUIN, E. Note sous *Beralty c. Sté Esselte MapService et Esselte Studium*, *Chunet* 1986.1041-1049.
- LOQUIN, E. Note sous les arrêts *Société Bomar Oil N.V. c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)* et *Comité populaire de la municipalité de Khoms c. Sté Dalico Contractors*, (1994) 3 *J.D.I.* 692-701.
- LOQUIN, E. Note sous *Société Unijet S.A.A.A c. S.A.R.L. International Business Relations (I.B.R.)*, *Rev. Arb.* 1989.87-96.
- LOQUIN, E. Note sous *Société CCC Filmkunst GmbH und Co Kg c. Sté Etablissements de diffusion internationale de films EDIF*, *Chunet* 1989.1025-1044.
- LOWRY, H.P. "The United States joins the Inter-American Arbitration Convention", Allocution présentée à la Xème Conférence Interaméricaine sur l'arbitrage Commercial International, Ottawa, Novembre 1990.

- LUZZATTO, R. "International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States", (1977) IV *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 11-120.
- MANGINI, V. "Il marchio e gli altri segni distintivi", dans F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 1-380.
- MANN, F.A. "*Lex facit Arbitrum*", dans P. SANDERS, *International Arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke* 157-183.
- MARQUIS, L. "La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire", (1990) 21 *R.D.U.S.* 303-327.
- MARQUIS, L. "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois", (1992) 37 *McGill L.R.* 448-468.
- MARQUIS, L. "L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 C.p.c.", (1991) 22 *R.D.U.S.* 220-237.
- MARQUIS, L. "Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel", dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (1993)*, 125-151.
- MAYER, P. "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", dans (1989) V *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 321-454.
- MAYER, P. "La règle morale dans l'arbitrage international", dans *Études offertes à Pierre Bellet*, 378-402.
- MAYER, P. "La sentence contraire à l'ordre public au fond", (1994) *Rev. Arb.* 615-652.
- MAYER, P. "Le contrat illicite", (1984) *Rev. Arb.* 205-223.
- MAYER, P. "L'exécution des sentences arbitrale dans les pays de droit romaniste", dans C.C.I., *L'exécution des sentences arbitrales*, 47-66.
- MAYER, P. "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", (1998) *Rev. Arb.* 359-368.
- MAYER, P. "L'interférence des lois de police", dans C.C.I. *L'arbitrage commercial international - L'apport de la jurisprudence arbitrale*, 31-66.
- MAYER, P. Note sous *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sté Dalico Contractors*, *Rev cr.dr.int.pr.* 1994.664-672.

- MELIS, W. "Arbitration and the Courts", dans P. SANDERS, *UNCITRAL's Project* 83-120.
- MEZGER, E. "Dix questions relatives au titre VI du livre I NCPC", (1981) *Rev. Arb.* 543-550.
- MEZGER, E. "L'arbitrage commercial et l'ordre public", (1948) *Rev.tr.dr.comm.* 611-623.
- MOITRY, J.H. "Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* ?", (1989) *Rev. Arb.* 3-42.
- MOITRY, J.H. Note sous *Sté Saret c. SBBM*, *Rev. Arb.* 1992.663-665.
- MOITRY, J.H, et C. VERGNE. Note sous *Société L.B. Cassia c. sté Pia investments*, Paris, 1ère Ch. supp., 26 février 1988; Cass. civ. 1ère ch, 10 juillet 1990, *Rev. Arb.* 1990.860-862.
- MOREAU-BOURLES, M.A. Note sous les arrêts *Société H. c. Charles de T.*, et *Sté Ceramiche Ragno c. Chauzy*, *Rev. Arb.* 1986.49-56.
- MOSCONI, F. "Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules", (1989) V *Recueil de Cours de l'Académie du Droit International de La Haye* 9-214.
- MOTULSKY, H. Note sous *Sté Anonyme Agricole c. Torris*, J.C.P. 1955.II.8483.
- MOTULSKY, H. Note sous *Sté Comptoir Commercial André et Ciec. veuve Régaud*, J.C.P. 1956.II.9079.
- MOTULSKY, H. Note sous l'arrêt *Société "Le Provençal" c. Lambert*, J.C.P.1958, II.10777, et dans H. MOTULSKY, *Écrits - Études et notes sur l'arbitrage*, 184.
- MUSTILL, M.J. "Arbitration : History and Background", (1986) 6 *J. Int'l Arb.* 43-56.
- MUSTILL, M.J "La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : philosophie, inspiration, aspiration", (1997) *Rev. Arb.* 29-43.
- NADLER, S. C. "Enforcing an Arbitral Award Under Appeal : *Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*", (1997) 10 *The Advocate's Quaterly*, 504-510.
- NEILSON, W.A.W. "Price Adjustments in Long-Term Supply Contracts : The Saga of the Quintette Coal Arbitration", (1991) 18 *C.B.L.J.* 76-93.
- NICKLISCH, F. "Agreement to Arbitrate to Fill Contractual Gaps", (1988) *J. Int'l Arb.* 35-43.

- NIDDAM, L. A. "L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis", (1993) *Rev. Arb.* 13-62.
- NUSSBAUM, A. "Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws", (1940) 49 *The Yale Law Journal* 1027-1058.
- OPPETIT, B. "Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente", (1977) *Rev. Arb.* 315-326.
- OPPETIT, B. "Arbitrage, médiation et conciliation", (1984) *Rev. Arb.* 307-324.
- OPPETIT, B. "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978", (1979) *Rev. Arb.* 83-94.
- OPPETIT, B. "La notion de source du droit et droit du commerce international", (1982) *Archives de philosophie du droit* 43-53.
- OPPETIT, B. "Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international", (1987) *Chunet* 5-21.
- OPPETIT, B. Note sous *Impex c. Société P.A.Z. Malteria Adriatica, Malteria Tirrena*, *Chunet* 1972.65-67.
- OSTROWSKI, S. T. and Y. SHANI. "Chromalloy : United States Law and International Arbitration at the Crossroad", (1998) 73 *N.Y.U.L. Rev.* 1650-1693.
- OUAKRAT, Ph. "La pratique du CIRDI", (1987) 13 *D.P.C.I.* 273-310.
- OVERBY, A.B. "Arbitrability of Disputes Under the Federal Arbitration Act", (1986) 71 *Iowa L. Rev.* 1137-1160.
- PARK, W.W. "Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration : the English Arbitration Act of 1979", (1980) 21 *Harvard Int.Law J.* 87-127.
- PARK, W.W. "National Law and Commercial Justice : Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration", (1989) 63 *Tulane L. Rev.* 647-709.
- PARK, W.W. "Private Adjudicators and the Public Interest : the Expanding Scope of International Arbitration", (1986) 12 *Brooklin Journal of International Law* 629-674.
- PATERSON, R. "Canadian Development in International Arbitration Law : A Step Beyond Mauro Rubino-Sammartano International Arbitration Law", (1991) *Williamette L.R.* 573-593.
- PAULSSON, J. "Arbitration Unbound : Award Detached from the Law of its Country of Origin", (1981) 30 *Int. and Comp.L.Q.* 358-387.

- PAULSSON, J. "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I.", (1990) *Rev. Arb.* 55-100.
- PAULSSON, J. "L'exécution des sentences internationales dans le monde de demain", (1998) *Rev. Arb.* 637-651.
- PAULSSON, J. "The case for Disregarding LSAs (Local Standards Annullements) under the New York Convention", (1996) 7 *The American Review of International Arbitration* 99-114.
- PAULSSON, J. et J.B. de BALANDA "L'exécution des sentences arbitrales dans les pays de Common law (Angleterre et États-Unis)", dans C.C.I., *L'exécution des sentences arbitrales*, 67-85.
- PELLERIN, J. Note sous *Société Editic et autres c. A. Moreau*, *Rev. Arb.* 1996.129-131.
- PELLERIN, J. Observations sous l'arrêt *Société Chantiers modernes c. société Bétons chantiers*, (1991) *Rev. Arb.* 649-650.
- PIETROWSKI, J.A. "Enforcing International Commercial Arbitration Agreements - Post-*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*", (1986-87) 36 *Am. U. L. Rev.* 57-92.
- PIGEON, L.-P. "The Meaning of Provincial Autonomy", (1951) 29 *Can. Bar Rev.* 1126-1135.
- PIRRWITZ, B. "Comment. Annulment of Arbitral Awards Under Article 52 of the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between states and Nationals of Other States", (1988) 23 *Texas Int'l L.J.* 73-116.
- PITOFSKI, R. "Arbitration and Antitrust Enforcement", (1969) 44 *N.Y.U.L. Rev.* 1072-1084.
- POMERLEAU, M. "L'arbitrage interprovincial et international au Canada : aspects constitutionnel et législatif", (1985) *Rev. Arb.* 373-404.
- POUDRET, J.F. "Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton?*", (1998) *Rev. Arb.* 7-24.
- PRUJINER, A. "Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales", dans Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, *Competition and arbitration law*, 1993, 283-294.
- PRUJINER, A. "Exécution des sentences arbitrales internationales au Québec", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 289-304.
- PRUJINER, A. "L'adaptation forcée du contrat par arbitrage", (1992) *McGill L.J.* 428-447.

