

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Arbitrage commercial international Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage

Lauro da GAMA e SOUZA Jr.*

Résumé

La globalisation des relations commerciales internationales et le souci des États nationaux d'offrir un cadre alternatif pour le règlement des conflits en la matière ont provoqué l'émergence de lois favorisant l'arbitrage. Les pays d'Amérique du Sud étaient traditionnellement réfractaires à l'arbitrage et privilégiaient le monopole étatique des solutions des litiges en matière commerciale. Le Brésil est l'un des premiers pays du cône sud à avoir

Abstract

The globalisation of international commercial relations and the concern of nation states with offering an alternative framework for dispute resolution have given rise to laws favouring arbitration. South American countries traditionally were resistant to arbitration and privileged state monopoly of dispute resolution for commercial litigation. Brazil is one of the first countries in South America to have passed modern law on arbitration. As well, Bra-

* Avocat et professeur de droit international privé à la Pontificale Université catholique de Rio de Janeiro, Brésil. L'auteur tient à remercier la Faculté de droit de l'Université de Montréal ainsi que le professeur Jeffrey A. Talpis pour le soutien apporté et l'orientation suggérée pour l'élaboration de cet article, pendant l'hiver 1997. L'auteur remercie également M^{me} Anne-Catherine Brunschwig pour la révision du texte et les suggestions de style.

édicte une loi moderne sur l'arbitrage. Ce dernier vient également d'adopter la Convention du Panama sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Par ailleurs, compte tenu des changements opérés dans la législation québécoise, il y a dix ans, et du caractère international des sources qui ont inspiré ces modifications, une comparaison entre le droit brésilien et le droit québécois de l'arbitrage a été entreprise sur certains aspects fondamentaux en la matière. Les questions qui ont été considérées sont donc la définition du caractère international et commercial de l'arbitrage; la possibilité d'écarter la juridiction étatique par la convention d'arbitrage; l'intervention judiciaire dans la procédure arbitrale; la loi applicable à la convention d'arbitrage, au fond du litige et à la procédure arbitrale; les moyens d'attaquer une sentence arbitrale; ainsi que la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères.

zil has adopted the Panama Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitration awards. Given the changes to Québec legislation, made about ten years ago, and the international character of the sources which inspired those changes, a comparison between Brazilian law and Québec law was undertaken in relation to certain fundamental aspects of arbitration. The questions which were considered are ones about a definition of the international and commercial character of arbitration; the possibility of excluding the jurisdiction of a state by way of an arbitration agreement; the intervention of the judiciary in arbitral procedure; the applicable law, with respect to the merits and the procedure, in relation to arbitration agreements; the means of attacking an arbitration award; and, the recognition and enforcement of foreign awards.

Plan de l'article

Introduction	445
I. Considérations générales	448
A. Province de Québec (Canada).....	448
B. Brésil.....	449
II. La définition de l'arbitrage commercial international	452
III. La possibilité d'écarter la juridiction étatique par la convention d'arbitrage	458
IV. L'intervention judiciaire dans la procédure arbitrale	465
V. La loi applicable à la convention d'arbitrage	468
VI. La loi applicable au fond du litige	472
VII. La loi applicable à la procédure d'arbitrage	481
VIII. La sentence arbitrale : exécution et annulation	483

IX. La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.....	486
Conclusions générales.....	491

L'essor et l'utilisation de l'arbitrage comme mode habituel de règlement des litiges dans les rapports commerciaux internationaux sont devenus monnaie courante dans le discours juridique contemporain. La doctrine et la jurisprudence affirment, sans hésitation, que l'arbitrage commercial international offre, compte tenu de ses caractéristiques particulières, un cadre juridique plus flexible et plus approprié à l'appréciation et à la solution des différends provenant des relations commerciales internationales que celui offert par les tribunaux étatiques. En effet, contrairement au processus judiciaire, les fondements contractuels de l'arbitrage permettent aux parties de contrôler plusieurs aspects de la procédure, dont la nomination des arbitres et le choix de la loi applicable à la procédure et au fond du litige. Par ailleurs, le réseau des traités internationaux en vigueur assure amplement la circulation des sentences arbitrales, et rend ainsi possible leur reconnaissance et leur exécution dans d'autres pays que celui où elles ont été rendues¹.

À la suite d'une récente réforme législative, le Brésil a adopté des dispositions modernes et favorables à l'arbitrage, domestique et international². De même, le Canada³, puis ses territoires⁴ et

¹ Entre autres voir, *Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York 1958; *Convention Interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, Panama, 1975; *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États - CIRDI*, Washington, 1965.

² Sur le plan du droit interne, voir la Loi fédérale 9307, du 23 septembre 1996, et sur le plan international, voir la ratification et la mise en vigueur, en 1996, de la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, précitée, note 1.

³ En mai 1986, avec l'accord de toutes les provinces, le Canada a adhéré à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le même mois, le Parlement fédéral a adopté deux lois : la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, (L.C. 1986, c. 21), qui a introduit dans le droit canadien la Convention de New York, et la *Loi sur l'arbitrage commercial*, (L.C. 1986, c. 22) qui a mis en oeuvre un Code d'arbitrage commercial fondé sur la Loi-type de la CNUDCI. Voir Nicole LACASSE, « Chronique bibliographique sur les Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international », (1987) 18 *R.G.D.* 539.

⁴ D'autres provinces et territoires canadiens dont le système juridique est basé sur le droit commun (common law) ont adopté, en vertu du partage des compétences prévu par la Constitution, de nouvelles lois sur l'arbitrage

ses provinces, incluant le Québec⁵, ont adopté depuis 1986 des règles nouvelles sur l'arbitrage, inspirées, en ce qui concerne l'arbitrage commercial international, de la Loi-Modèle de la CNUDCI (1985)⁶ et de la Convention de New York (1958) sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁷.

Étant donné que l'arbitrage commercial international « ne flotte pas dans le firmament transnational, sans aucun lien avec quelque système juridique que ce soit », mais que, au contraire, à diverses étapes de la procédure, les arbitres ou le tribunal étatique peuvent avoir à appliquer les règles d'un ou de plusieurs ordres juridiques⁸, il nous a semblé opportun d'entreprendre la comparaison entre ces deux structures juridiques, différentes et pourtant liées par leur origine commune de droit civil.

L'opportunité de cette étude s'attache également au fait que le Canada s'intègre dans le système juridique interaméricain et a pour la première fois, en 1994, participé à une Conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé⁹, soit la

basées sur la Loi-Modèle de la CNUDCI et la Convention de New York. Parmi ces provinces et territoires, nous retrouvons l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve, l'Ontario, les Territoires du Nord-Ouest et le Territoire du Yukon.

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

6 Aussi nommée *Loi-Type sur l'arbitrage commercial international*, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), le 21 juin 1985. Au niveau fédéral, le Canada l'a adoptée en 1986 (*Loi sur l'arbitrage commercial*, précitée, note 3).

7 *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 1958, qui au 1^{er} janvier 1996 comptait 108 États-membres, dont le Canada (*Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, précitée, note 3). En 1997, le gouvernement brésilien a envoyé le texte de la Convention de New York au Parlement fédéral afin d'obtenir sa ratification.

8 Pierre BIENVENU, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux », (1996) 56 *R. du B.* 39, 48.

9 Depuis 1975, l'Organisation des États américains a réalisé cinq conférences interaméricaines spécialisées en droit international privé : CIDIP I, Panama, 1975; CIDIP II, Montevideo, 1979; CIDIP III, La Paz, 1984; CIDIP IV, Montevideo, 1989; et CIDIP V, Mexique, 1994. Dans le cadre de ces conférences, 23 conventions interaméricaines ont été approuvées, dont plus de la moitié sont en vigueur dans plusieurs États-membres de l'Organisation des États américains.

CIDIP V qui s'est tenue au Mexique. De même, nous assistons, sur le plan des relations commerciales internationales, à l'ouverture progressive du marché brésilien vers le marché mondial. Finalement, les perspectives de conclusion d'un accord de libre-échange élargi entre les pays du continent américain – ALCA¹⁰, qui comprendrait ceux faisant déjà partie du MERCOSUL¹¹ et de l'ALENA¹², justifient l'étude comparative de cette méthode alternative de solution des controverses.

Le but de ce travail comparatif est simple et se limite à établir les points communs et les divergences entre certains aspects des structures juridiques québécoise et brésilienne de l'arbitrage commercial international.

Selon un illustre auteur brésilien,

*l'étude du droit comparé est le premier instrument de préparation culturelle pour l'unité juridique, et étant donné qu'il s'agit là de la plus importante revendication de l'humanisme, je n'hésite pas à affirmer que la création de centres de documentation et de recherches comparatives, ainsi que l'enseignement du droit comparé, constituent les buts principaux auxquels aspire la culture juridique humaniste, qui doit surmonter les barrages nationalistes auxquels elle est confrontée depuis l'avènement des codifications.*¹³

René David mentionnait aussi que,

le droit comparé a un rôle de premier plan à jouer dans la science du droit. Il tend en effet, en premier lieu, à éclairer les juristes sur le rôle et la signification du Droit, en mettant à profit, à cette fin, l'expérience de toutes les nations. Il vise d'autre part, sur un plan plus pratique, à faciliter l'organisation de la société internationale en faisant voir les possibilités d'accord et en suggérant des formules pour la réglementation des rapports internationaux. Il permet en troisième lieu aux juris-

¹⁰ Il s'agit de l'ALCA – Association de libre-échange des Amériques, dont la mise en vigueur est prévue pour l'année 2005.

¹¹ Le MERCOSUL – Marché commun du cône sud –, a été créé par le Traité d'Assunción, signé en 1991 entre le Brésil, l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay. En 1996, le Chili et la Bolivie ont signé avec le MERCOSUL des accords de libre-échange.

¹² L'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain), signé en 1992 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, dont l'entrée en vigueur remonte au 1^{er} janvier 1994.

¹³ SAN TIAGO DANTAS, « Humanismo e Direito », dans *Palavras de um Professor*, Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 138, cité par Jacob DOLINGER, *Direito Internacional Privado*, 3^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 42.

*tes de diverses nations, pour ce qui concerne leurs droits internes, d'envisager leurs améliorations, en s'évadant de la routine.*¹⁴

I. Considérations générales

Tant au Brésil qu'au Canada, le droit positif a été élaboré sur la base de systèmes d'emprunt. Le Brésil, en tant qu'ancienne colonie portugaise d'Amérique du Sud, a reçu de la métropole tous les éléments de son système juridique, qui ont servi de fondement à son droit national. De même, les anciennes colonies, qui ont par la suite constitué le Canada, ont reçu de façon fort originale, soit le droit anglais (droit commun / common law), soit le droit français (droit civil / *civil law*).

A. Province de Québec (Canada)

Au niveau politique, le Canada est un état fédéral divisé en dix provinces et deux territoires, qui a été constitué en 1867 par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Son système de gouvernement est parlementaire.

Comme dans toute autre structure fédérale, les pouvoirs régionaux et le pouvoir central sont souverains dans les limites édictées par la Constitution, laquelle coordonne l'action de ces pouvoirs. Le citoyen est ainsi soumis à deux règles de droit et à deux gouvernements¹⁵.

Les compétences législatives se partagent entre les parlements provinciaux et le parlement fédéral, chacun d'eux étant souverain à l'intérieur de sa sphère propre de compétence.

Toutefois, il existe entre les neuf provinces anglophones une unité juridique fondamentale, provenant du fait que toutes ces provinces ont reçu, par des procédés divers et au cours de leur histoire respective, le droit de l'Angleterre (common law) et l'ont conservé jusqu'à présent¹⁶.

¹⁴ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 18.

¹⁵ Gérald-A. BEAUDOIN, « Fédération et confédération », dans Gérald A. BEAUDOIN (dir.), *Essais sur la constitution*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1979, p. 65.

¹⁶ André MOREL, *Histoire du Droit - sources et formation du droit*, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 1986, p. 1.

Seule la province de Québec rompt partiellement avec cette uniformité, puisque, en droit privé, et notamment en droit civil, elle a maintenu un droit foncièrement différent se rattachant, de par ses sources et sa conception, au droit français. Pour le reste, le droit québécois, tout comme celui des autres provinces canadiennes, est resté tributaire du droit anglais¹⁷.

Conformément au partage des compétences entre le pouvoir fédéral et les provinces, c'est à ces dernières que la constitution octroie le pouvoir d'édicter des normes de droit privé.

Au Québec, en matière d'arbitrage conventionnel, c'est le nouveau *Code civil du Québec*, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, qui régit aux articles 2638 à 2643 la *convention d'arbitrage*. Par ailleurs, tous les aspects procédurax qui échappent au choix des parties sont soumis aux règles du *Code de procédure civile* (art. 940 à 947.4). De plus, les articles 948 à 951.2 C.p.c. prévoient les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Quant aux règles de conflits, le droit international privé québécois prévoit aux articles 3121 et 3133 C.c.Q. les normes devant servir à déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage et à la procédure arbitrale.