- PRUJINER, A. "La force obligatoire des clauses d'arbitrage. (Article 8 de la Loi-type de la C.N.U.D.C.I.)", (1994) *Rev. Arb.* 569-580.
- PRUJINER, A. "Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec", (1987) *Rev. Arb.* 425-449.
- PRUJINER, A. "Validité et efficacité des conventions d'arbitrage", (1995) *C.P. du N.* 249-279.
- RÉMILLARD, G. "Souveraineté et fédéralisme", (1979) 20 *C. de D.* 237-246.
- REYMOND, C. "L'Arbitration Act, 1966 : convergence et originalité", (1997) *Rev. Arb.* 45-68.
- RIGALDIES, F. et J. WOEHLING. "Le juge interne canadien et le droit international", (1980) 21 *C. de D.* 293-329.
- ROBERT, J. "La Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961", D.1961.II.174-184.
- ROBERT, J. "L'arbitrage en matière internationale", D.1981, chron. 209.
- ROBERT, J. "Les conflits individuels du travail et l'arbitrage après la loi du 6 mai 1982", (1982) *Rev. Arb.* 169-175.
- ROBERT, J. Note sous *Entreprise Nordsee c. Entreprise Reederei*, D.S. 1983.II.633.
- ROBERT, J. Note sous *Soc. anonyme Thinet et Cie et autres c. Labrely, ès qual.*, D.S. 1989.578-581.
- ROWE, M.C. "The Contribution of the I.C.C. to the Development of International trade Law", dans HORN and SCHMITTHOFF, 2 *The Transnational Law* 51-60.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. "Arbitrage. Principes généraux. L'arbitrage du droit romain au décret du 14 mai 1980. La réforme : décret du 14 mai 1980", *J. Cl. Pr. civ.*, Fasc. n° 1010.
- SANDERS, P. "L'arbitrage et les transactions commerciales à long terme", (1975) *Rev. Arb.* 81-87.
- SANDERS, P. "Codes of Conduct and sources of law", dans *Études offertes à Berthold Goldman* 281-298.
- SANSON-HERMITTE, M.A. "La notion de source de droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence", dans *Études offertes à Berthold Goldman* 299-326.
- SCHLICHER, J.W. "The Patent Arbitration Law : A New Procedure for Resolving Patent Infringement Disputes", (1985) *Arb. J.* 7-18.

- SCHLOSSER, P.F. "Arbitration and the European Public Policy", dans CEPANI éd., *L'arbitrage et le droit européen, Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997* 81-100.
- SCHMITTHOFF, C.M. "Extrajudicial Dispute settlement", dans *C.M. Schmitthoff's Select Essays* 637-653.
- SCHMITTHOFF, C.M. "Hardship and Intervener Clauses", (1980) *Journal of Business Law* 82-91.
- SCHMITTHOFF, C.M. "L'arbitrage et les transactions commerciales à long terme", (1975) *Rev. Arb.* 81-87.
- SCHMITTHOFF, C.M. "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions", dans HORN and SCHMITTHOFF, 2 *The Transnational Law* 19-31.
- SCHMITTHOFF, C.M. "The Jurisdiction of the Arbitrator", dans *C.M. Schmitthoff's Select Essays* 629-636.
- SCHWEBEL, S.M. and S.G. LAHNE. "Public Policy and Arbitral procedure", dans P. SANDERS ed., *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration* 205-226.
- SCOWCROFT, J. Note sous *Valero Refining, Inc. v. Trade and Transport, Inc.*, (1988) *XIII Yearbook* 141-142.
- SEBESTYEN, G. "Arbitrage et coopération industrielle internationale", (1977) *Rev. Arb.* 33-39.
- SENGER-WEISS, E. M. "Enforcing Foreign Arbitral Awards", (1998) *53 Dispute Resolution J.* 70-78.
- SILBERMAN ABELLA, R. "Public Policy and the Judicial Role", (1989) *34 McGill L.J.* 1021-1035.
- SIQUEIROS, J.L. "Comparison of Main Conventions Affecting Inter-American Arbitration", Allocution présentée à la *Xème Conférence interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*.
- SLADE, L. "Commentaires", dans ANTAKI et PRUJINER, *Actes*, 385-392.
- SPERDUTI, G. "Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public", (1977) *66 Rev.cr.dr.int.pr.* 258-270.
- STIPANOWICH, T.J. "Punitive Damages in Arbitration. *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.* Reconsidered", (1986) *56 Boston University Law Rev.* 953-1012.
- SYNVET, H. Note sous *Sté Courrèges Design c. Sté André Courrèges et autres*, *Rev. Arb.* 1992.117-124.

- SYNVET, H. Note sous *Société Gatoil c. National Iranian oil company*, *Rev. Arb.* 1993.288-299.
- SYNVET, H. "Quelques réflexions sur l'immunité de juridiction de l'État étranger", (1985) *Clunet* 865-887.
- SWAN, J. "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws", (1985) 63 *R. du B. Can.* 271-321.
- SZURSKI, T. "Arbitration Agreement and Competence of the Arbitration Tribunal", dans P. SANDERS ed., *UNCITRAL'S Project* 53-77.
- TALPIS, J.A. "Choice of Law and Forum Selection Clauses Under the New Civil Code of Quebec", (1994) 96 *R. du N.* 184-227.
- TALPIS, J.A. "Legal Rules Which Determine their Own Sphere of Application", (1982-83) 17 *R.J.T.* 201-231.
- TALPIS, J.A. et J.G. CASTEL. "Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé", dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil.* 807-933.
- TALPIS, J.A. et G. GOLDSTEIN. "Analyse critique de l'Avant-projet de la loi du Québec en droit international privé", (1989) *R. du N.* 293-351 et 606-646.
- THOMPSON, B.J. "A British Columbia Perspective on International Commercial Arbitration", (1987-88) 13 *Can.Bus.L.J.* 70-85.
- THUILLEAUX, S. et D.M. PROCTOR. "L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaires et arbitrales", (1992) *McGill L.J.* 470-509.
- TREMBLAY, R. "Commentaire des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage", (1988) 13 *Can. Bus. L.J.* 70-85.
- TREMBLAY, R. "La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel", (1988-89) 91 *R. du N.* 246-254.
- van DEN BERG, A.J. "Commentary cases", (1986) *Yearbook of Commercial Arbitration* 409.
- van DEN BERG, A.J. "Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention", (1985-86) *Arb.Int.* 191-219.
- van HECKE, G. "Arbitrage et restrictions de la concurrence", (1973) *Rev. Arb.* 3-16.
- VEEDER, V.V. "England", (1996) *Yearbook of Commercial Arbitration* 369-373.

- VEEDER, V.V. "La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1966 : la naissance d'un magnifique éléphant", (1997) *Rev. Arb.* 3-28.
- VEZINA, G. "La clause compromissoire et l'exécution de la sentence", dans *Les Journées Jean Robert*, 13 mai 1987, 34-41.
- VEZINA, P. "La convention d'arbitrage vs la convention entre actionnaires et la promesse d'achat-vente", (1990) 1 *C.P. du N.* 189-218.
- von MEHREN, R.B. "Enforcement of Foreign Arbitral Awards in The United States", (1998) 771, *PLI/Com.* 147-179.
- WEIBEL, M. "Federal Securities Arbitration. Does It Provide Adequate Relief?", (1993) *Arb. J.* 54-58.
- WESTBROOK J. L. "The Coming Encounter : International Arbitration and Bankruptcy", (1983)67 *Minnesota L. Rev.* 595-641.

## C - RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS

*Commentaire Analytique du Projet de texte d'une Loi-Type sur l'Arbitrage Commercial International, Gazette du Canada, Vol. 120, n° 40, 4/10/86, Suppl.*

*Commentaires du Ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits), Supplément Droit civil Québécois, Les Publications Dacfo, 1993.*

*Mémoires de la Chambre des Notaires du Québec - Projet de Loi 125 - Code civil du Québec, tome I, Livre premier au cinquième, Montréal, juillet 1991.*

*Note explicative du Secrétariat de la C.N.U.D.C.I relative à la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international.*

*Rapport à M. le Premier Ministre concernant la réforme du N.C.P.C. français par le décret du 12 mai 1981, J.C.P. 81 n° 23 (supplément), 3 juin 1981.*

*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (travaux de sa dix-huitième session), Vienne, 3-21 juin 1985, Gazette du Canada, Vol. 120, n° 40, 4 octobre 1986, Suppl.*

*Rapport de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des obligations - de la convention d'arbitrage (projet de loi 125), 1991.*

*Rapport sur la convention d'arbitrage, Office de révision du Code civil, XXII, Montréal, Éditeur Officiel, 1973.*

*Rapport sur le Code civil du Québec, Projet de Code civil, Livre 9, Du droit international privé, Québec, Éditeur officiel, 1978.*

*Rapport sur le droit international privé, Office de révision du Code civil, XXXII, Montréal, Éditeur Officiel, 1975.*

*Recueil des lois uniformes de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.*

## JURISPRUDENCE

## A - DROITS CIVILS (AUTRES QUE LE QUÉBEC).

Avis de l'Assemblée Générale du Conseil d'État, 6 mars 1986, sur l'affaire *Walt Disney Marne de la Vallée*, dans *Études et documents du Conseil d'État*, 1987.178.