B. Brésil

Le Brésil, seule colonie portugaise en Amérique, a acquis son indépendance politique en 1822 pour devenir une république fédérative en 1889. Dès lors, un régime présidentiel inspiré du modèle créé au XVII^e siècle aux États-Unis d'Amérique a été adopté.

Le système juridique brésilien a tout d'abord été influencé par le droit portugais et, suite à l'acquisition de l'indépendance politique du pays, par les plus importantes codifications européennes comme celles française, italienne et allemande¹⁸.

Le Brésil étant un état fédéral, les compétences administratives, législatives et juridictionnelles sont réparties entre l'Union et

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Pour un aperçu général du droit brésilien, voir Jacob DOLINGER et Keith ROSEN (dir.), *Panorama of Brazilian Law*, University of Miami, 1992.

les 27 États-membres de la fédération. Toutefois, contrairement aux cas du Mexique et des États-Unis, la constitution attribue exclusivement à l'Union, c'est-à-dire au congrès national, la compétence de légiférer en droit civil, commercial, pénal, procédural, agraire, maritime, aéronautique et en droit du travail.

Ce partage de compétences explique donc le fait que le droit civil ou procédural, de même que les règles de droit international privé, se retrouvent dans la législation fédérale. Cette dernière est uniforme et applicable par tous les juges à l'ensemble du territoire brésilien, que ces juges soient fédéraux ou étatiques, c'est-à-dire appartenant au pouvoir judiciaire d'un État fédéré, comme celui de Rio de Janeiro, de São Paulo ou de Minas Gerais.

Compte tenu de ce cadre constitutionnel, l'incorporation des règles d'un traité international dans l'ordre juridique interne s'effectue aussi de façon uniforme, par la signature dudit traité par le chef du pouvoir exécutif et par l'approbation ultérieure du traité par le Congrès national. L'approbation parlementaire est suivie d'un décret de publication qui rend les dispositions du traité ou de la convention internationale obligatoires à l'ensemble du territoire national¹⁹.

En ce qui concerne l'arbitrage conventionnel²⁰, c'est la Loi fédérale n° 9307, du 23 septembre 1996, en vigueur depuis le 24 novembre 1996²¹ qui régit cette matière. Cette nouvelle loi, inspirée de la loi espagnole²², de la Loi-Modèle de la CNUDCI et de la

¹⁹ Contrairement au Canada qui adopte la théorie dualiste du droit international dans les matières qui relèvent de la compétence provinciale, le Brésil adopte plutôt la théorie moniste du droit international. En l'absence de règles positives prévoyant la solution des conflits entre le droit interne et le droit international, la Cour suprême brésilienne a adopté la théorie du monisme modéré, selon laquelle le droit interne antérieur est écarté au profit du droit international, qui sera à son tour écarté par le nouveau droit interne, sauf dans les cas où le traité international règle d'une manière spécifique une certaine matière, comme l'extradition ou les conventions en matière fiscale. Ce système est comparable au système adopté par la jurisprudence nord-américaine, connu comme étant la règle du « *later in time* ». Voir, à ce propos : Jacob DOLINGER, « Brazilian Supreme Court Solutions for Conflicts between Domestic and International Law : An Exercise in Eclectism », (1993) *Capital University Law Review* 22/1041.

²⁰ Depuis 1866, il n'existe plus d'arbitrage obligatoire en droit brésilien.

²¹ Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, publiée dans le ADiário Oficial@ du 24 septembre 1996, section 1.

²² Ley n. 36/88.

Convention de New York, gouverne tous les aspects de l'arbitrage tant domestique qu'international. Elle contient des dispositions sur l'autonomie de la volonté des parties, la convention d'arbitrage, la procédure, ainsi que sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Par ailleurs, le Brésil a récemment ratifié un nombre important de conventions interaméricaines de droit international privé²³, incluant la Convention du Panama (1975) sur l'arbitrage commercial international, qui traite de la validité de la convention d'arbitrage ainsi que de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères²⁴.

Ces récents développements marquent la réinsertion du Brésil dans le système international de droit privé et démontrent l'élimination, au niveau de l'arbitrage, de cette résistance traditionnelle du pays à l'acceptation de ce système de droit²⁵.

Finalement, il est important de souligner que de nombreuses institutions arbitrales existent aujourd'hui au Brésil, dont le Comité national de la Chambre de Commerce international²⁶ et la Commission arbitrale de la Chambre de Commerce Brésil-Canada²⁷.

Nous examinerons maintenant quelques aspects importants de l'arbitrage commercial international, à la lumière des droits québécois et brésilien.

²³ Entre autres : (a) sur les commissions rogatoires, Panama, 1975; (b) sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et des sentences arbitrales étrangères, Montevideo, 1979; (c) sur le régime légal des procurations à être utilisées à l'étranger, Panama, 1975; (d) sur la loi applicable en matière de chèques, Panama, 1975; (e) sur les normes générales de droit international privé, Montevideo, 1979.

²⁴ Le Brésil est toujours lié au *Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage*, bien qu'il n'ait pas ratifié la *Convention de Genève de 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères*. Durant l'année 1997, le gouvernement fédéral a envoyé au parlement l'acte d'adhésion à la Convention de New York de 1958.

²⁵ Voir Alejandro Miguel GARRO, « Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America », (1984) 1 n° 4 *Journal of International Arbitration* 293.

²⁶ Adresse internet : www.iccwbo.org/html/brazil.htm.

²⁷ Câmara de Comércio Brasil-Canadá : Avenida Brig. Faria Lima, 1058, conj. 42 - CEP 01452-000 - São Paulo - SP - tél : 55-11-8156420/8148226.

II. La définition de l'arbitrage commercial international

Définir le caractère *international* de l'arbitrage de même que son caractère *commercial* est, d'un point de vue pratique, d'une importance non négligeable²⁸.

Les droits nationaux reconnaissent en général les spécificités de l'arbitrage commercial international et lui offrent par conséquent un cadre juridique plus souple que celui existant à l'égard de l'arbitrage purement national ou interne. Les parties se voient ainsi conférer une plus grande autonomie en ce qui concerne la nomination des arbitres et le choix de la loi applicable à la procédure et au fond du litige. Cette liberté s'étend aussi aux arbitres, qui disposent de plus de flexibilité pour procéder au rattachement de l'arbitrage à un ordre juridique déterminé ou pour appliquer, s'il y a lieu, un ensemble de règles matérielles spécifiques au commerce international.

Toutefois, cette liberté accordée aux parties d'un arbitrage international n'est pas absolue et nous constatons que les États se réservent un contrôle sur l'arbitrabilité des litiges et sur l'obéissance aux principes d'ordre public²⁹.

Selon Philippe Fouchard :

*préalablement au rattachement de l'arbitrage à un ordre juridique, son internationalité sera définie à partir de critères juridiques. Ensuite, comme condition de l'application de règles matérielles spécifiques, l'internationalité de l'arbitrage se dégagera de critères purement économiques, tirés du fond du litige.*³⁰

Dans le cadre juridique composé des conventions internationales, des législations étatiques et des règlements non étatiques,

²⁸ Alan REDFERN et Martin HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 11-18; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, pp. 47-69; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, note 3, pp. 96-106.

²⁹ À ce sujet, voir Carlos A. ESPLUGUES, « "National Intervention" in International Commercial Arbitration », (1988) 19 *R.G.D.* 81; J.-B. RACINE, *L'Arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse de doctorat présentée et soutenue publiquement le 11 janvier 1997 à la Faculté de Droit de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, devant jury et suffrageants composés, entre autres, par messieurs Philippe Fouchard, Pierre Lalive et Pierre Mayer.

³⁰ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, pp. 47 et 48.

deux critères sont souvent retenus pour définir l'internationalité de l'arbitrage. Il s'agit du critère de la *nature du litige* et de celui de *l'origine des parties*, qui peuvent être cumulés ou utilisés séparément.

Au Québec, le législateur a adopté ces deux critères. L'article 940.6 C.p.c. se lit comme suit :

Art. 940.6 – Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause les intérêts du commerce extraprovincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte :

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

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

3° du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international. (nos caractères gras)

Le premier paragraphe de l'article 940.6 C.p.c. révèle l'adoption du critère purement économique de l'internationalité de l'arbitrage, prévu aussi à l'article 1492 du *Nouveau Code de procédure civile* français³¹. Le premier alinéa de l'article 940.6 C.p.c. renvoie par la suite l'interprète aux critères juridiques (classiques) de rattachement prévus dans la Loi-Modèle de la CNUDCI, à l'article 1(3)³².

³¹ L'article 1492 N.C. pr. civ. français prévoit : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

³² Selon cet article : « 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. »

Cette formulation crée une certaine ambiguïté dans la mesure où un rapport juridique international au sens strictement économique du terme peut ne pas être caractérisé comme tel au sens purement juridique, selon les critères retenus par la Loi-Modèle³³. Il s'agit toutefois d'un problème plus théorique que pratique, compte tenu du fait que les échanges commerciaux internationaux s'effectuent dans l'immense majorité des cas entre des personnes situées dans au moins deux pays différents.

Au Brésil, la nouvelle loi ne contient aucune indication à propos de l'internationalité de l'arbitrage, ni même de règles d'interprétation particulières concernant le sujet. La loi n'établit pas davantage de distinction entre l'arbitrage domestique et l'arbitrage international³⁴. Il s'en suit que l'interprète est obligé de consulter les normes du droit international privé brésilien afin de trouver la définition d'un contrat ou d'un rapport international. Cette définition servira ensuite à circonscrire le caractère international de l'arbitrage.

Le Décret-loi n° 857/69 considère international le contrat d'importation ou d'exportation de marchandises, le contrat de financement et de garantie (sûretés) relatifs à l'exportation de biens fabriqués au Brésil, le contrat de change, les prêts ou les obligations contractés entre une personne résidente ou domiciliée au Brésil et une personne résidente ou domiciliée à l'étranger, ainsi que la cession, le transfert, la délégation ou la modification de ces derniers, même si les deux parties sont résidentes ou domiciliées au Brésil³⁵.

La doctrine retient en général l'élément d'extranéité et de rattachement potentiel de la relation avec un autre système juridique afin d'établir l'internationalité d'un contrat³⁶. La juris-

³³ Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne - Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 129.

³⁴ En effet, la loi ne fait aucune distinction entre un arbitrage domestique et un arbitrage international réalisé sur le territoire brésilien. Seul l'article 34 de la loi établit une distinction entre une sentence arbitrale nationale (rendue sur le territoire brésilien) et une sentence étrangère (rendue hors du territoire brésilien), pour les fins de reconnaissance et d'exécution.

³⁵ Cette loi, à caractère impératif, traite du paiement en devises des obligations exécutoires au Brésil. C'est la seule qui comporte une définition légale du contrat international.

³⁶ J. GRANDINO RODAS, « Elementos de conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », S.L. ZARAGOZA

prudence brésilienne sur les contrats internationaux et sur l'arbitrage international est très peu nantie, bien qu'elle soit riche en matière de demandes en reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères. Une seule affaire mettant en cause l'arbitrage commercial international a été répertoriée ces dernières années. En l'espèce, le tribunal a donné plein effet à la clause compromissoire insérée dans un contrat international de transport maritime (« *pool* ») signé entre plusieurs sociétés de navigation³⁷.

DE ROVIRA, « Estudo comparativo sobre os contratos internacionais : Aspectos doutrinários e práticos », et autorités citées dans J. GRANDINO RODAS (dir.), *Contratos Internacionais*, 2^a, ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 10 et 11 et pp. 52 et 53.

³⁷ *Recours Spécial n. 616 - RJ (8900098535) - Supérieur Tribunal de Justice - 24.4.1990*. Jugement publié dans « Diário da Justiça » du 13 octobre 1990 et dans Revista Lex – Jurisprudência n. 18, pp. 109-130. Il s'agissait d'un recours en appel d'un jugement de la Cour d'appel de l'État de Rio de Janeiro, qui avait rejeté la décision de première instance sur l'homologation d'une sentence arbitrale, étant donné l'absence de validité du compromis. L'arbitrage, réalisé à Rio de Janeiro, avait pour objectif de trancher des différends issus d'un contrat de commerce maritime qui liait des sociétés de navigation brésilienne, argentine et norvégienne pour le transport de cargaison entre les ports brésiliens et les ports de la côte atlantique des États-Unis d'Amérique. La société norvégienne avait été avisée de nommer un arbitre suite à une signification datée du 3 mars 1983 et conformément à la clause compromissoire insérée dans le contrat. Suite à la nomination des deux arbitres, ceux-ci ont procédé à la nomination du troisième, Eduardo Jiménez de Arechaga, ex-président de la Cour internationale de Justice. Le tribunal a été institué le 23 janvier 1984 et les arbitres ont déterminé le siège de l'arbitrage, ainsi que les règles de procédure applicables (celles de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial). Au 18 décembre 1985, le tribunal a rendu sa décision, condamnant l'entreprise norvégienne. Devant la Cour de première instance de Rio de Janeiro, les autres sociétés ont demandé l'homologation de la sentence arbitrale, selon les articles 1097 et 1098 C.P., aujourd'hui abrogés. L'homologation a été accordée en première instance. En appel, la 7^e Chambre de la Cour d'appel de l'État de Rio a renversé le jugement, déclarant la nullité de la sentence arbitrale, compte tenu de l'absence d'un compromis valide. Par la suite, la décision du Supérieur Tribunal de Justice a tranché le litige de la manière suivante :

« CLAUSE D'ARBITRAGE INSÉRÉE DANS UN CONTRAT INTERNATIONAL. RÈGLES DU PROTOCOLE DE GENÈVE DE 1923.