*Banque de Financement Ind. c. Rondy*, Paris, 12 mai 1975, *Rev. Arb.* 1977.177.

*BKMI Industriean Lagen GmbH et Société Siemens A.G. c. Dutco Construction Co (Pvt)*, Paris, 1ère ch. civ., 5 mai 1989; Cass. civ., 1ère ch., 7 janvier 1992, *Clunet* 1992.707.

*Boulois c. UNESCO*, Paris, Trib. Gr. Inst. (ord. réf.), 20 octobre 1997, *Rev. Arb.* 1997.575.

*Bureau central français des assurances c. Daugeat et autres*, Nîmes, 12 septembre 1985, *Rev. Arb.* 1990.910.

*Bureau de recherches géologiques et minières (B.R.G.M.) et autres c. société Patino International N.V.*, Paris, 5ème ch., 11 décembre 1981, *Rev. Arb.* 1982.311.

*Beralty c. sociétés Esselte Map Service et Esselte Studium*, Paris, 5ème ch., 9 novembre 1984, *Clunet* 1986.1039.

*Caille et Jobart ès qual. c. société Peter Cremer France*, Cass. com., 19 mai 1987, *Rev. Arb.* 1988.143.

*Cassiau et autres c. société Le Parc des Pyrénées*, Cass. Comm., 29 mars 1994, *Rev. Arb.* 1996.527.

*Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. société Dalico Contractors*, Cass. civ., 1ère ch., 20 décembre 1993, *Rev. Arb.* 1994.117; *Clunet* 1994.432; *Rev. cr. dr. int. pr.* 1994.663.

*Commandement des Forces aériennes de la République islamique d'Iran c. société Bendone Derossi International*, Cass. civ., 1ère ch. supp., 20 décembre 1984, (1987) *XII Yearbook* 482; *Rev. Arb.* 1985.418.

*Communauté urbaine de Casablanca c. société Degrémont*, Cass. civ., 1ère ch., 15 juin 1994, *Rev. cr. dr. int. pr.* 1994.680.

*Compagnie d'armement maritime c. Compagnie Tunisienne de navigation*, Cass. civ., 1ère ch., 18 mars 1980, *Rev. Arb.* 1980.496; *Clunet* 1980.874.

*Coumet, ès qual. et Ducler c. société Polar-Rakennusos a Keythio*, Paris, 1ère ch. supp., 8 mars 1990, *Rev. Arb.* 1990.675.

*Cosiac c. Lucchetti et autres*, Cass. Civ., 1ère ch., 10 mai 1988, *Rev. Arb.* 1988.639.

*Dambricourt c. Rossart*, Cass. civ., 27 janvier 1931, *Clunet* 1932.93, *Gaz. Pal.* 1931.I.448; S.1933.I.41; *Cass. Req.*, 4 juin 1934, D.H. 1934.361.

*Damon c. Abu Nasser*, Paris, 5 avril 1990, *Rev. Arb.* 1990.874.

*Demarti, ès-qual. syndic de F.L.S.P. c. Le Bris, ès-qual. C.O.M.A.R.P.A.*, Paris, 1ère ch. civ., 3 mai 1988, *Rev. Arb.* 1989.75.

*Diagrama c. Christian Dior*, Paris, 1ère ch. supp., 13 mai 1988, *Rev. Arb.* 1989.250.

*Dover et Tabordeau c. Confex*, Paris, 1ère ch. supp., 7 févr. 1991, *Rev. Arb.* 1992.634.

*Etablissement Chavanne c. Les Fermiers réunis des Flandres*, Cass. com., 9 juillet 1974, *Rev. Arb.* 1976.107.

*État français c. Société Européenne d'études et d'entreprises (S.E.E.E.)*, Cass. civ., 18 novembre 1986, *Clunet* 1987.120, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1987.78; *Rev. Arb.* 1987.149.

*État du Sénégal c. Seutin, ès-qual de liquidateur de la société S.O.A.B.I.*, Paris, 5 décembre 1989, *Rev. Arb.* 1990.165; *Clunet* 1990.141.

*Fabre et autres c. Espitalier et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 30 mars 1995, *Rev. Arb.* 1996.130

*Firme Denis Coakley c. Reverdy*, Reims, ch. civ., 23 juillet 1981, *Rev. Arb.* 1982.303.

*Fougerolle S.A. c. Procofrance S.A.*, Paris, 1ère ch. civ., 25 mai 1990, *Rev. cr. dr. int. pr.* 1990.753; *Rev. Arb.* 1990.92; Cass. civ., 1ère ch., 25 mai 1992, *Rev. Arb.* 1993.91.

*General National Maritime Transport Co. c. société Götaverken Arendal A.B.*, Paris, 21 février 1980, *Clunet* 1980.660; *Rev. Arb.* 1980.524; D.S. 1980.568.

*GIE commerçants réunis indépendants c. sté Multimob*, Cass. civ., 2ème ch., 25 octobre 1995, *Rev. Arb.* 1996.127.

*Gosset c. société Carapelli*, Cass. civ., 7 mai 1963, J.C.P. 1963.II.13405; *Clunet* 1964.83; D. 1963.545; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963.615; *Rev. Arb.* 1963.60.

*Gouvernement de l'État du Qatar c. Creighton*, Paris, 12 janvier 1996, DS 1996. IR.65; *Rev. Arb.* 1996.428; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1997.811.

*Hecht c. société Buisman's*, Cass, civ., 1ère ch., 4 juillet 1972, *Clunet* 1972.843; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1974.82; *Rev. Arb.* 1972.671

*Impex c. société P.A.Z Malteria Adriatica*, Colmar, 29 novembre 1968, J.C.P. 70. II. 16246; Paris, 22ème ch., 20 juin 1969, *Clunet* 1971.118; Cass. civ., 1ère ch., 18 mai 1971, *Clunet* 1972.62.

*M. Sohm ès. qual. c. société Simex*, Paris, 1ère ch. supp., 27 février 1992, *Rev. Arb.* 1992.590.

*Mardèle c. Müller*, Cass. civ., 19 février 1930, *Clunet* 1931.90; D.H. 1930.228, *Rec. Gaz Pal.* 1931.I.449; S. 1933.I.41.

*Menicucci c. Mahieux*, Paris, 13 décembre 1975, *Clunet* 1977.106; *Rev.cri.dr.int.pr.* 1977.507; *Rev. Arb.* 1977.147.

*Ministère tunisien de l'Équipement c. société Bec Frères*, Paris, 1ère ch. civ., 24 février 1994, *Rev. Arb.* 1995.275.

*O.N.I.C. c. Capitaine du S.S San Carlo*, Cass. civ., 1ère ch., 14 avril 1964, J.C.P. 1965.II.14406; *Clunet* 1965.646; *Rev. Arb.*, 1964.82; D.1964.637.

*Pabalk Ticaret c. Norsolor*, Cass. Civ., 1ère ch., 9 octobre 1984, *Rev. Arb.* 1985.431; *Clunet* 1985.679; D. 1985.101; (1985) 2 *J. Int'l Arb.*, 68.

*Payart c. société Morgan Crucible Company*, Paris, 1ère ch. supp., 29 novembre 1990, *Rev. Arb.* 1991.659.

*Petitdidier et autres c. Lumbroso et autre*, Paris, 7 novembre 1996, *Rev. Arb.* 1997.239 (8ème espèce).

*Quijano Aguero et autres c. Marcel Laporte*, Paris, 1ère ch. supp., 25 janvier 1972, *Rev. Arb.* 1973.158.

*République arabe d'Égypte c. Société Chromalloy Aero Services*, Paris, 1ère ch., 14 janvier 1997, *Rev. Arb.* 1997.394.

*République arabe d'Égypte c. Southern Pacific Properties Ltd. et Southern Pacific Properties (Middle East)*, Paris, 1ère ch. supp., 12 juillet 1984, *Rev. Arb.* 1986.75.

*Rivière c. Roumiantzeff*, Cass. civ., 1ère sect., 17 avril 1953, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1953.412; *Clunet* 1953.860; J.C.P. II.1953.7863.

*Salama El Radi Khalil Ali Darwish c. sté Huurre Oy*, Paris, 1ère ch. civ., 16 février 1995, *Rev. Arb.* 1996.129.

*S.A. Monotype c. S.A.R.L. France Phologramme*, Cass. com., 23 avril 1974, *Rev. Arb.* 1975.161.

*S.A. S.E.M.I.P. c. S.A. Ducar et autre*, Cass. com., 19 juillet 1982, D.S. 1983 I.R. 6.

*SCP d'architecture Global c. SCI Delessert Beethoven et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 10 février 1994, *Rev. Arb.* 1998.549.

*Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c. Sté Al Tayar*, Paris, 1ère ch. civ., 19 mai 1994, *Rev. Arb.* 1996.66.

*Sieur Philippe Renault c. société V 2000 et Projet XJ220 Ltd*, Paris, 7 décembre 1994, *RTD com.* 1995.401; Cass. Civ., 1ère ch., 21 mai 1997, *Clunet* 1998.969; *Rev. cr.dr.int.pr.* 1998.87.