1. Dans les contrats internationaux soumis au Protocole, la clause dispense l'acte subséquent du compromis et est par elle-même apte à l'institution de l'arbitrage.

2. Ce type de contrat a pour but l'élimination d'incertitudes juridiques, de façon à ce que les parties se soumettent à la décision des arbitres, concernant le droit, leurs prétentions, leurs revendications ou exceptions, [...] »

À notre avis, un arbitrage sera donc international lorsque la relation juridique en cause comporte un élément d'extranéité quelconque, à savoir soit le domicile d'une des parties, soit le lieu d'exécution du contrat ou encore l'objet de la relation juridique.

D'un autre côté, l'importance du *caractère commercial* de l'arbitrage découle de la distinction que nous pouvons tracer entre les arbitrages de rapports commerciaux internationaux et ceux qui se réalisent entre les États dans le domaine du droit international public, ainsi qu'entre les premiers susmentionnés et les arbitrages internationaux portant sur des questions de droit du travail ou de droit de la famille³⁸.

À ce sujet, le premier paragraphe de l'article 940.6 C.p.c. québécois renvoie l'interprète à la déclaration faite par la CNUDCI à propos de l'article 1(1) de la Loi-Modèle, qui se lit comme suit :

*Le terme « commercial » devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation ayant un caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, notamment, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; l'accord de distribution; représentation commerciale; l'affacturage; le crédit-bail; la construction d'usines; les services consultatifs; l'ingénierie; les licences; les investissements; le financement; les transactions bancaires; les assurances; les accords d'exploitation ou concessions; les coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; le transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.*³⁹

La nouvelle loi brésilienne, à cet égard, n'a pas limité son champ d'application aux affaires qualifiées comme étant commerciales par le droit interne. Son article premier définit comme arbitral tout litige mettant en cause des droits patrimoniaux, à l'exception de ceux intéressant l'ordre public. Cette règle ne res-

³⁸ A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 28, p. 17.

³⁹ Bien que, selon l'information contenue dans l'oeuvre de P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *op. cit.*, note 28, pp. 1061-1063 (nos caractères gras) le Canada ait déclaré, au moment de son adhésion à la Convention de New York, que ladite convention s'appliquerait uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, considérés comme commerciaux par la loi nationale (réserve de commercialité).

treint donc pas l'arbitrage aux rapports commerciaux au sens strict du terme⁴⁰.

Néanmoins, la qualification commerciale du rapport soumis à l'arbitrage peut s'avérer importante lors d'une demande en reconnaissance et exécution d'une sentence étrangère, à laquelle s'appliqueraient, en principe, les dispositions de la Convention du Panama. Cette dernière limite son champ d'application aux questions commerciales – article 1^{er} –, sans pour autant les définir. Cependant, selon une interprétation systématique des normes de ladite convention, la nature commerciale de la relation soumise à l'arbitrage sera déterminée par la même loi applicable à la convention d'arbitrage⁴¹.

En ce qui concerne le caractère international de l'arbitrage, le silence du législateur brésilien relativement aux critères de définition de cet internationalité pourra susciter des problèmes chez les arbitres ou chez les juges, lorsqu'ils auront à apprécier une affaire internationale dans laquelle les parties sont liées par un accord d'arbitrage. Toutefois, ces problèmes d'interprétation peuvent être minimisés dans la mesure où les parties choisissent des règles internationales (étrangères ou nationales) pour régir le fond du litige et la procédure arbitrale, tel que permis par l'article 2, paragraphes 1 et 2, de la Loi 9307/96⁴².

40 La tradition juridique, de même que les anciennes dispositions sur l'arbitrage prévues dans le Code civil (1916) et dans le *Code de procédure civile* (1973), n'ont jamais limité l'utilisation de l'arbitrage pour les affaires commerciales, définies comme telles selon le *Code du Commerce* (1850), qui s'est inspiré de son analogue français.

41 L'article 1^{er} de la Convention du Panama se lit comme suit :

« **Art. 1^{er}.** Est valide l'accord des parties en vertu duquel elles s'obligent à soumettre à l'arbitrage les différends qui pourront survenir ou qui sont survenus entre elles relativement à un rapport de nature commerciale. L'accord des parties sera constaté par un écrit signé par elles, ou par un échange de lettres, télégrammes ou communications par télex. » (traduction libre).

42 « **Art. 2.** - L'arbitrage pourra suivre des règles de droit ou d'équité, au choix des parties.

Par. 1. Les parties pourront choisir librement les règles de droit applicables à l'arbitrage, pourvu qu'elles ne portent pas atteintes aux bonnes moeurs et à l'ordre public.

Par. 2. Les parties pourront aussi convenir que l'arbitrage sera soumis aux principes généraux de droit, aux usages commerciaux et aux règles du commerce international. » (traduction libre).

Au niveau pratique, l'absence de définition législative de la commercialité du rapport juridique soumis à l'arbitrage ne présente pas tant de problèmes d'application au Brésil. Bien qu'il existe une grande différence conceptuelle, consacrée par la doctrine et la législation, entre les relations civiles et commerciales, la jurisprudence a depuis longtemps donné une interprétation large du terme *commercial*, de façon à atteindre aussi des rapports non-commerciaux.

Les règles québécoises, qui s'inspirent d'une législation vraiment internationale, sont plus précises et, à notre avis, sont plus aptes à éviter les incertitudes quant à la qualification du litige soumis à l'arbitrage et, par conséquent, quant à la définition du droit applicable.

III. La possibilité d'écarter la juridiction étatique par la convention d'arbitrage

Étant donné que, contrairement aux procédures judiciaires, l'arbitrage repose sur l'engagement des parties, il s'avère essentiel de reconnaître l'efficacité de la convention d'arbitrage⁴³ pour que la juridiction étatique soit écartée au profit du mode de règlement choisi par les parties.

Par conséquent, les législations modernes attribuent à la convention d'arbitrage des effets positifs et négatifs⁴⁴. On retrouve *l'effet négatif* lorsqu'il y a possibilité d'écarter de la juridiction étatique l'appréciation du litige.

Ce principe était déjà consacré dans le Protocole de Genève sur les clauses arbitrales de 1923, qui imposait aux tribunaux étatiques l'obligation générale de renvoyer les parties à l'arbitrage. Toutefois, l'arbitrage était qualifié à l'époque comme étant un processus juridictionnel intimement lié à la structure juridique des

⁴³ La convention d'arbitrage est le contrat-type qui désigne la clause compromissoire et le compromis - la première vise un différend éventuel et le deuxième, un différend actuel.

⁴⁴ P. FOUCARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, pp. 395-430. Les auteurs indiquent les effets suivants : *positifs* - a) obligation pour les parties de déférer aux arbitres les litiges visés par la convention d'arbitrage; b) donner compétence au tribunal arbitral pour connaître du ou des différends visés par la convention d'arbitrage; et *négatif* - l'interdiction aux juridictions étatiques de trancher les litiges qui ont fait l'objet de la convention.

États, puisque l'intervention des tribunaux était automatique et ne demandait pas l'accord des parties⁴⁵.

Par la suite, la Convention de New York de 1958 a introduit un changement de nature dans l'arbitrage commercial international, changement qui est aussi du ressort de la Convention européenne de 1961 et, plus tard, de l'article 8 de la Loi-Modèle de la CNUDCI de 1985. Ces législations ont reconnu l'*effet négatif* de la convention d'arbitrage et selon monsieur Esplugues : « It shows a shift from an arbitration reflecting the power of the State by means of control through the courts to an arbitration in which the intervention of the courts is supplementary to, and controlled by the will of the parties. »⁴⁶

Un autre aspect important découle de ce changement de nature de l'arbitrage. Il s'agit du *contrôle prima facie* de la validité de la convention d'arbitrage qui, selon la notion actuelle, ne peut être exercé d'office par les tribunaux, mais seulement à la demande d'une des parties. Ce contrôle permet aux tribunaux étatiques de constater la nullité d'un accord d'arbitrage et d'en empêcher son application. L'intervention du tribunal ne vise pas à contrôler l'arbitrage, dans le sens strict du terme, mais plutôt à contrôler la validité de la convention d'arbitrage et à éviter qu'une sentence arbitrale soit affectée d'un vice de nullité. De plus, ce contrôle étatique permet aux parties de corriger l'erreur commise, s'il y a lieu, et de procéder ensuite à un arbitrage valable⁴⁷.

L'article 2638 du *Code civil du Québec*, sanctionne le principe de la mise à l'écart de la juridiction étatique et énonce les grandes lignes de la convention d'arbitrage dans la forme suivante : « **Art. 2638.** La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, **à l'exclusion des tribunaux.** » (nos caractères gras)

Dans les *commentaires sur le Code civil du Québec*, le ministre de la Justice confirme que la convention d'arbitrage :

est un contrat dont l'essence est d'écarter l'intervention des tribunaux dans le règlement des différends, nés ou éventuels [...]

⁴⁵ C. A. ESPLUGUES, *loc. cit.*, note 30, 83 et 84.

⁴⁶ *Id.*, 84.

⁴⁷ *Id.*, 85, note 17.

Si la validité de la clause compromissoire, dite clause parfaite, a pendant longtemps soulevé des doutes au Québec, elle est maintenant bien reconnue depuis le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Zodiak c. La République populaire de Pologne [1983] 1 R.C.S 529.⁴⁸

L'arbitrage conventionnel en attribuant une compétence juridictionnelle aux arbitres exclut la compétence habituelle de l'ordre judiciaire. Cette exclusion n'est pas contraire à l'ordre public, sauf en certaines matières dont il est fait état à l'article 2639.⁴⁹

Au niveau du droit international privé, l'effet négatif de l'accord d'arbitrage ressort des dispositions sur la compétence internationale des autorités judiciaires du Québec. Au second

⁴⁸ Ce jugement, rendu dans une affaire d'arbitrage international, a affirmé qu'un tribunal, face à une clause compromissoire parfaite, se voyait privé de sa compétence. Il s'agissait d'un litige entre une entreprise canadienne et une compagnie étatique polonaise concernant un contrat, conclu à Montréal, pour la distribution de films polonais au Canada. L'entreprise canadienne alléguait la violation de la clause d'exclusivité et l'annulation illégale du contrat. Conformément à la clause compromissoire incluse au contrat, elle s'est adressée à une cour d'arbitrage à Varsovie pour obtenir compensation. Le tribunal arbitral a rejeté sa demande, mais a accueilli la demande reconventionnelle de la compagnie polonaise. La partie canadienne a intenté une nouvelle demande (judiciaire) en Cour supérieure, au Québec, fondée sur les mêmes causes d'action. En se basant sur la clause compromissoire, la partie polonaise a présenté une exception déclinatoire, près de sept ans après l'institution de l'action. Cette dernière alléguait l'incompétence *rationae materiae* de la Cour supérieure. La Cour supérieure a rejeté son exception, mais la Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et nié toute compétence à la cour étatique. La Cour suprême du Canada a confirmé ce jugement : « La seule présence au contrat de la clause compromissoire suffisait à faire échec à l'action de l'appelante. En adoptant l'art. 951 C.p.c dans sa forme actuelle, le législateur a reconnu la validité et la légalité de la clause compromissoire parfaite en droit québécois. Face à une telle clause, un tribunal se voit privé de sa compétence; il ne peut s'enquérir du fond de la contestation (art. 950 C.p.c.). En l'espèce, la clause stipulée au contrat est une clause compromissoire parfaite. Les termes utilisés ne peuvent s'interpréter autrement. L'incompétence *rationae materiae* de la Cour supérieure pouvait être soulevée à tout moment. Quant à la question de l'appel, la jurisprudence a établi depuis longtemps qu'un jugement interlocutoire rejetant une exception déclinatoire est susceptible d'appel. » (résumé des arrêtistes, 529 et 530).

⁴⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1649. L'article 2639 C.c.Q. énonce les exceptions au principe de l'arbitrabilité prévu à l'article 2638, et réfère aux différends portant sur l'état et la capacité des personnes, les matières familiales et les autres questions qui intéressent l'ordre public. Le deuxième alinéa de l'article 2639 C.c.Q. déclare que la restriction concernant les questions d'ordre public n'empêche pas les arbitres de trancher un litige en appliquant des règles d'ordre privé aux parties en cause.

alinéa de l'article 3148 C.c.Q., on retrouve la règle qui exclut cette compétence lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre à un arbitre les litiges nés ou à naître entre elles⁵⁰.