*SNC Danton Défense c. SA Cotelle, Bella et Delpha*, Paris, 1ère ch. civ., 20 mai 1994, *Rev. Arb.* 1994.397

*Société Algotherm c. sté DEP*, Paris, 1ère ch. C, 11 janvier 1996, *Rev. Arb.* 1996.100

*Société Almira Films c. Pierrel ès qual.*, Paris, 1ère ch. supp., 16 février 1989, *Rev. Arb.* 1989.711; Cass. civ., 1ère ch., 5 février 1991, *Rev. Arb.* 1991.626.

*Société Aplix c. société Velcro*, Paris, 1ère ch. civ., 14 octobre 1993, *Rev. Arb.* 1994.164.

*Société Arabian Construction c. sté Saipem*, Paris, 1ère ch. civ., 30 mai 1996, *Rev. Arb.* 645.

*Société Ardi et autres c. société Scapnor et autre*, Paris, 1ère ch. civ., 12 janvier 1995, *Rev. Arb.* 1996.72.

*Société Auvinet S.A. c. S.A. Sacomi et Poirier*, Rennes, 1ère ch., 26 septembre 1984, *Rev. Arb.* 1986.441.

*Société Bomar Oil NV c. ETAP*, Cass. civ., 1ère ch., 11 octobre 1989, *Rev. Arb.* 1990.134; Cass. civ. 1ère ch., 9 novembre 1993, *Rev. Arb.* 1994.108.

*Société CCC Filmkunst GmbH und Co Kg c. société Etablissements de diffusion internationale de films EDIF*, Paris, 1ère ch. supp., 28 janvier 1988, *Clunet* 1989.1021.

*Société C.F.I.D. c. société Établissement A. Arnaud*, Paris, 1ère ch. supp., 22 janvier 1988, *Rev. Arb.* 1989.251.

*Société Chantiers Modernes c. société Bétons chantiers*, Cass. civ., 2ème ch., 28 février 1990, *Bull. civ. II* n° 24; *Rev. Arb.* 649.

*Société Chantiers Modernes c. société Le Concassage Mobile Georges Cachot*, Paris, 1ère ch. supp., 8 décembre 1988, *Rev. Arb.* 1989.111.

*Société Commercial Agraria Hermanos Lucena c. sté Transgrain France*, Paris, 1ère ch. civ., 12 décembre 1996, *Rev. Arb.* 1998.698.

*Société Comptoir Commercial André et Cie c. veuve Régaud*, Paris, 1ère ch. supp., 24 novembre 1955, *J.C.P.* 1956.II 9079.

*Société Courrèges Design c. société André Courrèges et autres*, Paris, 1ère ch. supp., 5 avril 1990, *Rev. Arb.* 1992.110; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1991.580.

*Société Dauphin O.T.A. c. Sté Decaux Paris Publicité Abribus*, Paris, 22 mai 1980; Cass. com., 21 octobre 1981, *Rev. Arb.* 1982.264.

*Société Deko c. G. Dingler et société Meva*, Paris, 1ère ch. civ., 24 mars 1994, *Rev. Arb.* 1994.515.

*Société de Recherches et d'études techniques c. société de Béton S.B.B.M.*, Paris, 1ère ch. supp., 26 janvier 1990, *Rev. Arb.* 1991.127.

*Société des Ets. Marcel Sebin et autres c. société Irridelco International Corp. et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 23 mars 1993, *Rev. Arb.* 1998. 540.

*Société Duarib c. sté des Etablissements Jallais*, Cass. civ., 2ème ch., 10 novembre 1998, *Rev. Arb.* 1998.681.

*Société Dubois et Vanderwalle c. sté Boots Frites BV*, Paris, 1ère ch. civ., 22 septembre 1995, *Rev. Arb.* 1996.100.

*Société Editic et autres c. A. Moreau*, Paris, 1ère ch. civ., 2 février 1995, *Rev. Arb.* 1996.128.

*Société E.U.R.O.D.I.F. et autres c. République islamique d'Iran*, Cass. civ., 1ère ch., 14 mars 1984, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1984.644; *Clunet* 1984.598; *D.* 1984.629; *J.C.P.* 1984.II.20205; *Rev. Arb.* 1985.69.

*Société European Gas Turbines SA c. société Westman International*, Paris, 1ère ch. civ., 30 septembre 1993, *Rev. Arb.* 1994.359; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1994.349. Cass. Civ. 1ère ch., 19 décembre 1995, *Rev. Arb.* 1996.49; *RTD com.*1996.IV.667.

*Société Européenne d'Études et d'Entreprises (S.E.E.E.) c. République socialiste fédérale de Yougoslavie et autres*, Orléans, ch. civ., 13 décembre 1979; Cass. civ.,

1ère ch., 13 octobre 1981, *Rev. Arb.* 1983.63; Rouen, 1ère et 2ème ch. civ. réunies, 13 novembre 1984, *Rev. Arb.* 1985.115.

*Société Fleurot Charveb et fils c. société Courrèges Homme*, Cass. com., 10 janvier 1984, *Rev. Arb.* 1984.492; Cass. com., 12 févr. 1985, *Rev. Arb.* 1985.2.

*Société Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens*, Paris, 1ère ch. supp., 29 mars 1991, *Rev. Arb.* 1991.478.

*Société Gatoil c. National Iranian oil company*, Paris, 1ère ch. supp., 17 décembre 1991, *Rev. Arb.* 1993.281.

*Société Grands Moulins de Strasbourg c. C. Continental France*, Cass. civ., 1ère ch., 15 mars 1988; Versailles, ch. réunies, 2 octobre 1989, *Rev. Arb.* 1990.115.

*Sté Grands Moulins Prodhomme c. sté Soja France*, Paris, 12 décembre 1978, *Rev. Arb.* 1979.372; *Gaz. Pal.* 1979.I.205.

*Société Hilmarton c. société Omnium de traitement et de valorisation*, Cass. civ., 1ère ch., 23 mars 1994, *Chunet* 1994.701.

*Société Hostin armes blanches c. société Prient Sport*, Paris, 1ère ch. supp., 10 février 1984, *Rev. Arb.* 1985.176.

*Société Immoplan c. société Mercure*, Paris, 1ère ch. supp., 19 janvier 1990, *Rev. Arb.* 1991.125.

*Société Intertradex c. société Romanian Shipping Company*, Paris, Trib. Gr. Inst. (ord. réf.), 20 février 1996, *Rev. Arb.* 1998.577.

*Société Iro-Holding c. sté Sétilex*, Paris, 1ère ch. supp., 9 juin 1983, *Rev. Arb.* 1983.497.

*Société Jean Tardits c. Koru Og Foderstof Kompagniet*, Orléans, 15 mai 1961, *Rev. cr. dr. int. pr.* 1961.779; J.C.P. 61.II.12356; *Chunet* 1962.140.

*Société KFTCIC c. société Icori Estero et autre*, Paris, 1ère ch. civ., 13 juin 1996, *Rev. Arb.* 1997.251; *Chunet* 1997.151; *RTD com.* 1997.II.236.

*Société Labinal c. société Mors et société Westland Aerospace*, Paris, 1ère ch. A, 19 mai 1993, *Rev. Arb.* 1993.645; *Chunet* 1993.957.

*Sté Lucernex c. société Négobeureuf* Cass. Com., 17 juin 1997, *Rev. Arb.* 1998.539.

*Société Maatschappij voor Industriële Reaserch en Ontwikkeling c. Lievremeont et autres*, Cass. civ., 1ère ch., 25 mai 1983, *Rev. Arb.* 1985.415.

*Sté Matra Hachette c. société Reteitalia*, Paris, 1ère ch. D, 20 septembre 1995, *Rev. Arb.* 1996.87.

*Société Murgue Seigle c. société Coflexip*, Paris, 1ère ch. supp., 14 mars 1989, *Rev. Arb.* 1991.355.

*Sté Navimpex Centrala Navala c. Sté Wiking Trader*, Cass. civ., 1ère ch., 6 décembre 1988, *Rev. Arb.* 1989.641.

*Société Paris c. société Razel*, Paris, 1ère ch. civ., 20 juin 1996, *Rev. Arb.* 1996.657.

*Société Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c. société Dépôts Pétrolier de Fos (D.P.F.)*, Paris, 1ère ch. supp., 20 janvier 1989, *Rev. Arb.* 1989.281.

*Société Pigadis c. sté Prodim*, Paris, 1ère ch. civ., 6 juillet 1995, *Rev. Ar.* 1997.85.

*Société Polish ocean Line c. société Jolasry*, Cass. civ., 1ère ch. civ., 10 mars 1993; Douai, 8ème ch. civ., 18 avril 1991, *Clunet* 1993.360; *Rev. Arb.* 1993.255.

*Société Procédés de préfabrication pour le béton c. Libye*, Paris, 1ère ch. civ., 28 octobre 1997, *Rev. Arb.* 1998.399.

*Sté Prodexport c. société FMT productions* Cass. Civ., 1ère ch., 3 juin 1997 *Rev. Arb.* 1998.537.

*Société Saret c. SBBM*, Cass. com., 4 févr. 1992, *Rev. Arb.* 1992.663.

*Société Sermi et Maître Hennion ès qual. c. société Ortec*, Paris, 1ère ch. civ., 15 mai 1997, *Rev. Arb.* 1998.558.