Sur le plan procédural interne, l'article 940.1 C.p.c.⁵¹ ordonne au juge saisi d'un litige portant sur une question pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, de les renvoyer devant l'arbitre, conformément au mode de règlement choisi. Il s'agit d'une disposition impérative dont l'application est subordonnée aux conditions suivantes : a) le litige porté devant le juge doit être visé par la convention d'arbitrage; b) la cause ne doit pas être inscrite; c) le renvoi doit être demandé par une des parties à la convention; et d) le tribunal ne doit pas constater la nullité *prima facie* de la convention.

Deux affaires récentes en matière d'arbitrage international illustrent les controverses suscitées par l'article 940.1 C.p.c. Dans la première – *A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd.*⁵², la Cour supérieure de Montréal, après avoir examiné un contrat contenant une convention d'arbitrage, a ordonné la suspension des procédures judiciaires jusqu'à ce que la procédure arbitrale soit épuisée⁵³. Nous pensons que cette décision ne cadre pas avec la

⁵⁰ L'article 3148 C.c.Q. établit les critères de compétence des autorités judiciaires québécoises dans les actions personnelles à caractère patrimonial. Dans l'hypothèse où les parties ont convenu de soumettre leurs différends à l'arbitrage, les autorités étatiques ne seront pas compétentes pour entendre le litige, à moins que le défendeur n'ait reconnu cette compétence ou que le litige tombe dans les hypothèses prévues à l'article 3149 (contrat de consommation et contrat de travail).

⁵¹ L'article 940.1 C.p.c. se lit comme suit :

« **940.1.** Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué. »

⁵² *A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681, 1685 (C.S.).

⁵³ Il s'agissait d'un contrat d'assemblage, de vente et distribution de produits conclu entre une société italienne et une société canadienne; les parties avaient inséré dans le contrat une clause d'arbitrage en vertu de laquelle tout différend relatif audit contrat serait réglé par un arbitre à Milan. La société italienne a pris action au Québec et la défenderesse a demandé le rejet de l'action au motif que le contrat contenait une clause compromissoire. La Cour supérieure a décidé du litige pour les motifs suivants : « Les articles 940 et suiv. C.P. ne distinguent pas l'arbitrage domestique de l'arbitrage international. L'institution de la convention d'arbitrage fait maintenant partie

compétence restreinte des tribunaux étatiques⁵⁴ en la matière. Dans la deuxième affaire, *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc., Maryse Clavel, Régie des Installations Olympiques et Metallica*⁵⁵, la Cour d'appel a rejeté l'exception déclinatoire présentée par le groupe musical américain Guns N'Roses, défenderesse en garantie en l'instance. L'exception était fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage liant Guns N'Roses avec Productions Musicales Donald K. Donald Inc., défenderesse principale dans un recours collectif. Cette décision semble avoir été rendue en violation de la Convention de New York⁵⁶.

de notre droit civil (art. 1926.1 à 1926.6 C.C.). Compte tenu de la nouvelle orientation nettement exprimée depuis le 11 novembre 1986 (*Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*) par le législateur en regard des conventions d'arbitrage, toute intervention judiciaire dans ce domaine doit dorénavant être limitée aux cas prévus par la loi, afin de permettre la réalisation de l'objet fondamental visé par le législateur en la matière, soit l'épuisement de la procédure d'arbitrage avant le recours aux tribunaux. Le fait pour une partie de requérir des précisions, de procéder à un interrogatoire avant défense sans réserver ni mentionner son droit à l'arbitrage ne constitue pas une renonciation à cette procédure. Le droit à l'arbitrage vaut aussi longtemps que la cause n'est pas inscrite (art. 940.1 C.P.). L'inscription *ex parte* présentée par la demanderesse au mois de novembre 1989 ne constitue pas l'inscription visée à l'article 940.1 C.P., mais plutôt l'inscription au rôle prévue aux articles 274 et 175 C.P. L'article 943 C.P. prévoit que l'arbitre peut statuer sur sa propre compétence, de sorte que l'arbitre décidera s'il est ou non en présence d'un désaccord visé par la clause compromissoire. Il 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. »

⁵⁴ Selon la jurisprudence de la Cour d'appel : *Wolray Hotels Ltd. c. Quebec City Hotel Partner-Ship*, [1992] R.D.J. 349 (C.A.).

⁵⁵ *Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.).

⁵⁶ Maryse Clavel (demanderesse principale) a intenté un recours collectif au nom de tous les spectateurs qui ont assisté à un concert où devaient se produire plusieurs groupes musicaux. Elles réclamaient du producteur du concert, Donald K. Donald Inc., le remboursement du billet d'entrée. Celui-ci a poursuivi en garantie le groupe musical Guns N'Roses, qu'il rendait responsable de la fin prématurée du concert. Le groupe musical a présenté une exception déclinatoire, alléguant l'absence de compétence de la Cour supérieure pour entendre l'action en garantie en raison de la présence au contrat d'une clause d'arbitrage les liant avec le producteur. La Cour d'appel a réglé la controverse de la façon suivante : « D'une part, les clauses d'arbitrage doivent être interprétées positivement et non restrictivement comme l'a décidé le premier juge. D'autre part, la clause compromissoire en litige couvre la situation présente, c'est-à-dire le sabotage délibéré et gratuit

Enfin, pour ce qui est du contrôle judiciaire *prima facie* de la validité de la convention arbitrale conclue dans un rapport international, il est essentiel de tenir compte de la règle d'interprétation prévue à l'article 940.6 C.p.c. québécois, ainsi que des dispositions de la Convention de New York. Par conséquent, au-delà de la forme écrite exigée par l'article 2640 C.c.Q., par l'article 7 de la Loi-Modèle et par l'article II (2) de la Convention de New York, la validité d'un accord d'arbitrage commercial international devra être examinée non seulement à la lumière des règles du droit interne, mais aussi à la lumière des lois applicables à la convention et aux parties à la convention. Le principe du *favor negotii* devra jouer un rôle important dans cette appréciation, de façon à valider l'accord des parties, et ne devra être écarté que dans l'hypothèse où le contenu de la convention arbitrale se heurte à l'ordre public du for.

Au Brésil, l'article 41 de la nouvelle loi introduit des modifications importantes dans le texte des articles 267, VII, et 301, IX, du *Code de procédure civile*. Selon ces modifications, le tribunal judiciaire devra se dessaisir de l'affaire lorsque la partie défenderesse aura démontré l'existence d'une convention d'arbitrage qui la lie au demandeur. Contrairement aux anciennes dispositions du Code, qui n'admettaient le renvoi des parties à l'arbitrage qu'en présence d'un compromis, les nouvelles dispositions prévoient que la juridiction étatique doit être écartée du litige lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage, que ce soit une clause arbitrale – insérée ou non dans un contrat – ou un compromis arbitral⁵⁷.

du concert, et elle s'applique même si la réclamation émane d'un tiers et non de l'une des parties au contrat. Par ailleurs, en raison de l'article 71 du *Code de procédure civile*, qui prévoit que la demande incidente en garantie doit être portée devant le tribunal où la demande principale est pendante, la Cour supérieure a compétence pour entendre en l'espèce l'action en garantie même si normalement elle n'aurait pas eu compétence à cause de la clause compromissoire. Priver le producteur de l'exercice du recours en garantie empêcherait le règlement complet du litige, car la seule cause d'action est la conduite du groupe musical, et lui enlèverait le droit à ce que les deux actions soient entendues conjointement et réglées dans un seul jugement » (résumé des arrêtistes, 1184).

⁵⁷ Le droit ancien (règles du *Code de procédure civile*, doctrine et jurisprudence) ne reconnaissait cet effet qu'au *compromis d'arbitrage*, pourvu qu'il soit conforme aux nombreuses exigences formelles de l'article 1074 C.p.c., aujourd'hui abrogé. La *clause compromissoire* était dépourvue de toute efficacité exécutoire (*specific performance*).

Bien que la loi ne soit pas explicite sur la question du contrôle *prima facie* de la validité de l'accord d'arbitrage, il nous semble que l'intervention judiciaire permettra au juge saisi du litige de constater, s'il y a lieu, la nullité de la convention d'arbitrage, à la demande d'une des parties et à la lumière du droit applicable.

Par ailleurs, les articles 300 et 301 du *Code de procédure civile* brésilien prévoient que le défendeur doit alléguer dans sa contestation tous les motifs de défense directs (reliés au mérite de la cause) et indirects (reliés à la procédure). Parmi ces derniers, il est maintenant possible d'alléguer l'existence d'une convention d'arbitrage conclue entre les parties (art. 301, IX) et de demander au juge, en vertu de l'article 267, VII C.p.c., le renvoi du litige à l'arbitrage et l'extinction des procédures judiciaires.

La partie intéressée, qui reste silencieuse et qui n'allègue pas dans ses motifs de contestation l'existence d'une convention arbitrale, aura renoncé à l'arbitrage.

Compte tenu du fait que ces règles de procédure judiciaire s'appliquent tant aux arbitrages domestiques qu'internationaux réalisés au Brésil, les effets de la convention d'arbitrage visant un rapport de droit international seront assujettis aux règles ci-dessus mentionnées, de la même manière que les effets découlant d'une convention conclue dans un rapport de droit interne.

En conclusion, il nous semble que l'article 940.1 C.p.c. québécois fait preuve d'une plus grande précision en ce qui concerne le contrôle *prima facie* de la validité de la convention d'arbitrage. Ses normes disposent également d'une force exécutoire plus explicite pour ce qui est du renvoi des parties à l'arbitrage, d'autant plus que la jurisprudence interne a reconnu le caractère impératif de cette règle⁵⁸.

Il est à espérer que les tribunaux brésiliens adopteront la même attitude vis-à-vis du renvoi des parties à l'arbitrage et écarteront par le fait même leur traditionnelle résistance à respecter l'intention des cocontractants exprimée dans une convention d'arbitrage.

⁵⁸ *Bélanger c. 2846-7405 Québec Inc.*, J.E. 91-1064 (C.S.).

IV. L'intervention judiciaire dans la procédure arbitrale

Tel que vu précédemment, les droits québécois et brésilien acceptent le principe selon lequel les cours étatiques sont incompétentes pour entendre un litige au sujet duquel les parties ont convenu un accord d'arbitrage. Cet *effet négatif* de la convention d'arbitrage peut néanmoins être écarté par l'initiative des parties, compte tenu de la possibilité de coopération des tribunaux au déroulement des procédures arbitrales.

À titre d'exemple, les tribunaux pourraient intervenir sur les sujets suivants : la nomination des arbitres; l'adoption de mesures provisionnelles; et l'assistance en matière de preuve.

Cependant, lorsque l'arbitrage international est organisé par des centres permanents d'arbitrage et soumis aux règles de ces institutions⁵⁹, ce qui est fréquemment le cas, l'intervention judiciaire dans la procédure de nomination des arbitres, de leur récusation ou de la révocation de leurs mandats n'aura pas lieu. Les règlements institutionnels prennent en considération ces hypothèses et fournissent la solution aux parties, en désignant une *autorité de nomination* qui s'occupera de la nomination des arbitres⁶⁰.

En ce qui concerne les mesures provisionnelles et les autres mesures coercitives, comme celle qui vise à faire comparaître un témoin, l'intervention des tribunaux étatiques est nécessaire, voire essentielle, étant donné l'absence d'un système exécutoire propre à l'arbitrage.

Au Québec, l'article 940.3 C.p.c. révèle le principe directeur applicable à l'intervention judiciaire, conséquence de *l'effet négatif* de la convention d'arbitrage. Selon cette disposition, un juge ou un tribunal ne pourra intervenir que dans les quelques cas prévus par le *Code de procédure civile*.

⁵⁹ Ou lorsqu'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc* semi-organisé, où les parties soumettent le litige aux règles d'arbitrage d'une institution en recopiant le règlement de ladite institution. Dans ces règlements, une *autorité de nomination* est prévue dans l'éventualité où des problèmes surviendraient au niveau de la nomination ou de la récusation des arbitres.

⁶⁰ C. A. ESPLUGUES, *loc. cit.*, note 30, 89. Par exemple, nous pouvons citer l'article 2(3)(4) du *Règlement d'arbitrage de la CCI* et les sections 13 et 14 du *Règlement d'arbitrage international de l'AAA*.

Dans un arbitrage *ad hoc*, la procédure de nomination des arbitres est régie par les articles 941 à 941.2 C.p.c., sauf stipulation contraire des parties. L'article 941.1 C.p.c. prévoit que l'intervention d'un juge peut avoir lieu, à la demande d'une partie : a) *si 30 jours après avoir été avisée par une partie de nommer un arbitre, l'autre partie ne procède pas à la nomination*; ou b) *si, 30 jours après leur nomination, les arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre*. De plus, il peut y avoir intervention judiciaire, selon l'article 941.2 C.p.c., en cas de difficulté dans la mise en œuvre de la procédure de nomination des arbitres prévue dans la convention arbitrale. Dans cette hypothèse, la loi autorise le juge, sur demande d'une partie, à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer cette nomination.