*Société Siab et autres c. société Valmont et autres*, Paris, 1ère ch.civ., Cass. civ. 8 juillet 1994, *Rev. Arb.* 1996.428.

*Société SICA Veradour c. Etablissement Larroche*, Paris, 7 juillet 1989, *Rev. Arb.* 1990.115; Cass. civ., 2ème ch., 20 février 1991, *Rev. Arb.* 1991.447.

*Société Sorvia c. Weinstein International Disc Corp.*, Paris, 1ère ch. supp., 25 mars 1983, *Rev. Arb.* 1984.363.

*Sociétés T.A.I., E.S.W., et I.E.C. c. sociétés S.I.A.P.E., Engrais de Gabès, Me. Lafont ès qual. et Ferrari*, Paris, 1ère ch. supp., 2 juin 1989, *Rev. Arb.* 1991.87.

*Société Thinet c. Labrely ès-qualités*, Cass. civ., 1ère ch., 8 mars 1988, *Rev. Arb.* 1989.473; D.S. 1989.577.

*Société Total Chine c. sociétés E.M.H. et G.S.C.*, Paris, 28 juin 1988, *Rev. Arb.* 1989.328.

*Société Totaliment c. Sté Le Comptoir Agricole du Pays Bas-Normand*, Paris, 1ère ch. supp., 15 juin 1956, J.C.P. 1956.II. 9419; *Rev. Arb.* 1956.97; *Gaz. Pal.* 1956.II.123.

*Société Unijet S.A. c. S.A.R.L. International Business Relations*, Paris, 1ère ch. supp., 6 mai 1988, *Rev. Arb.* 1989.83.

*Sté V2000, sté Project XJ 220 LTD c. Renault Jean François*, Paris, 1ère ch. D, 7 décembre 1994, *RTD com.* 1995.II.401; *Rev. Arb.* 1996.245; Cass. civ., 1ère ch., 21 mai 1997, *Chunet* 1998.969; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1998.87.

*Société Vert Distribution c. société Prodim et autres*, Paris, 1ère ch. civ., 16 mars 1995, *Rev. Arb.* 1998.553.

*Tardieu c. société Bourdon*, Cass. civ., 1ère ch., 7 octobre 1980, J.C.P. 1980.II.19480; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1981.313; *Rev. Arb.* 1982.36.

*Tissot c. Neff*, 28 novembre 1950, Bull. civ. III n° 355; D. 1951.170; S. 1951.120; *Gaz. Pal.* 1951.I.80.

*Trésor public c. Galakis*, Cass. civ., 1ère ch., 2 mai 1966, *Chunet* 1966.648; *Rev.cr.dr.int.pr.* 1967.553; D.S. 1966.575; *Rev. Arb.* 1966.99.

Cass. civ., 17 mai 1927, D.1928.I.25, *Concl. Matter*; *Gaz. Pal.* 1927, 2ème sem. 153.

## B - DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS.

*Argos Film v. Ciné Inc.*, C.S.M., (1987) R.J.Q. 2123.

*Association des radiologistes du Québec c. Rochon*, C.S.M., 19 mars 1997, 500-05-011523-956, J.E. 97-1057, [1997] A.Q. No.1023.

*Ateliers de Haute-Garonne Établissements Auriol & Cie c. Dominion Bridge corp.*, C.S.M., 6 mai 1998, No. 500-05-038558-985, [1998] A.Q. No.1453.

*Banque de Nouvelle Écosse c. Starr*, C.A., No. 500-09-006487980 (500-22-001469-975 C.S.M.), [1999] J.Q. No.222.

*Beaudry c. 151444 Canada Inc.*, J.E. 90-1257.

*Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting*, [1990] R.J.Q. 1681.

*171486 Canada Inc. c. Rogers Cantel Inc.*, C.S.M., 3 octobre 1994, No. 500-05-008033-944, [1994] A.Q. 1197.

*Charbonneau c. Les Industries A.C. Davie et le Procureur général du Québec*, [1989] R.J.Q. 1255.

*Chateau c. Université McGill*, C.S.M., 20 janvier 1999, No. 500-05-033793-975, [1999] A.Q. No. 167.

*Cima Société d'Ingénierie c. Immeuble Marton Ltée*, C.S.M., 12 décembre 1995, No. 500-05-010495-958, [1995] A.Q. no. 1189.

*Cité-Amérique Cinéma-Television Inc. c. Raynauld*, C.S.M., 26 août 1998, No. 500-05-042757-987, [1998] A.Q. no. 2665

*Club de hockey Les Nordiques (1979) Inc. c. Lukac*, [1987] R.D.J. 360 (C.A.).

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Acier Lemarco Steel Inc.*, J.E. 95-419 (C.S.).

*Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

*Cortas Canning and Refrigerating Co v. Suidan Bros. Inc.*, C.S.M., March 26, 1999, No. 500-05-040205-989, J.E. 99-827; [1999] Q.J. No. 1089.

*Couplan Inc. c. C.E.V.M.I.- Chimie*, [1979] C.A. 234.

*Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, C.S.M., 1 avril 1999, No. 500-05-037773-973, J.E. 99-873; [1999] J.Q. No. 1123.

*D. Frampton & Co. c. Thibeault*, Cour Fédérale, 7 avril 1988, No. de greffe T-723-86, [1988] A.C.F. No. 305.

*Desbois c. Industries A.C. Davie Inc.*, (C.A.Q.), J.E. 90-994; [1990] A.Q. No. 616.

*Di Stefano c. Landscasters Inc.*, [1994] R.Q.J. 1621.

*Dominion Bridge Corp. c. Knai*, 5 décembre 1997, No. 500-09-004819-975 (500-17-000365-976), [1997] A.Q. No. 3923.

*Eclipse Optical Inc. c. Bada U.S.A. Inc.*, C.S.M., 18 novembre 1997, No. 500-22-004112-978, [1997] A.Q. 3892.

*Entreprises Apac Inc. c. Université Bishop's*, C.S. Saint François (Sherbrooke) 450-05-002051-973, J.E. 1998-740.

*Entreprises modernes Daveluyville Inc. c. Industries Leclerc Inc.* (C.S. Distr. de D'Arthabaska), 28 novembre 1995, No. 415-05-000128-958, [1995] A.Q. No. 2300.

*Fortin c. Chretien*, C.A.Q., 17 décembre 1998, No. 200-09-001237-962 (235-05-000106-964 C.S.F.), [1998] A.Q. no. 4010.

*Gabriel Aubé Inc. c. La Sarre (Ville)*, C.A., No. 200-09-000589-918 (605-05-000134-895 C.S.), [1991] A.Q. No. 2213.

*Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1990] R.J.Q. 925; [1992] R.C.S. 499; [1993] C.A. 1.

*Gestion St-Gilles Inc. c. Laidlaw Waste Systems (Canada) Ltd.*, C.S.Q., 2 septembre 1998, No. 200-05-006559-979, [1998] A.Q. No. 2804.

*Girard c. Véronneau*, [1980] C.A. 534.

*Gilbert Conseil Select Inc. c. 9034-8111 Québec Inc.*, C.S.Q., 28 mai 1998, No. 200-05-009258-984, [1998] A.Q. No. 2002.

*G.M.A.C. c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017.

*John Helmsing Schiffahrtsgesellschaft M.b.H. c. Marechart*, (1982) 1 C.F. 186.

*Kendrick c. Merling*, C.S.M., 2 juin 1992, J.E. 92-1142.

*Kielo c. Vekteris*, [1975] C.A. 856.

*Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada Inc.*, C.S.M., 15 septembre 1998, No. 500-05-040977-983, [1998] A.Q. No. 2835.

*Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, C.A. 15 juin 1990, No. 500-09-000480-905 (500-05-006765-893 C.S.M.); [1990] A.Q. No. 1089; C.S., 4 avril 1991, No. 22164, S.C.C. Bulletin, 1991, 883.

*International Civil Aviation Organisation c. Tripal Systems Ply*, C.S.M., 9 septembre 1994, J.E. 94-1541; [1994] R.J.Q. 2560.

*Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours*, [1990] R.J.Q. 402.

*Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, C.S.M., 1er avril 1997, No. 500-02-051752-967; [1997] A.Q. No. 1165.

*Lu-Den Casuals Ltd c. Springdale Canada Inc.*, C.A.M, 17 avril 1986, No. 500-09-001678-820, [1986] A.Q. No.623.

*Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, C.S.M., 1er avril 1997, No. 500-02-051752-967; [1997] A.Q. No.1165.

*Luc Mousseau c. société de gestion Paquin Ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.M., 500-05-000097-947).

*Mancone c. Productions Urgence Inc.*, C.S.M., 19 avril 1999, No. 500-05-019434-966, [1999] J.Q. no. 1374.

*M.R. c. F.L.* [1994] A.Q. No. 1301, C.S.Q. (Chambre de famille), No. 200-12-034212-861.

*National Gypsum Co. v. Northern Sales*, [1964] R.C.S. 144.

*Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamship Ltd. et autres*, [1987] R.J.Q. 1346.

*Opron c. Aero System Engineering Inc.* C.S.M., 11 février 1999, No. 500-05-043288-982, [1999] J.Q. no. 420.

*Parent et associés comptables agréés c. Gagnebin*, J.E. 89-448.

*Procon (Great Britain) c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565.

*Productions Musicales Donald K. Donald c. Guns n' Roses*, (1994) 63 Q.A.C. 54; [1994] A.Q. no. 411.

*Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec c. Ouellette*, C.A.Q., 18 août 1997, No. 200-09-001331-971 (200-05-002361-959 C.S.Q.), [1997] A.Q. No. 2753.

*Samuel Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, (1992) R.J.Q. 302.

*Silvenberg c. Hooper*, J.E. 90-437 (C.S.).

*Tanadgusix Corp. v. Bonspille*, C.A.M., 18 décembre 1989, No. 500-09-001351-881), [1989] Q.J. no. 2256; (700-05-001099-880 C.S.M.)

*The Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C)*, J.E. 94-1591 (C.S.M., 1994).

*Vaughan-Molson c. Boyd*, C.S.M., 8 octobre 1993, 500-05-010549-937, J.E. 93-1790.

*Ville de Granby c. Désoudry Construction Ltée*, [1973] C.A. 971.

*Vilon, succession c. J.A. Madill*, C.A.M., 27 octobre 1987, No. 500-09-000941-823 (500-05-001924-784 C.S.M.), [1987] A.Q. no. 628.

*Vinette Construction Limitée v. Dobrinsky*, (1962) Q.B. 62.

*Wolrays Hotels Ltd. c. Québec City Hotel Partner-Ship*, [1992] R.D.J.349 (C.A).

*World LLC c. Parentau & Parentau Int'l Inc*, C.S.Q. No. 500-17-002447-970, 9 mars 1998, [1998] A.Q. no. 736; J.E. 98-897.

*Zodiac International Production Inc. et The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

#### C - COMMON LAW.

*429545 B.C. Ltd. v. Herlihy*, B.C.S.C. July 28, 1998, Victoria Registry N° C960704, [1998] B.C.J. No. 1801.

*ABN Ambro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH*, Ont. C.J., Gen. Div., May 7, 1996, Court File No. 92-CQ-29496A, Div. Ct. File No. 452/95, [1996] O.J. no. 1574.

*Arrow River & Tributaries Slide and Boom Co. c. Pigeon Timber Co.*, [1932] R.S.C. 495.

*Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario and others*, (Avis sur les conventions de travail), (1937) A.C. 326; III Olmstead 180.

*Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.*, (1994) 12 B.L.R. (2D) 132.(C.A. Ont.); 18 O.R. (3d) 257.

*Automatic System Inc. v. E.S. Fox Ltd.*, Ontario Court of Justice, (General Division), Commercial List, Toronto Feb. 23, 1995, Court File No. B65/93; [1995] O.J. No. 461.

*Bab Systems, Inc. v. McLurg*, C.S. Ont., December 21, 1994, Court file No. Re 4622/94, [1994] O.J. No. 3029.

*Beals et al. v. Saldanha et al.*, Ont. Gen. Div., November 6, 1998, Court File No. 93-CQ403115A, [1998] O.J. No. 4519.

*Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf*, 6 O.R. (3d) 737, (1992); [1992] O.J. No. 754/88.

*Boart Sweden AB et al. v. NYA Stromnes Ab et al.*, (1988) 41 B.L.R. 295 (C.S. Ont.).

*Borowski v. Heinrich Fiedler Perforiertechnik GmbH*, [1994] 10 W.W.R., (Alta Q.B. 1994), [1994] A.J. No. 617.

*BWV Investments v. Saskferco Products Inc., UHDE-GmbH, et al.*, Sask. C.A. December 6, 1994, Appeal File 1504, [1994] S.J. No. 629.

*Canada Packers Inc. et al. v. Terra Nova Tankers Inc. et al.*, 11 O.R. (3d) 382 (C.S. Ont. 1992);

*Caisse de dépôt et placement du Québec v. Fredrick H. Sparling et le Procureur général du Québec et le Procureur général de l'Alberta, (Intervenants)*, [1988] 2 R.C.S. 1015.

*Clarke v. Lo Bianco*, (1991) 59 B.C.L.R. (2d) 334 (S.C.).

*Coldmatic Refrigeration of Canada Ltd. v. P.U.M.A.*, Ont. C.J., April 24, 1998, Toronto Court File 97-CV-127075, [1998] O.J. No. 1697.

*Coopers and Lybrand Limited (trustee) for BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Limited*, 16 *Federal Trial Reporter* 79; [1993] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 238; 27 *Williamette Law Review* 573.

*Crystal rose Home Ltd. v. Alberta New Home Warranty Program*, November 23, 1994, No. 9403 11831, [1994] A.J. No. 897.

*Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College*, (1990) 118 N.R. 340.

*Dunhill Personnel System Inc. v. Dunhill Temps Edmonton Ltd.* Alberta C.A., September 30, 1993, No. 9303-10159, [1993] A.J. No. 716.

*Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*, Ont.C.J., January 21, 1997, Cort File No. RE 6644/96, [1997] O.J. No. 133.

*D. Frampton & Co. c. Thibeault*, C.F., 7 avril 1988, No. de greffe T-723-86, [1988] A.C.F. No. 305.

*Ferguson Bros of St. Thomas v. Manyan Inc.*, Ont. S.C., May 27, 1999, Court File No. 27679/97A, [1999] O.J. No. 1887.

*Food Services of America Inc. v. Pan Pacific Specialties Ltd.*, B.C.S.C., March 24, 1997, [1997] B.C.D. Civ. 060.20.40.10.01.

*Fuller Austin Insulation Inc. v. Sasferko Products Inc.*, Sask. Q.B., 1993 No. 286, [1996] S.J. No. 96.

*Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 341, 67 D.L.R. (4th) 131 (C.A.)

*Hiscox v. Outhwaite*, [1991] 2 *Lloyd's Rep.* 3 (Comm. Ct. & C.A.); [1991] 3 *W.L.R.* 297 (H.L.).

*Horner v. Graves*, (1831) 7 *Bing.* 735; 131 *E.R.* 284 (Common Pleas).

*Hunt v. T. & N. PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289 (3d).

*Iberfreight S.A. et al. v. Ocean Star Container Line AG and J.W. Lunstedt KG*, 104 *National Reporter* 164; [1993] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 238.

*Interprovincial Co-operatives v. The Queen*, (1975) 53 D.L.R. (3d) 321; [1975] 5 W.W.R. 382; [1976] 1 S.C.R. 477.

*Kanto Yakin Kogyo Kabushiki-Kaisha v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, 8 O.R. (3d) 779 (Ont. Ct. 1992).

*Kaverit Steel and Crane and others v. Kone Corporation*, (1992) 87 D.L.R. (4th) 129; (1993) XVIII *Yearbook* 346.

*Krutov v. Vancouver Hockey Club Limited*, (1994) XIX *Yearbook* 262 (C.S. Col. B.).

*Kvaerner Environpower Inc. v. Tanar Industries Ltd.*, [1994] 9 W.W.R. 230, (1997) XXII *Yearbook* 673.

*Luscar Ltd. v. Smoky River Coal Ltd.*, Alta. C.A., February 22, 1999, Docket : 18164, [1999] A.J. No. 18164.

*M.A. Industries Inc. v. Maritime Battery LTD*, (1993) XVIII *Yearbook* 354; [1991] N.B.J. No. 717, (N.B. Court of Queen's Bench, 19 Aug. 1991).

*McQueen's Boat Works Ltd. v. Lanikai Holdings Ltd.*, B.C.C.A., September 3, 1996, Vancouver Registry No. CA020888, [1996] B.C.J. No. 2063.

*Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co.*, 9 O.R. (3d) 374, (C.S.Ont., april 30, 1992).

*Minkler & Kirschbaum v. Sheppard*, 60 B.C.L.R. (2d) 360, (B.C.S.C., 1991).

*Miramichi Pulp and Paper Inc. v. Canadian Pacific Bulk Ship Services*, (1994) XIX *Yearbook* 266.

*Morguard Investments v DeSavoye*, (1990) 76 D.L.R. (4th) 256; [1990] 3 R.C.S. 1077.

*Navionics Inc. v. Flota maritima Mexicana S.A. et al.*, 26 *Federal Trial Reporter* 148; [1993] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 238.

*Northern Sales Co. Ltée c. Compania maritima Villa Nova S.A.*, [1992] 1 F.C. 550; (1993) XVIII *Yearbook* 363.

*Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.*, (1995) 9 B.C.L.R. (3d) 368; [1995] 9 W.W.R. 503 (C.A.).

*Quintette Coal v. Nippon Steel Corp.*, [1989] 1 W.W.R. 120, (B.C. Supr. C., July 6, 1988); 48 B.L.R. (2d) 32; 51 B.C.L.R. (2d) 200 (B.C. Supr. C., June 22 1990); 50 B.C.L.R.(2d) 207 (C.A. October 24, 1990); *aff'd* 51 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A. November 6, 1990).

*Re Drummond Wren*, [1945] 4 D.L.R. 674.

*Re Sefel Geophysics*, [1988] A.J. No. 917 (Q.B. Alta, 7 octobre 1988); (1988) 70 C.B.R. n.s. 97.

*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 S.C.R. 373.