Il est aussi possible pour une partie de demander l'intervention d'un juge dans la procédure de récusation ou de révocation du mandat de l'arbitre, l'objectif des articles 942.4 à 942.6 C.p.c. étant de s'assurer de la continuation de la procédure arbitrale et de passer outre les attitudes passives des parties ou des arbitres. Afin d'éviter que l'intervention judiciaire n'affecte davantage la continuation du processus d'arbitrage, toutes les décisions judiciaires rendues dans ces matières sont finales et sans appel⁶¹.

Quant aux mesures provisionnelles, l'article 940.4 C.p.c. prévoit ce qui suit : « **940.4.** Avant ou pendant la procédure arbitrale, un juge ou le tribunal peut accorder, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles. »

La nature spéciale de ce type de mesures, qui répond aux besoins d'urgence et d'efficacité, de même que l'absence d'un cadre juridique permettant l'ordonnance et l'exécution de telles mesures par les arbitres justifient largement la possibilité d'un recours aux tribunaux, avant ou pendant la procédure arbitrale⁶².

Quant aux mesures coercitives concernant la production de preuves, les articles 944.6 et 944.8 C.p.c. québécois autorisent l'intervention d'un juge, sur demande d'une partie, afin de rendre possible l'audition d'un témoin ou la production d'une preuve pertinente à la solution du différend.

⁶¹ Art. 941.3, 942.7, 943.2 et 945.8 C.p.c.

⁶² C. A. ESPLUGUES, *loc. cit.*, note 30, 96 et 97.

Au Brésil, dans le même esprit de collaboration, la nouvelle loi autorise l'intervention judiciaire afin d'assurer le déroulement de la procédure arbitrale conformément à la volonté des parties. De façon générale, cette intervention sera nécessaire afin de permettre : a) la conclusion judiciaire du compromis; b) l'institution de la procédure arbitrale; c) la production de preuves; et d) l'ordonnance de mesures provisionnelles.

Dans l'hypothèse où l'une des parties à la convention d'arbitrage s'oppose à la conclusion du compromis, l'autre partie pourra demander son assignation au juge ou au tribunal compétent⁶³ afin de comparaître en cour pour définir et s'entendre sur les termes de l'arbitrage⁶⁴. Le demandeur devra indiquer précisément l'objet du différend et présenter sa demande avec l'écrit contenant la clause compromissoire. Le juge fixera ensuite une date d'audition à laquelle il tentera de concilier les parties sur le fond du litige ou sur les termes de l'arbitrage. En l'absence d'accord entre les parties, le juge rendra une sentence, qui aura la valeur d'un compromis arbitral, et renverra les parties à l'arbitrage.

Au-delà du pouvoir de conciliation et de fixation des dispositions du compromis arbitral, le juge pourra également statuer sur la nomination d'un arbitre unique, dans l'hypothèse où la clause compromissoire n'indique pas le mode de nomination des arbitres⁶⁵.

Quant aux mesures provisionnelles demandées *avant* le début du processus arbitral, la partie intéressée devra soumettre son recours aux règles prévues dans le *Code de procédure civile*⁶⁶, qui exigent la preuve du *fumus boni iuris* et du *periculum in mora*. En ce qui concerne les demandes de mesures provisionnelles ou coercitives *pendant* la procédure arbitrale, l'article 22, par. 4, de la nouvelle loi autorise les arbitres à les déférer à l'autorité judiciaire compétente.

⁶³ Comme dans l'article 940.2 C.p.c. québécois, l'autorité judiciaire mentionnée dans la loi brésilienne est celle qui est compétente pour statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres.

⁶⁴ Il s'agit d'une procédure allégée prévue à l'article 7 de la nouvelle loi.

⁶⁵ En cas de défaut de la partie défenderesse, le juge statuera sur le compromis et la nomination des arbitres, renvoyant la cause en arbitrage.

⁶⁶ Art. 796 C.p.c. et suiv. (*medidas cautelares*).

Tant le droit québécois que le droit brésilien prennent en compte *l'effet négatif de la convention arbitrale*. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'intervention des tribunaux étatiques sera autorisée avant l'épuisement de la procédure d'arbitrage, et ce, toujours à l'initiative d'une des parties ou des arbitres⁶⁷.

Nous croyons que l'efficacité de l'intervention judiciaire sur le plan interne suit le *principe de collaboration*, qui se retrouve à l'origine des règles présentes dans les deux systèmes et qui vise particulièrement à assurer l'aboutissement de l'arbitrage. Toutefois, lorsque l'intervention judiciaire se fait plus présente, comme dans le cas de la législation brésilienne, et va jusqu'à la conclusion forcée d'un compromis arbitral, nous pensons qu'une telle intervention va à l'encontre du caractère volontaire de toute procédure d'arbitrage.

Finalement, les législations québécoise et brésilienne souffrent des conséquences du vide juridique concernant la réglementation internationale au sujet des mesures provisionnelles. L'absence d'efficacité extraterritoriale desdites mesures empêche leur circulation internationale et peut éventuellement nuire au résultat escompté par les parties⁶⁸.

V. La loi applicable à la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage possède, tant en droit québécois qu'en droit brésilien, une nature contractuelle. Elle est le fruit de l'expression du consentement des parties de se soumettre à l'arbitrage. Cette convention doit revêtir la forme écrite en vertu de l'article 2640 C.c.Q. et des articles 4, par. 1, et 9, par. 1, de la Loi 9307/96, et comprend deux modalités distinctes, à savoir la clause compromissoire et le compromis arbitral. Suivant la tendance du droit comparé, les deux systèmes juridiques ont consacré le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal⁶⁹.

⁶⁷ Tant au Québec qu'au Brésil, les arbitres sont compétents pour statuer sur leur propre compétence - kompetenz-kompetenz - tel que prévu à l'article 943 C.p.c. québécois et à l'article 20, par. 1, de la loi brésilienne.

⁶⁸ C. A. ESPLUGUES, *loc. cit.*, note 30, 93.

⁶⁹ Art. 2642 C.c.Q. et art. 8 de la Loi 9307/96.

Pour ce qui est de l'arbitrage commercial international, l'autonomie de la convention arbitrale nous oblige à considérer que celle-ci n'est pas nécessairement régie par des normes de même nature et de même origine que celles qui régissent le fond du litige soumis à l'arbitrage⁷⁰. Il est donc important de déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage, afin de constater non seulement son existence mais aussi sa validité formelle et substantielle.

L'emploi des critères de détermination de la loi applicable variera selon l'autorité saisie de l'affaire. Tant au Québec qu'au Brésil, on obtiendra des solutions potentiellement distinctes lorsque la question sera posée devant un juge étatique ou devant un arbitre.

Au Québec, lorsque le problème est porté devant un juge, ce dernier aura recours aux normes internes de droit international privé⁷¹, qui reconnaissent largement la théorie de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Une règle spécifique y est consacrée à la convention d'arbitrage, dans les termes suivants :

Art. 3121. 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.

Ainsi, c'est la loi choisie par les parties à la convention qui s'appliquera, faute de quoi la convention sera régie par la loi applicable au contrat principal⁷², à moins que celle-ci n'ait pour

⁷⁰ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, p. 227. Selon ces auteurs, la jurisprudence arbitrale reconnaît également qu'en raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage, le droit applicable à cette convention peut être différent de celui qui régit le contrat au fond.

⁷¹ L'ensemble des normes du droit international privé québécois constitue un code en lui-même, à l'intérieur du nouveau *Code civil du Québec*, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, et ses règles se retrouvent aux articles 3076 à 3168 C.c.Q.

⁷² « **Art. 3109.** La 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. [...]

effet d'invalider la convention. Dans cette dernière hypothèse, le juge appliquera la loi de l'État où se déroule l'arbitrage⁷³. Ceci ne veut pas dire que la validité de la convention se trouve liée à la validité du contrat⁷⁴, compte tenu du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

Nonobstant le choix de la loi applicable par les parties, leur capacité sera régie par la loi applicable au statut personnel, déterminée suivant les normes des articles 3083 à 3087 C.c.Q.⁷⁵,

Art. 3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

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

Art. 3112. En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte.

Art. 3113. Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement. »

Les articles 3114 et 3116 C.c.Q. fixent des règles spécifiques du droit applicable au contrat de vente et à la représentation conventionnelle.

⁷³ Il s'agit d'un rattachement alternatif, exprimant le principe du *favor negoti*, qui vise à favoriser la validité des actes juridiques.

⁷⁴ Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 801.

⁷⁵ « **Art. 3083.** L'état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile.

L'état et la capacité d'une personne morale sont régis par la loi de l'État en vertu de laquelle elle est constituée, sous réserve, quant à son activité, de la loi du lieu où elle s'exerce.

Art. 3084. En cas d'urgence ou d'inconvénients sérieux, la loi du tribunal saisi peut être appliquée à titre provisoire, en vue d'assurer la protection d'une personne ou de ses biens.

Art. 3086. La partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'État de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon la loi de l'État du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité.

Art. 3087. La personne morale qui est partie à un acte juridique ne peut pas invoquer les restrictions au pouvoir de représentation des personnes qui

selon le principe classique du dépeçage. Par ailleurs, le juge aura à respecter les lois d'application immédiate visées par les articles 3076 et 3079 du Code⁷⁶, notamment au sujet de l'arbitrabilité du litige.

Compte tenu des principes d'interprétation établis aux articles 940.6 et 948 C.p.c., il est clair que l'article 3121 C.c.Q. doit être interprété de façon à favoriser le plus possible la réalisation de l'arbitrage, conformément au choix présumé des parties.

Au Brésil, le droit international privé des contrats ne prévoit pas expressément l'autonomie de la volonté des parties. Par conséquent, son acceptation est controversée dans la doctrine et n'a pas davantage été établie par la jurisprudence⁷⁷.

Cette situation impose donc, en principe, l'application de la règle rigide contenue à l'article 9 de la Loi d'introduction au Code civil, selon laquelle les obligations – contractuelles ou délictuelles – sont régies par *la loi de la constitution de l'obligation*. En ce qui concerne tous les types de contrats, incluant la convention d'arbitrage, il faudrait, tant pour résoudre les questions de vice de forme que les problèmes de fond, appliquer *la loi du lieu de la conclusion de la convention (ou du contrat)*. Dans le cas où les par-

agissent pour elle si ces restrictions n'existaient pas selon la loi de l'État du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître ces restrictions en raison de sa fonction ou de sa relation avec la partie qui les invoque. »

Il est à noter que l'article 3085 C.c.Q. n'est pas pertinent, compte tenu de son champ d'application.

⁷⁶ « **Art. 3076.** 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. [...] »

Art. 3079. 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. »

⁷⁷ Pour la doctrine, voir Nadia DE ARAÚJO, « Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais », Rio, Ed. Renovar, 1997. Le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas admis dans la jurisprudence des États membres du MERCOSUL (Brésil, Argentine, Paraguay et Uruguay). Cependant, ces pays ont signé la *Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux*, qui consacre l'autonomie de la volonté des parties aux articles 7 et 8. Nous espérons donc un changement important d'attitude lorsque cette convention entrera en vigueur, après les ratifications nécessaires.

ties ne sont pas en présence l'une de l'autre – comme dans les conventions parvenues par téléphone, par fax ou par échange de lettres – la loi applicable sera *la loi de la résidence de l'offrant*.

Cependant, la nouvelle loi sur l'arbitrage a accueilli le *principe de l'autonomie* de façon expresse et large, comme l'ont voit à l'article 2, par. 1 et 2. Nous sommes donc d'avis que ces règles doivent être interprétées de manière à respecter le choix des parties tant au sujet du droit applicable à la convention d'arbitrage qu'au droit applicable au fond du litige.

Concernant la capacité des parties à la convention, c'est la loi du domicile de la personne physique – art. 7 LICC – qui trouve application. Dans le cas d'une personne morale, c'est la loi de l'État en vertu de laquelle celle-ci est constituée qui s'appliquera alors.

Lorsque la question de déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage se présentera devant le tribunal arbitral, le respect du choix énoncé par les parties s'imposera presque sans restriction. À défaut par les parties d'avoir exercé ce choix, les arbitres devront établir le droit applicable selon les règles de conflit qu'ils jugeront appropriées, en tenant compte du fait qu'ils ne sont pas tenus d'appliquer le droit international privé du siège de l'arbitrage⁷⁸.

En conclusion, nous pouvons affirmer que le Brésil, contrairement à la province de Québec, ne dispose pas d'un ensemble de règles appropriées en ce qui concerne le droit international privé. Nous constatons de ce fait que la présence d'un cadre juridique favorable à l'arbitrage ne suffit pas à le rendre efficace. L'existence d'un système moderne de règles de conflit est nécessaire, voire indispensable, pour faire face aux questions liées à la détermination du droit applicable à un arbitrage commercial international.