*Restore International Corp. v. K.I.P. Kuester International Products*, B.C.S.C., January 15, 1999, New Westminster Registry No. 5030359, [1999] B.C.J. No. 257.

*Relais Nordik v. Secunda Marine Services Limited*, 24 *Federal Trial Reporter* 256.

*Rio Algom Ltd., c. Sammi Steel Co. Ltd. and Sammi Steel Canada Inc.*, 47 C.P.C. (2d) 251; [1991] O.J. No. 268, (1993) XVIII *Yearbook* 166, (Ont.1991).

*Royal Bank of Canada v. Grobman*, (1977) 18 O.R. (2d) 636; 83 D.L.R. (3d) 415, (Ont. C.J. Sept. 9, 1977).

*Sandbar Construction Ltd. v. Pacific Parkland Properties Inc.*, B.C.S.C., March 2, 1992, Victoria registry No. 91 3524,[1992] B.C.J. No. 454.

*Sara c. Sara*, (1962) 31 D.L.R. (2d) 566; 38 W.W.R. 143 (Ont. H.C.J.), *conf. par* (1963) 36 D.L.R. (2d) 499; 40 W.W.WR. 257 (C.A. B.C.).

*Schreter v. Gasmac*, (1992) 89 D.L.R. (4th) 365; 7 O.R. (3d) 608; *suppl. reasons* 89 D.L.R. (4th) 380 ( Ont. Gen. Div.), 7 O.R. (3d) 608.

*Scott v. Avery*, (1855) 5 H.L.C. 811; 10 E.R. 1121.

*Skorimpex Foreign Trade Co. v. Lelovic Co.*, Ont. C.J. April 26, 1991, Toronto Act. No. 1662/90, [1991] O.J. No. 641.

*Stancroft Trust Limited, Berry and Klausner v. Can-Asia Capital Company, Limited, Mandarin Capital Corporation and Asiamerica Capital Limited*, (1990) 3 W.W.R. 665; 27 *Williamette Law Review*, 573 (B.C.C.A. 1990).

*St. John Shipping Corp. v. J. Rank*, [1956] 3 All. E.R. 6983.

*Still v. M.N.R.*, F.C.C.A., November 24, 1997, Court File No. A-881-96, [1997] F.C.J. No. 1622; [1998] 1 F.C. 549.

*Stoddard v. Accurpress Manufacturing Ltd.*, B.C.S.C. July 29, 1993, Vancouver Reg. No. C921665, [1993] B.C.J. No. 1708.

*Stolp & Co. c. Brown & Co.*, [1930] 4 D.L.R. 703; 66 O.L.R. 73 (Ont. S. Ct.).

*United States of America v. Ivey et al.*, 26 O.R. (3d) 533, [1995] O.J. No.3579, (Ont. Gen. Div., 1995).

*United States of America v. Levy*, April 9, 1999 (Ont. Gen. Div.), Court File No. 98-CV-161108, [1999] O.J. No. 1204.

*Zittler c. Sport Maska Inc.*, [1985] C.A. 386; [1988] 1 S.C.R. 564, p. 589.

#### D - DROIT AMÉRICAIN.

*AAOT Foreign Economic Asssocation (VO) Technostroyexport v. Int'l Development and Trade Services, Inc.*, 139 F.3d 980 (2nd Cir. 1998).

*Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" US, Inc.*, 126 F. 3d 15 (1997).

*Allied Bruce Terminix Companies Inc., and Terminix International Company v. Michael Gibson*, 513 U.S. 265 (1995); 115 S. Ct. 834.

*American Safety Equipment Corp. v. J.P. Mc Guire & Co.*, 391 F. 2d 821 (C.A. 1968).

*Andros Compañía Marítima, S.A. v. Marc Rich & Co., A.G.*, 579 F. 2d 691 (2d Cir. 1978).

*Ardra Insurance Co., et al. v. J.P. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York*, 10 avril, 1990, (1991) XVI Yearbook 663.

*Ardra Insurance Company et al. v. J.P. Corcoran, Superintendent of Insurance of the State of New York*, *New York Law Journal*, 26 Dec. 1990, (1992) XVII Yearbook 666.

*Beckman Instruments Inc. v. Technical Development Corp.*, 433 F. 2d 55 (7th Cir. 1970).

*Belko v. AVX Corp.*, 204 Cal. App. 3d 894, 251 Cal. Rptr. 557 (1988).

*Belship Navigation, Inc. v. Sealift*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 10541, (1996) XXI Yearbook 799, (S.D.N.Y. 1995).

*Bohack Corporation v. Truck Drivers Local Union No. 807*, 431 F. Supp. 646 (E.D.N.Y. 1977), *aff'd*, 567 F. 2d 237 (2 Cir. 1977), *cert. denied*, 439 U.S. 825 (1978).

*Brandeis Instel v. Calabrian Chemicals Corp.*, 656 F. Supp. 160 (SDNY 1987); (1988) XIII Yearbook 543.

*Bremen v. Zapata Off Shore Corp.*, 407 U.S. 1 (1972).

*Brower v. Gateway 200, Inc.*, 676 N.Y.S. 2d 569 (1 Dep/t 1998).

*Celulosa del Pacífico S.A. v. A. Ahlstrom Corporation*, (1996) 11 International Arbitration Report E-1; (1997) XXII Yearbook 954.

*Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Company*, 393 U.S. 145; 89 S.Ct. 337; 21 L.Ed 2d 301 (1968).

*Conen v. Pressprich*, 453 F. 2d 1902, *cert. denied*, 406 U.S. 949 (1972).

*Chromalloy Aeroservices Inc.v. The Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

*Development Bank of Philippines v. Chemtex Fibers, Inc.*, 617 F. Supp. 55 (1985); (1987) XII Yearbook 546.

*Diematic Mfg Corp. v. Packaging Industries, Inc.*, 381 F. Supp. 1057 (S.D.N.Y. 1974), *appeal dismissed*, 516 F. 2d 975 (2 Cir. 1975).

*Doctor's Associates, Inc. & Nick Lombardi v. Paul Casarotto*, 134 L.Ed. 2d 902; 116 S. Ct. 1652 (1996).

*Ethyl Corp. v. United Steelworkers*, 768 F. 2d 180, 187 (7th Cir. 1985).

*Exportkhleb v. Maistros Corporation*, (1993) XVIII Yearbook 550 (C.A. 2d Cir.1992, n° 927592).

*Farrel Corp. v. United States International Trade Commission and Pomini Farrel, S.p.a. and Pomini, Inc.*, 949 F. 2d 1147.

*Fitzroy Engineering v. Flame Engineering, Inc.*, (1996) Yearbook 744; 1994 U.S. Disr. LEXIS 17781; 10 International Arbitration Report (1995, no. 1) A-1; 1994 WL 700173, (N.D. Ill. 1994 No. 94 C 2029).

*Foster Wheelen Corp. v. Babcock & Wilcox Co.*, 440 F. Supp. 897 (S.D.N.Y. 1977).

*Fotochrome, Inc. v. Copal Company*, 517 F. 2d 512 (C.A. 2nd Cir. 1975).

*Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*, 40 N.Y. 2d 354; NE 2d 793 (1976).

*George Fischer Foundry Systems, Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 55 F. 3d 1206 (6 Cir. 1995), U.S. App. LEXIS 13757, (1997) XXII Yearbook 897.

*Gilmer v. Interstate/Johnson Lane*, 500 U.S. 20, 111 S. Ct. 1647, 114 L. Ed. 2d 26 (1991).

*Haardt v. Wahib S. Binzagr and Bros.*, 1986 WL 14836 (S.D. Tex. 1986).

*Hart Enterprises Int., Inc. v. Anhui Provincial Import & Export Corp.*, 888 F. Supp. 587; (1996) XXI Yearbook 767; 1996 WL 229872 (S.D.N.Y. 1995).

*Hays & Co, v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*, 885 F. 2d 1149 (3rd Cir. 1989).

*Imperial Ethiopian Government v. Baruch Foster Corp.*, 535 F. 2d 334 (5th Cir.1976); (1977) II Yearbook 252.

*Industrial Risk Insurers v. M.A.N. Gutehoffnungshutte GmbH*, 141 F. 3d 1434 (11th Cir. 1998).

*In re Colorado Energy Supply, Inc.*, 728 F. 2d 1283.

*In re Gardner*, 913 F. 2d 1515 (10th Cir. 1990).

*In re Hops Antitrust Litigation*, 655 F. Supp. 169 (E.D. Mo.), *app. dismissed*, 832 F. 2d 470 (8th Cir. 1987).

*In re Jotan and Southland Container Corp.*, (Bkcy C. M.D. Fla, April 12, 1999), 1999 WL 246436 (Bankr. M.D. Fla).

*In re Mor-Ben Insurance Markets Corp.*, 73 B.R. 644 (9 Circ. BAP 1987).

*In re Murchinson*, 349 U.S. 133; 99 L.Ed. 942; 75 S.Ct. 623 (1955).

*In re R.M. Cordova Int.*, 77 B.R. 441 (Bkcy D.N. Jer. 1987).

*In re Springer Penguin, Inc.*, 74 B.R. 879 (Bkcy S.D.N. Y. 1987).

*In re Wood*, 825 F. 2d 90 (5th Cir. 1987).

*International Standard Electric Corporation (ISEC) v. Bidas*, 745 F. Supp. 172; Rev. Arb. 1994.740 (S.D.N.Y.1990).

*Interocean Shipping v. National Shipping and Trading Corp.*, 462 F. 2d 673 (2nd Cir. 1972).

*Iran Aircraft Industries v. AVCO Corp.*, 980 F. 2d 141 (2nd Cir. 1992).

*Jamaica Commodity Trading Co. v. Connel Rice & Sugar Co. Inc. and L.& L. Marine Service, Inc.*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 8976; (1993) XVIII Yearbook 466.

*J.P. Corcoran v. AIG Multi-line Syndacate, Inc. et al.*, 539 N.Y.S. 630 (1989); *New York Law Journal*, 21 March 1989; (1990) XV Yearbook 586.

*John H. Brier v. Northstar marine, Inc., Shamrock Marine Toeing, and Cape May marine Services, Inc.*, U.S. District Court of New-Jersey, 28 April, 1992, 1993, American Maritime cases, 1194; (1994) Yearbook 766.

*J.J. Rya & Sons, Inc. v. Rhone Poulec Textile, S.A. et al.*, 863 F. 2d 315 (4th Cir. 1988); (1990) XV Yearbook 543.

*Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, S. A. v. Southwire Co.*, 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980).

*Lear Inc. v. Adkins*, 395 U.S. 653 (1969).

*Libyan American Oil Co.(LIAMCO) v. Socialist People's Libyan Arab Jamabyria*, 482 F. Supp. 1165 (D.D.C. 1980); (1981) VI Yearbook 248.

*Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc et al.*, 115 S. Ct. 1212 (1995), (1995) 131 L. Ed. (2d)

*Mayaja, Inc. v. Bodkin*, 803 F. 2d, 157 (5th Cir. 1986).

*M & C Corp. v. Erwin Behr GmbH & Co., KG*, 87 F. 3d 844 (1996).

*Meadows v. Baccala & Shoop Ins. Serv., Inc.*, 760 F. Supp. (1991) 1036; (1992) XVII Yearbook 686.

*Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Bobker*, 808 F. 2d 930 (2nd Cir. 1986).

*Metallgesellschaft Limited, Peter Montrose, and Terry Wilson, v. David L. Threlkeld & Co., Inc.*, 923 F. 2d 245 (2nd Cir. 1991); (1992) XVII Yearbook 672.

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 605; L. Ed 2d 444; 105 S.Ct. 3346 (1985).

*Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.*, 458 U.S. 50, 102 S. Ct. 2858; 73 L. Ed. 598.

- Northrop Corp. v. Triad International Marketing*, 811 F.2d 1265 (9th Cir. 1987).
- Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc v. société Générale de l'Industrie du Papier (RATKA)*, 508 F. 2d 969.
- Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395 (1967).
- Raytheon Company v. Automated Business Systems, Inc.*, 882 F. 2d 6 (1st Cir. 1989).
- Rodriguez de Quijas c. Shearson Am. Express*, 104 L.Ed. 2d 526 (1989); *Rev. Arb.* 1989.735.
- Seacoast Motors of Salisbury v. Chrysler Corp.*, 959 F. Supp. 52 (1997).
- Sea Dragon, Inc. v. Gebr Van Weelde Scheepvaartkantoor B.V.*, (1985) X *Yearbook* 94 (S.D.N.Y. 1983).
- Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co. v. Navimpex Centrala Navala*, 29 F. 3d 79 (2nd Cir. 1994)
- Shearson/American Express Inc. et al. v. McMahon et al.*, 788 F. 2d 94 (2nd Cir. 1987); 107 S.Ct.2332 (1987); (1988) XIII *Yearbook* 16.
- Sherk v. Alberto Culver*, 417 U.S. 506 (1974).
- Sigval Bergesen v. Joseph Muller Corporation*, 710 F. 2d 928 (2nd Cir. 1983).
- Société Nationale Algerienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (Bkcy D. Mass. 1987).
- Tennessee Imports, Inc. v. Pier Paulo Filippi and Prix Italia*, 745 F. Supp. 1314; (1992) XVII *Yearbook* 620.
- Tonyja Duffield, v. Robertson Stephens & Co.*, 144 F.3d 1182 (9th Cir. C.A. 1998); 119 S. Ct. 445.
- Trans Chemical Ltd. v. China National Machinery Import & Export Corp.*, 978 F. Supp. 266 (S.D. Texas 1997).
- Transmarine Seaways Corp. of Monrovia v. Marc Rich & Co. A. G.*, 480 F. Supp. 352, 1979 A.M.C. 1496 (S.D.N.Y. 1979).
- TWI Lite International v. ANAM Pacific Corp.*, 1996 WL 637843 (N. D. Cal.).
- United Paperwork Int'l Union v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29 (1987).
- Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v. Tradeway, Inc.*, 1996 WL 107285 (S.D.N.Y. 1996).

*Valero Refining, Inc. v. Trade and Transport, Inc.*, 813 F. 2d 60 (5th Cir. 1987); American maritime cases 1987 2100; (1988) XIII *Yearbook* 138.

*Verome Botlek B.V. v. Lee C. Moore Corp.*, (1996) XXI *Yearbook* 824, (Northern D. of Okl. 1995).

*Victrix Steamship Co., SA v. Salen Dry Cargo AB*, 825 F2d (2nd Cir. 1987) 709; (1988) 14 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 447; (1990) XV *Yearbook* 534.

*Waterside Ocean Navigation Co. v. International Navigation Ltd.*, 737 F. 2d 150 (1984).

*Willoughby Roofing & Supply Co. v. Kafima international*, 776 F. 2d 269 (3rd Cir. 1985).

*Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427; 201 F. 2d 439 (2nd Cir. 1953).

*Zimmerman v. Continental Airlines, Inc.*, 712 F. 2d 55 (3rd Cir. 1983);

*Zip Mfg. Co. v. Pep Mfg Co.*, 44 F. 2d 184 (D. Del. 1930).

#### E - JURISPRUDENCE ARBITRALE.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1101 de 1963, dans J.D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, p. 552.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1397 de 1966, *Chunet* 1974.878.

Sentence intérimaire C.C.I. rendue le 18 décembre 1967 dans l'affaire n° 1512, (*Dalmia Dairy Industries (India) v. National Bank of Pakistan*), (1980) V *Yearbook* 171.

Sentence intérimaire C.C.I. rendue le 14 janvier 1970 dans l'affaire n° 1512, (*Dalmia Dairy Industries (India) v. National Bank of Pakistan*), (1980) V *Yearbook* 174.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 1526 de 1968, *Chunet* 1974.915.

Sentence intérimaire C.C.I. rendue en 1974 dans l'affaire n° 2321, (1976) I *Yearbook* 133; *Chunet* 1975.938.

Sentence intérimaire C.C.I. rendue en 1975 dans l'affaire n° 2521, *Chunet* 1979.997.

Sentence rendue par la Cour d'Arbitrage attachée à la Chambre du Commerce Étranger de Berlin (République de l'Allemagne Démocratique) le 28 janvier 1976, (1979) IV *Yearbook* 197.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2558 de 1976, *Clunet* 1977.951.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 2694 de 1977, *Clunet* 1978.985.

Sentence partielle rendue le 4 févr. 1983 dans l'affaire *Sea Dragon Inc. v. Gebr. Van Weelde Sheepvaartkantoor B.V.*, par la Society of Maritime Arbitrators, Inc., New York, n° 1784, (1985) X *Yearbook* 93.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3130 de 1980, *Clunet* 1981.931.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3916 de 1982, *Clunet* 1984.930.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 3493 de 1983, *SPP (Middle East) et Southern Pacific Properties, c. Arab Republic of Egypt et The Egyptian general Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*, (1984) IX *Yearbook* 111.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4392 de 1983, *Clunet* 1983.907.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4415 de 1984, *Clunet* 1984.952.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 4604 de 1984, *Clunet* 1985.973.

Sentence intérimaire C.C.I., rendue en 1984 dans l'affaire n° 4695, (1986) XI *Yearbook* 149; (1984) I J. *Int'l Arb.* 184; *Journal des Tribunaux* 1984.230.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire 4381 en 1986, *Clunet* 1986.1102.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 5103 de 1988, *Clunet* 1988.1206.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6162 de 1990, (1992) XVII *Yearbook* 153.

Sentence partielle C.C.I. rendue à Paris le 26 décembre 1990 dans l'affaire n° 6697, *Rev. Arb.* 1992.135.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6057 de 1991, *Clunet* 1993.1016, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, vol III, p. 487.

Sentence partielle C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6709 de 1991, *Clunet* 1992.999.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6752 de 1991, (1993) XVIII *Yearbook* 55.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 6320 de 1992, *Clunet* 1995.987.

Sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n° 7563 de 1993, *Clunet* 1993.1054.

F - AUTRES.

*Entreprise Nordsee c. Entreprise Reederei*, Cour de justice de Communautés Européennes, 23 mars 1982, D.S. 1982.II.633.

*Food Corp. of India v. Mardestine Compania Naviera*, High Court of Kerala, January 1, 1979, (1979) *Yearbook* 270.

*Radenska c. Kaio*, Cour Suprême Autrichienne, 20 octobre 1993, *Rev. Arb.* 1998.419.