VI. La loi applicable au fond du litige

Au Québec, l'article 944.10 C.p.c. énonce la règle générale en matière de loi applicable au fond du litige, qui se lit comme suit :

⁷⁸ Voir par la suite la discussion à propos de la loi applicable au fond du litige.

Art. 944.10. Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables. (nos caractères gras)

Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage mettant en cause les intérêts du commerce international, l'interprétation du problème à la lumière de l'article 28 de la Loi-Modèle s'impose. Les parties sont libres de choisir les règles juridiques applicables au fond du litige, que ce soit des règles d'un ou de plusieurs droits nationaux ou des règles matérielles propres aux opérations du commerce international⁷⁹. Et les arbitres doivent trancher le différend conformément aux règles choisies par les parties.

En l'absence d'un choix opéré par les parties, l'article 28(2) de la Loi-Modèle donne aux arbitres le pouvoir de déterminer la loi applicable au fond du litige, selon les règles de conflit qu'il juge appropriées. Dans cette hypothèse, puisque le tribunal arbitral n'a pas une *lege fori*⁸⁰ et que la Loi-Modèle n'impose pas de méthode rigide, les arbitres seront libres de choisir la règle de conflit *appropriée*, indépendamment du système de règles de conflit du lieu de l'arbitrage⁸¹.

⁷⁹ Celles-ci constituent un droit coutumier transnational des rapports économiques internationaux, connu généralement sous le nom de *lex mercatoria*. À titre d'exemple, nous pouvons citer : les Principes relatifs aux contrats du commerce international d'UNIDROIT et les INCOTERMS de la CCI. Pour la discussion sur son existence et son contenu, voir P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, pp. 813-847, autorités et jurisprudence citées.

⁸⁰ A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 28, pp. 103 et 104.

⁸¹ Selon messieurs Fouchard, Gaillard et Goldman (*op. cit.*, note 28, pp. 884-889), il s'agit d'une méthode critiquable, compte tenu de la tâche délicate attribuée aux arbitres. En synthèse, l'arbitre a trois choix : la méthode cumulative, qui consiste à appliquer simultanément les règles de conflits de tous les systèmes présentant un rattachement avec la cause et menant à un résultat identique; la méthode des principes généraux du droit international privé, qui consiste à dégager, cette fois de l'ensemble des principaux systèmes de droit international privé, des principes communs ou simplement très généralement acceptés; et la méthode de la libre sélection d'une règle de conflit, qui consiste à sélectionner - ou même à élaborer - la règle de conflit qui paraît la plus appropriée.

Tel sera le cas lorsque les parties n'auront pas choisi la loi applicable au fond du litige mais plutôt les règles de procédure d'une institution d'arbitrage, comme par exemple celles de la CCI⁸². Une telle situation n'implique pourtant pas le choix d'un ensemble de règles applicables au fond du sujet controversé.

Selon l'article 28(2) de la Loi-Modèle, le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir de choisir directement le droit applicable au fond du litige, c'est-à-dire sans avoir préalablement recours à une règle de conflit quelconque. Le tribunal ne pourra davantage déterminer l'application d'un droit non national⁸³.

Nous croyons qu'il existe un conflit entre le premier paragraphe de l'article 944.10 C.p.c. et l'article 28(2) de la Loi-Modèle, dans la mesure où ce premier permet aux arbitres de déterminer la loi applicable au fond du litige par voie directe, c'est-à-dire sans avoir préalablement recours à un système de règles de conflit, alors que la règle de la Loi-Modèle le leur défend.

Au Brésil, malgré l'absence de règles de droit international privé qui autorisent le choix de loi applicable aux contrats internationaux ainsi que des normes spécifiques sur l'arbitrage international, la nouvelle loi ne limite pas l'extension du principe de l'autonomie de la volonté des parties en matière de choix de la loi applicable. Selon son article 2, les parties sont libres de choisir les règles de droit applicables à l'arbitrage, incluant les principes

⁸² L'article 13(3) du *Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre du Commerce International* prévoit que : « Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce. »

Par contre, dans les arbitrages soumis aux *Règles d'arbitrage international de l'Association américaine d'arbitrage* (AAA) – art. 29 – et aux Règles d'arbitrage du CAMCA (*Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas*) – art. 30, il est prévu que : « *The tribunal shall apply the substantive law or laws designated by the parties as applicable to the dispute. Failing such a designation by the parties, the tribunal shall apply such law or laws as it determines to be appropriate.* »

⁸³ Quant au pouvoir d'appliquer un système de droit non national, A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 28, p. 100, sont d'opinion que la Loi-type, tout en laissant aux parties la liberté de choisir expressément « telles règles de droit » qu'elles désirent, paraît exiger que le tribunal arbitral applique « la loi désignée par la règle de conflit des lois qu'il juge applicable en l'espèce », si le choix lui en est laissé. En d'autres termes, la Loi-type ne permettrait pas aux arbitres de choisir un droit non national. Dans le même sens, P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, p. 893.

généraux de droit, les usages et les règles internationales du commerce, c'est-à-dire la *lex mercatoria*. En outre, les arbitres peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs si les parties en ont ainsi convenu.

À défaut par les parties d'avoir exercé un choix, la loi sur l'arbitrage n'offre aux arbitres aucune règle précise de conduite. Néanmoins, son article 21 les autorise à déterminer les règles de procédure qu'ils jugent appropriées. Nous pensons que cette autorisation prévue à l'article 21 ouvrira la porte aux arbitres pour qu'ils déterminent également le droit applicable au fond du litige suivant la méthode indirecte, c'est-à-dire selon les règles de conflit qu'ils jugeront appropriées, ou encore par voie directe, en fonction du règlement d'arbitrage choisi par les arbitres.

En poursuivant ce raisonnement, il est possible d'arriver à une solution très proche de celle adoptée par le droit québécois, si l'on chemine dans le système proposé par la Convention du Panama.

La Convention du Panama énonce à son article 3, la règle suivante : « En l'absence d'accord express entre les parties, l'arbitrage sera réalisé en conformité avec les règles de procédure de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial. » (traduction libre)

Or, depuis le 1^{er} janvier 1978, la Commission Interaméricaine d'arbitrage commercial⁸⁴ a adopté le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁸⁵ qui reproduit à l'article 33⁸⁶ l'essence même de la règle

84 La Commission, créée en 1934 par résolution de la VII^e Conférence internationale des États américains, est une institution non gouvernementale siégeant à Washington, D.C., et dotée de sections nationales dans la majorité des États du continent américain.

85 Approuvé par la Résolution 31/98 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1976.

86 Cet article se lit comme suit :

« **1.** Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale.

de l'article 28 de la Loi-Modèle. Par conséquent, si l'arbitrage réalisé au Brésil est soumis à la Convention du Panama et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable, nous pensons que les arbitres devront appliquer le Règlement de la CNUDCI et déterminer la loi applicable au fond du litige selon les règles de conflit jugées adéquates en l'espèce.

La loi applicable, choisie par les parties ou par les arbitres, peut parfois rencontrer des limites sur le plan de son application et de son efficacité. Cependant, si les parties ont choisi le droit applicable, les arbitres auront tendance à le respecter dans la très grande majorité des cas⁸⁷. Exceptionnellement, les arbitres seront toutefois obligés d'écarter certaines dispositions du droit choisi.

Selon Emmanuel Gaillard, il existe des *limites discutables* et des *limites certaines* à l'efficacité du choix opéré par les parties. Parmi les *limites discutables*, on retrouve : a) la théorie des lacunes du droit choisi par les parties; b) la théorie extensive des usages du commerce international; et c) la théorie des lois de police (ou des lois d'application immédiate). Quant aux *limites certaines*, il faut examiner les cas où : a) certaines questions échappent à l'emprise de la loi choisie par les parties, ce qui restreint d'autant sa portée; et b) l'application de la loi choisie porte atteinte à l'ordre public international⁸⁸.

Le caractère contractuel de l'arbitrage et la nature non étatique de la mission de l'arbitre ne lui octroient pas, en principe, le pouvoir de refuser de donner effet au choix opéré par les parties. Cependant, en vertu de la *théorie des lois de police (ou lois d'application immédiate)*, les arbitres peuvent être autorisés à tenir compte de règles appartenant à un système autre que celui désigné par les parties pour régir le différend.

Les lois d'application immédiate constituent des règles étatiques qui expriment l'interventionnisme de l'État dans les relations privées. Elles sont édictées dans le but de sauvegarder l'organisation politique, sociale et économique du pays ou, en-

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction. »

⁸⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, p. 854.

⁸⁸ *Id.*, pp. 854-878.

core, dans le but de préserver le bien-être de la collectivité⁸⁹. Selon Emmanuel Gaillard,

*on s'accorde aujourd'hui à définir les lois de police (encore parfois appelées lois d'application immédiate ou lois d'application nécessaire) de manière purement fonctionnelle comme des règles qui ne pourraient atteindre le but qu'elles se sont assignés si elles n'étaient appliquées à un certain nombre de situations qu'elles définissent.*⁹⁰

À titre d'exemple, ces lois pourraient contenir des règles sur la préservation de la concurrence, le contrôle douanier, le combat à la corruption, le contrôle de change, la prohibition de la clause-or, les mouvements des capitaux ou des marchandises, et les conditions du travail.

La méthode des lois d'application immédiate, consacrée dans les législations modernes de droit international privé⁹¹, permet donc au juge étatique d'écarter la loi désignée par les parties et, par conséquent, d'appliquer ces règles de police. Il peut ainsi donner effet aux lois d'application immédiate, soit directement, c'est-à-dire sans se prévaloir des règles de conflits lorsqu'il s'agit des lois du for, soit après avoir utilisé les règles de conflit, lorsqu'il est question des lois provenant d'un autre État⁹².

Il est donc incontestable que, dans les différends soumis à un tribunal étatique, les juges peuvent écarter le choix des parties ou

⁸⁹ Ce sont les critères généraux de détermination des lois d'application immédiate retenus par le législateur suisse, cités par H. Patrick GLENN, « Droit international privé », dans *La Réforme du Code civil*, Sainte-Foy, t. 3, P.U.L., 1993, p. 679.

⁹⁰ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, p. 860.

⁹¹ *Code civil du Québec*, art. 3076 et 3079; *Loi fédérale sur le droit international privé suisse*, art. 18 et 19; *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, art. 7; *Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux*, Mexique, 1994, art. 11. Au Brésil, les limites à l'efficacité de la loi applicable sont prévues à l'article 17 de la LICC (DIP) qui détermine, de façon générale, qu'aucun acte, loi ou sentence étrangère ne sera efficace au Brésil s'il porte atteinte à la souveraineté nationale, aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. Dans le droit sur l'arbitrage, les seules limites à l'efficacité du choix des parties sont liées à la violation des bonnes moeurs et à l'atteinte à l'ordre public : art. 2, par. 1, de la Loi 9307/96.

⁹² Les lois d'application immédiate du système juridique choisi par les parties doivent incontestablement être appliquées, soit par les juges, soit par les arbitres, à moins qu'elles ne portent atteinte à l'ordre public du for ou à l'ordre public véritablement international qui s'impose aux arbitres.

même la loi désignée par les règles de conflit, dans le but d'appliquer la loi d'application immédiate du for ou même, dans certaines législations, celle d'un pays tiers dont le système juridique possède des liens étroits avec la cause.

En ce qui concerne les litiges soumis à l'arbitrage international, la question qui se pose est la suivante : Est-ce que l'arbitre doit tenir compte des lois d'application immédiate? Si la réponse est négative, comment peut-on éviter des choix qui visent à frauder la loi d'un certain système juridique?

Pour essayer de répondre à cette question, il faut premièrement considérer que le rôle, la nature et la portée de la mission de l'arbitre ne s'assimilent pas à ceux d'un juge étatique. Le pouvoir concédé à l'arbitre de trancher un litige provient de la volonté des parties, d'où l'importance fondamentale du respect par l'arbitre des stipulations faites par les parties.

De plus, contrairement aux juges, l'arbitre n'a pas de for, dans le sens où il n'est assujéti à aucun ordre juridique étatique. Ainsi, toutes les lois d'application immédiate lui sont étrangères et, par conséquent, il n'a nullement l'obligation d'appliquer les principes qui gouvernent les décisions des juridictions étatiques⁹³. Toutefois, compte tenu du fait que sa mission est de juger, l'arbitre ne peut se désintéresser des exigences de justice, d'autant plus que l'efficacité de la sentence rendue relève des contrôles effectués par les justices étatiques.

Même si le devoir et le pouvoir des arbitres d'appliquer les lois de police du système juridique choisi par les parties ne sont pas contestés, le problème se pose lorsqu'ils sont appelés à appliquer des lois provenant d'un autre système, étranger à celui choisi par les parties.

Avant d'aborder le coeur du problème, nous citerons ici un passage de l'ouvrage dans lequel Emmanuel Gaillard⁹⁴ énonce trois certitudes qui permettent de circonscrire la controverse :

- 1) *Les arbitres peuvent tenir compte, en tant qu'élément de fait, des lois de police susceptibles d'interférer dans l'exécution du*

⁹³ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, pp. 862 et 863.

⁹⁴ *Id.*, pp. 861-863.

*contrat et en tirer certaines conséquences de droit, prévues par la loi choisie par les parties*⁹⁵;

- 2) *Les arbitres n'ont nullement l'obligation d'appliquer les principes qui gouvernent les décisions des juridictions étatiques*⁹⁶;
- 3) *Les lois de police doivent être appliquées par les arbitres lorsque la solution inverse peut être considérée comme contraire à l'ordre public international, mais ce n'est plus alors à titre de lois de police qu'elles sont prises en compte.*

L'auteur limite ensuite la controverse aux situations où l'on se trouve en présence de lois d'application immédiate n'appartenant pas au droit choisi par les parties pour gouverner leur différend et qui ne correspondent pas aux exigences de l'ordre public international. Il ajoute aussi

*Tous les auteurs manifestent en effet leur souci de permettre aux arbitres de tenir compte des impératifs supérieurs de justice mais le font, tantôt par la méthode des lois de police, tantôt par le seul recours à la notion plus classique d'ordre public international, qui pour les arbitres, doit être conçue comme un ordre public réellement transnational.*⁹⁷

Le problème est fort complexe. Toutefois, nous pensons que l'internationalité de l'arbitrage, la primauté du droit international sur le droit interne, ainsi que l'attente légitime des parties en regard du choix opéré dans la convention d'arbitrage exigent que l'arbitre restreigne l'application des lois de police aux hypothèses où la non-application de ces lois porterait atteinte à l'ordre public transnational.

Il s'en suit que les arbitres doivent donner préférence à la méthode de l'ordre public transnational pour déterminer ou non l'application des lois de police.

⁹⁵ Dans ce cas, une autre loi que la loi applicable au contrat, qui interdirait, par exemple, l'exportation de marchandises dans les conditions stipulées par la convention, pourrait être considérée comme un événement de force majeure par la loi applicable au contrat, en regard des conditions définies par cette dernière.

⁹⁶ L'auteur fait référence aux arbitres siégeant en France et observe qu'ils ne sont pas tenus d'appliquer l'article 7, par. 1, de la Convention de Rome. De plus, il critique l'idée, apparue en Suisse, selon laquelle les arbitres y siégeant seraient obligés d'appliquer l'article 19 de la loi suisse de droit international privé, qui permet au juge étatique de tenir compte des lois de police étrangères.

⁹⁷ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 28, pp. 861-863.

Selon Emmanuel Gaillard,

*cette conception présente l'avantage d'éviter le subjectivisme, ou au contraire la résignation, de celle qui tire de l'absence du caractère réellement universel de ces règles, tantôt la liberté de l'arbitre de s'en tenir aux exigences de son sentiment de justice pour donner effet à telle règle qui, ayant des liens étroits avec la cause, demande à s'appliquer, tantôt l'absence totale de réaction de l'ordre public, le défaut d'unanimité conduisant alors l'arbitre à s'en tenir aux prescriptions de la loi choisie par les parties.*⁹⁸

Par conséquent, si l'arbitre tient compte des exigences d'un ordre public véritablement international, il pourra, de façon moins contestable, retenir une solution semblable à celle prévue par la méthode des lois d'application immédiate, sans pour autant avoir à appliquer la norme spécifique du droit. Il ne donnera pas effet aux politiques étatiques qui ne correspondent pas nécessairement aux valeurs morales largement partagées par les opérateurs du commerce international.

Au niveau pratique, nous pouvons nous référer à certains critères d'application des lois de police, énoncés par un grand juriste uruguayen à propos de l'article 11 de la Convention du Mexique sur la loi applicable aux contrats internationaux⁹⁹. Il nous semble que ces directives – ci-dessous énumérées – une fois adaptées à la nature non étatique de l'arbitrage, peuvent être utiles pour les arbitres dans l'appréciation du problème selon la méthode de l'ordre public dont nous avons fait état :

- 1) la loi doit être considérée impérative par l'État qui l'a édictée (consultation à l'esprit du législateur local);
- 2) son application aux situations internationales doit être justifiée;
- 3) son application en l'espèce doit être justifiée;
- 4) le contrat doit être exécuté – totalement ou en partie – dans le pays qui a édicté la règle d'application immédiate;

⁹⁸ *Id.*, p. 866.

⁹⁹ R. B. SANTOS BELANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 114-122.

- 5) en principe, les règles d'application immédiate doivent être efficaces dans le territoire du pays qui les a édictées et elles pourraient, exceptionnellement, avoir un effet extraterritorial;
- 6) la mise en œuvre d'une loi d'application immédiate ne doit pas exclure totalement l'application de la loi du contrat, mais se circonscrire aux situations visées par ladite loi;
- 7) les règles d'application immédiate applicables au rapport contractuel doivent s'encadrer dans les mesures approuvées et consenties par l'Organisation mondiale du Commerce (transparence des relations commerciales);
- 8) les règles d'application immédiate doivent poursuivre des buts généralement acceptés par la communauté internationale.

VII. La loi applicable à la procédure d'arbitrage

Au Québec, le droit international privé, le droit civil et le droit de la procédure prévoient le principe de l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne la loi applicable à la procédure arbitrale.

En droit international privé, l'article 3133 C.c.Q., inspiré du nouveau droit suisse, permet aux parties de choisir soit la loi d'un État, soit un règlement d'arbitrage institutionnel ou *ad hoc*. À défaut par les parties d'avoir fait un choix, la loi de l'État où l'arbitrage se déroule s'appliquera, conformément au principe général d'application de la *lex fori*, en matière procédurale¹⁰⁰.

De même, l'article 2643 C.c.Q. énonce la règle selon laquelle la procédure d'arbitrage est régie par le contrat ou, à défaut, par les normes pertinentes du *Code de procédure civile*.

Finalement, l'article 940 C.p.c. permet également aux parties de choisir les règles applicables à la procédure arbitrale, sauf en ce qui concerne les dispositions des articles 940.2, 941.3, 942.7,

¹⁰⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 49, p. 1649.

943.2, 945.8, 946 à 947.4 et 940.5 C.p.c., qui contiennent des normes à caractère impératif¹⁰¹.

Au Brésil, l'article 21 de la nouvelle loi a, de la même manière, consacré le principe de l'autonomie de la volonté des parties. L'arbitrage peut alors suivre les règles de procédure établies par les parties à la convention ou celles d'un centre permanent d'arbitrage auxquelles les parties s'en seront éventuellement remises. Les parties peuvent également déléguer à l'arbitre ou au tribunal arbitral le pouvoir de déterminer les règles de procédure applicables. Finalement, dans l'hypothèse où les parties ont fait défaut d'effectuer un tel choix, l'arbitre ou le tribunal arbitral sera expressément autorisé à déterminer les règles de procédure qu'il jugera appropriées.

Quelles que soient les règles de procédure choisies, celles-ci devront strictement respecter les principes de procédure contradictoire, d'égalité des parties, d'impartialité de l'arbitre et de sa libre conviction, tel que le prévoit l'article 21, par. 2 de la nouvelle loi.

Nous constatons donc que la qualification contractuelle de l'arbitrage, tant en droit québécois qu'en droit brésilien, permet amplement aux parties de choisir la loi applicable à la procédure. La seule différence entre les deux systèmes se retrouve dans la situation où il y a absence de choix par les parties. Le droit international privé québécois prévoit alors l'application de la loi de l'État où se déroule l'arbitrage, contrairement à la loi brésilienne, qui confère aux arbitres la compétence de fixer les règles de procédure. Toutefois, cette divergence peut être minimisée par l'application de l'article 19(2) de la Loi-Modèle, en tant que règle d'interprétation des arbitrages internationaux réalisés au Québec. Cet article confère aux arbitres la compétence de choisir les règles de procédure, lorsque les parties ne l'ont pas fait, ce qui est davantage conforme à la nature a-nationale des arbitrages internationaux.

Nous pensons que la règle brésilienne se conforme mieux à l'esprit de l'arbitrage commercial international. Très souvent, le siège de l'arbitrage n'a aucune relation avec l'affaire en litige,

¹⁰¹ Ces normes traitent de la compétence judiciaire, de la signification des documents, de l'appel d'une décision judiciaire rendue sur la procédure arbitrale, de l'homologation et de l'annulation de la sentence arbitrale.

s'agissant du territoire d'un pays neutre par rapport aux parties et à la relation juridique en cause. L'application de la loi de l'État où se déroule l'arbitrage peut donc se révéler arbitraire et même nuire à son parfait déroulement. Par conséquent, il semble plus approprié de permettre aux arbitres d'établir eux-mêmes les règles de procédure, en choisissant, à la lumière de l'affaire portée devant eux, les règles d'une institution spécialisée ou même d'un État autre que celui où se déroule l'arbitrage.

VIII. La sentence arbitrale : exécution et annulation

À moins qu'elles ne parviennent à un accord dans l'intervalle, les parties qui se lancent dans un arbitrage commercial international, avec toutes les difficultés et les frais que cela suppose, s'attendent à ce que la procédure d'arbitrage débouche sur une sentence. Elles s'attendent également à ce que, sous réserve des voies d'appel ou de recours possibles, la sentence soit définitive et s'impose à leur égard¹⁰².

Au Québec, bien que la sentence arbitrale lie les parties, il est nécessaire de demander son homologation à une cour étatique avant qu'elle n'acquiert force exécutoire. Cette procédure d'homologation, régie par les articles 946 à 946.6 C.p.c.¹⁰³, est instituée par voie de requête. Selon l'article 946.2 C.p.c., le tribunal judiciaire saisi de la demande n'est pas autorisé à examiner le fond du différend – ce qui impliquerait la révision du mérite de la cause jugée par les arbitres –, mais il pourra en refuser l'homologation si, selon l'article 946.4 C.p.c., il constate :

- a) qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;
- b) que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec;
- c) que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou

¹⁰² A. REDFERN et M. HUNTER, *op. cit.*, note 28, p. 288.

¹⁰³ Ces articles, selon l'article 940 C.p.c., ne peuvent être écartés par la volonté des parties.

de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

- d) que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes; ou
- e) que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté.

Ces moyens de refus d'homologation doivent être allégués par la partie adverse et, dans l'hypothèse mentionnée à l'alinéa d), la loi permet au tribunal de dissocier la disposition invalide des autres dispositions de la sentence – il y aura *dépeçage* de la décision – et de procéder à l'homologation du contenu valide de cette dernière.

Outre les motifs de refus prévus à l'article 946.4 C.p.c., le tribunal peut également refuser l'homologation de la sentence arbitrale s'il constate que l'objet du différend n'est pas arbitral au Québec ou que la décision des arbitres porte atteinte à l'ordre public. Dans ces hypothèses, le tribunal peut agir d'office, selon la règle énoncée à l'article 946.5 C.p.c.

Selon l'article 946.6 C.p.c., la sentence arbitrale, une fois homologuée, est exécutoire au même titre qu'un jugement du tribunal.

En ce qui concerne les recours qui peuvent être intentés à l'encontre de la sentence arbitrale, le seul possible en droit québécois est la demande en annulation, prévue aux articles 947 à 947.4 C.p.c.

L'annulation de la sentence arbitrale pourra s'obtenir de deux façons indiquées à l'article 947.1 C.p.c. : a) par requête présentée au tribunal, dans un délai maximum de trois mois de la date à laquelle la sentence a été rendue et communiquée aux parties; ou b) en défense à une requête en homologation.

Les motifs d'annulation sont les mêmes que ceux prévus aux articles 946.4 et 946.5 C.p.c. et, tout comme pour la requête en homologation, le tribunal ne peut examiner le fond du différend.

Par ailleurs, l'article 947.3 C.p.c. prévoit que le tribunal peut, sur demande d'une partie et dans le but de sauvegarder le résul-

tat pratique de l'arbitrage, suspendre la demande d'annulation pendant le temps qu'il juge nécessaire, afin de permettre aux arbitres de prendre toutes les mesures susceptibles d'éliminer les motifs d'annulation.

Au Brésil, contrairement au Québec, la sentence arbitrale n'est pas soumise à l'homologation d'un tribunal étatique pour devenir exécutoire¹⁰⁴. En effet, la sentence arbitrale est assimilée à un jugement étatique et est donc susceptible d'exécution immédiate. L'exécution de la décision arbitrale doit être demandée au juge compétent pour entendre le litige, comme cela est prévu aux articles 18 et 31 de la Loi 9307/96.

Le seul recours qui peut être intenté à l'encontre de la décision des arbitres est, comme au Québec, la demande en annulation, prévue à l'article 33, par. 1, de la nouvelle loi. Cette demande doit être entamée par la partie intéressée dans les 90 jours suivant la date de communication de la sentence arbitrale, sous peine de caducité. Conformément à l'article 33, par. 3, de la loi, il est également possible de demander l'annulation de la sentence en défense à une requête en exécution forcée de la décision arbitrale.

Les motifs d'annulation sont prévus à l'article 32 de la nouvelle loi, qui se lit comme suit :

Art. 32. Est nulle la sentence arbitrale si :

I - le compromis est nul;

II - elle a été rendue par une personne qui ne pouvait pas être arbitre;

III - elle n'a pas respectée les conditions de l'article 26 de la loi; [rapport du litige avec l'identification des parties; fondements de la décision; dispositif; date et lieu de la sentence]

IV - elle dépasse les termes de la convention d'arbitrage;

V - elle n'a pas réglée la totalité du différend soumis à l'arbitrage;

VI - l'on constate qu'elle a été rendue en situation de prévarication, concussion ou corruption passive; [l'arbitre étant assimilé au juge/fonctionnaire public]

¹⁰⁴ Dans l'ancien droit, le *Code de procédure civile* exigeait l'homologation de la sentence arbitrale par un tribunal étatique avant qu'elle ne soit susceptible d'exécution forcée. Cette procédure, sans révision au fond de la décision, était parfois plus longue que l'arbitrage lui-même. Voir *supra*, note 37.

VII - elle a été rendue après le délai fixé par les parties ou celui fixé par la loi (6 mois), à condition d'avoir respecté la règle de l'article 12, III de la loi; [préavis adressé à l'arbitre ou au tribunal lui demandant de rendre la sentence dans un délai de 10 jours après l'expiration du délai prévu par les parties ou par la loi]

VIII - les principes prévus à l'article 21, par. 2, de la loi n'ont pas été respectés; [procédure contradictoire, égalité des parties, impartialité de l'arbitre et libre conviction de l'arbitre].

La décision judiciaire qui accueille la demande (ou la défense) fondée sur les motifs prévus à l'article 32, I,II, VI, VII et VIII annulera la sentence arbitrale, ainsi que les actes procéduraux qui l'ont précédée. En revanche, si les fondements de la demande sont ceux prévus à l'article 32, III, IV et V de la nouvelle loi, le tribunal annulera la sentence et ordonnera aux arbitres de rendre une nouvelle décision. Dans ces derniers cas, les parties n'auront pas à reconstituer leur dossier.

À part quelques nuances propres à chacun des ordres examinés, les deux systèmes juridiques reflètent les perspectives du droit comparé et du droit international en ce qui concerne l'efficacité et l'aspect définitif de la sentence arbitrale. Ces systèmes visent surtout à éliminer un pouvoir de révision au fond, d'appel ou de modification de la sentence arbitrale par le judiciaire.

IX. La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

Lorsqu'un arbitrage met en cause les intérêts du commerce international, les procédures sont fréquemment instituées dans un pays neutre, qui n'a aucun lien avec les parties ou, encore, avec le rapport juridique litigieux. Dans d'autres cas, le pays où la sentence est rendue n'est pas celui où la partie condamnée a son établissement principal et donc des biens susceptibles de saisie et d'exécution forcée.

Dans ces hypothèses, la sentence issue d'un arbitrage commercial international sera non seulement internationale, mais aussi étrangère, face au pays dans lequel on veut la rendre exécutoire.

Le cadre juridique actuel, constitué d'un important réseau de traités internationaux et d'un nombre non négligeable de lois na-

tionales favorables à l'arbitrage, accorde aux sentences arbitrales une circulation bien plus facile que celle accordée aux décisions judiciaires, et permet ainsi leur exécution dans plusieurs pays¹⁰⁵.

En droit québécois, les articles 948 à 951.2 C.p.c. prévoient les règles applicables à la demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale rendue hors du Québec, provenant d'une autre province canadienne ou d'un pays étranger, confirmée ou non par une autorité compétente, c'est-à-dire homologuée ou non par une autorité étatique étrangère.

Ces dispositions sont directement inspirées de la Convention de New York (1958), adoptée par le Canada en 1986 et en vigueur dans plus d'une centaine de pays. De plus, le deuxième alinéa de l'article 948 C.p.c. prévoit que, dans l'hypothèse où la sentence arbitrale met en cause des relations du commerce international, les règles concernant la demande en reconnaissance et en exécution doivent être interprétées selon le système proposé par la Convention de New York, c'est-à-dire selon la jurisprudence et doctrine établies à propos de son application.

La demande en reconnaissance et en exécution d'une sentence arbitrale étrangère est introduite par voie de requête en homologation, adressée au tribunal qui, au Québec, aurait été compétent pour statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres. La requête doit être accompagnée de l'original ou d'une copie de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage, traduites en français ou en anglais et authentifiées par une autorité publique canadienne ou étrangère¹⁰⁶.

Les seuls motifs d'opposition à la demande en reconnaissance et en exécution sont ceux prévus aux articles 949 et 950 C.p.c., qui reprennent l'essence même de l'article V, 1 et 2, de la Convention de New York.

105 Voir *supra*, note 1.

106 Le deuxième alinéa de l'article 949.1 C.p.c. se lit comme suit :

« Cette requête doit être accompagnée de l'original ou d'une copie de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage. L'original ou la copie de ces dernières doit être authentifié soit par un représentant officiel du gouvernement du Canada, soit par un délégué général, un délégué ou un chef de poste du Québec exerçant ses fonctions à l'extérieur du Québec, soit par le gouvernement ou par un officier public du lieu où la sentence a été rendue. »

Au Brésil, les articles 34 à 40 de la Loi 9.307/96 sont ceux applicables en la matière et ils reproduisent également les principes et les règles de la Convention de New York de même que ceux de la Convention du Panama¹⁰⁷. Cette dernière a été ratifiée par le Brésil en 1996 et s'applique aux demandes de reconnaissance et d'exécution des sentences provenant d'un autre État membre¹⁰⁸.

Le premier alinéa de l'article 34 considère étrangère la sentence rendue hors du territoire national, et ce, même si les parties en litige ont leur domicile au Brésil ou possèdent la nationalité brésilienne. Le seul critère retenu par le législateur pour distinguer les sentences arbitrales susceptibles de reconnaissance au Brésil est celui du lieu où elles ont été rendues.

Qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, le système brésilien présente une particularité au niveau de l'autorité judiciaire compétente pour entendre la demande en reconnaissance et exécution d'une sentence étrangère. Il s'agit de la Cour suprême – *Supremo Tribunal Federal* –, seule autorité compétente pour donner l'*exequatur* aux sentences étrangères ainsi qu'aux commissions rogatoires venues d'autres pays.

La demande est instituée par voie d'une procédure allégée prévue dans le règlement interne de la Cour suprême¹⁰⁹. Les conditions de forme, requises par l'article 37, sont identiques à celles prévues par la Convention de New York et par la Convention du Panama. L'original ou une copie de la sentence arbitrale et de la convention d'arbitrage, dûment certifiés et traduits dans

¹⁰⁷ *La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, Panama, 1975, est en vigueur dans 16 états américains : Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Équateur, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Honduras, Mexique, Panama, Paraguay, Pérou, Uruguay et Venezuela (statut du 1^{er} juillet 1997). Cette convention reproduit en substance les dispositions de la Convention de New York de 1958.

¹⁰⁸ Sur le plan procédural, la Convention du Panama est complétée par les dispositions de la *Convention Interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et des sentences arbitrales étrangères*, Montevideo, 1979, également ratifiée par le Brésil.

¹⁰⁹ Art. 35 de la loi sur l'arbitrage. Selon la Constitution de la République (art. 102, I, h), toutes les demandes en reconnaissance et en exécution des sentences étrangères – judiciaires ou arbitrales –, ainsi que les demandes de commission rogatoire sont entendues par la Cour suprême, sans révision au fond. L'exécution forcée du jugement s'obtient devant un juge fédéral de première instance.

la langue nationale, soit le portugais, doivent donc accompagner la demande.

Les motifs de refus prévus aux articles 38 et 39 sont fort semblables à ceux prévus par le *Code de procédure civile* québécois aux articles 949 et 950, inspirés de la Convention de New York. Ainsi, une demande en reconnaissance et en exécution ne pourra être refusée que si la partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée établit :

I - qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;

II - que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du lieu où la sentence arbitrale a été rendue;

III - que la partie contre laquelle la sentence a été rendue 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;

IV - que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entre pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes, et qu'il est impossible de séparer la partie qui excède les termes de l'entente de la partie visée dans la convention;

V - que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties;

VI - 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 où la sentence arbitrale a été rendue.

De plus, le tribunal étatique, au Brésil tout comme au Québec, pourra refuser d'office la demande si :

I - selon la loi du for l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage; ou

II - sa reconnaissance et son exécution portent atteinte à l'ordre public.¹¹⁰

¹¹⁰ Il s'agit alors de l'ordre public international et non pas de l'ordre public interne. Voir, à ce sujet, la décision rendu par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302, ainsi que plusieurs décisions rendues par le Supremo Tribunal Federal brésilien.

Au Brésil, le système procédural est inspiré des codifications européennes, qui sont plus formalistes que celles d'Amérique du Nord. En effet, à titre d'exemple, la Cour suprême, s'appuyant sur le fondement d'atteinte à l'ordre public, avait tendance à ne pas accorder l'homologation d'une sentence arbitrale si la signification de la procédure à une partie qui résidait au Brésil n'était pas effectuée conformément aux règles du droit interne, c'est-à-dire par commission rogatoire.

Toutefois, l'article 39 de la nouvelle loi ne considère plus que l'assignation faite à la partie résidente ou domiciliée au Brésil, conformément au mode prévu dans la convention d'arbitrage et non selon les règles du droit interne, puisse constituer une atteinte à l'ordre public, pourvu que la partie assignée ait eu suffisamment de temps pour faire valoir ses moyens de défense. Cette disposition élimine les considérations d'ordre public qui étaient à la base des motifs de rejet des demandes en reconnaissance et exécution des sentences étrangères.

Il faut noter que la nouvelle loi brésilienne a également éliminé l'exigence d'un *double exequatur* comme condition de reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère. En effet, la jurisprudence de la Cour suprême avait depuis longtemps établi que la sentence arbitrale étrangère devait préalablement être homologuée par une autorité judiciaire du lieu où elle avait été rendue, avant d'être susceptible d'homologation devant l'autorité brésilienne. Cette condition empêchait souvent la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère, compte tenu du fait que dans plusieurs pays, comme le Brésil maintenant, il n'existe pas de procédure d'homologation d'une sentence arbitrale.

Finalement, il est à noter que l'article 951 du *Code de procédure civile* québécois¹¹¹ permet au tribunal de surseoir et, par conséquent, de ne pas statuer sur une demande en reconnaissance dans l'hypothèse où une requête en annulation ou en sus-

111 L'article 951 C.p.c. se lit comme suit :

« **951.** Le tribunal peut surseoir à statuer sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale si l'annulation ou la suspension de la sentence arbitrale est demandée à l'autorité compétente visée au paragraphe 6 de l'article 950.

Le tribunal peut alors, à la demande de la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir caution. »

pension de la sentence arbitrale lui a été formulée. Cette disposition n'a pas son parallèle dans le droit brésilien interne. Cependant, nous retrouvons une règle identique à l'article 6 de la Convention du Panama.

Il est donc clair que les systèmes juridiques québécois et brésilien de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères s'inspirent du cadre juridique international en vigueur - Convention de New York de 1958 - et sont très accessibles et favorables à la circulation de ces jugements.

*

* *

Nous pouvons tout d'abord constater que les deux régimes juridiques étudiés satisfont aux besoins du commerce international en matière d'arbitrage.

En ce qui concerne l'interprétation et la qualification de la relation commerciale internationale soumise à l'arbitrage, le cadre juridique brésilien n'offre pas de directives aux opérateurs du droit, contrairement au droit québécois. De ce fait, il est à craindre que les arbitrages internationaux réalisés au Brésil soient perçus par les tribunaux locaux comme des arbitrages nationaux, aux dépens de leur autonomie et des besoins qui leur sont propres.

Malgré les développements apportés par la nouvelle loi sur l'arbitrage, la grande faiblesse du cadre juridique brésilien se situe dans son système de droit international privé, composé de règles anciennes, rigides et malheureusement silencieuses sur la question de l'autonomie de la volonté des parties en matière contractuelle.

Compte tenu du fait que, dans un arbitrage international, les arbitres sont fréquemment amenés à appliquer des règles de conflit, il s'avère essentiel que le système de droit international privé du lieu de l'arbitrage, s'il est applicable, ne constitue pas un obstacle supplémentaire, s'ajoutant à la complexité des relations juridiques en cause.

Tant au Québec qu'au Brésil, l'absence de tradition en matière d'arbitrage, surtout international, est source de difficultés et d'incertitudes pour ceux qui veulent s'en servir.

L'essor du commerce international ainsi que l'internationalisation des rapports ont eu pour conséquence d'apporter aux opérateurs du droit une ouverture d'esprit nécessaire à une meilleure compréhension des relations en cause. Le caractère essentiellement international des rapports juridiques dans le cadre de l'arbitrage commercial international, de même que le pragmatisme de ses acteurs, nécessaire à son développement, ont permis l'élaboration de traités internationaux et de lois-modèles qui convergent vers un ordre juridique plus cohérent et uniforme.