

# 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*

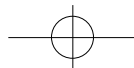
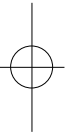
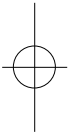
*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

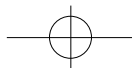
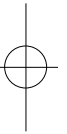
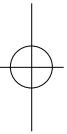
© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)



# *Chroniques sectorielles*





# Arbitrage commercial

## Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres

### **Frédéric BACHAND**

Avocat et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Dans une décision qui semble être passée relativement inaperçue, la Cour supérieure du Québec s'est penchée sur deux questions importantes ayant trait au pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires en matière d'arbitrage conventionnel<sup>1</sup>. La première sur laquelle les tribunaux québécois semblent avoir passablement de difficulté à s'entendre, concerne l'assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. La

seconde, qui est très importante au plan pratique, concerne la possibilité qu'une ordonnance de procédure puisse faire l'objet d'un recours en annulation durant l'instance arbitrale, c'est-à-dire avant que le tribunal arbitral se soit prononcé sur le fond des réclamations soumises à l'arbitrage<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Québec (Procureur général) c. Du Mesnil*, J.E. 97-2081, REJB 97-03059 (C.S.); cette décision est répertoriée différemment dans la base de données Quicklaw : *Québec (Procureur général) c. Cintec Environment Inc.*, [1997] A.Q. n° 3706 (ci-après cité : « *Du Mesnil/Cintec* »).

<sup>2</sup> L'expression « ordonnance de procédure » vise toute décision des arbitres ayant pour objet de faire progresser la procédure arbitrale, par opposition à celles tranchant de manière finale un ou plusieurs aspects du fond des réclamations soumises à l'arbitrage. Voir, par exemple, les propos d'Alan REDFERN et Martin HUNTER, *The Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3<sup>e</sup> éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 365. Pour une énumération des types d'ordonnances de procédure qu'un tri-

La Cour supérieure a conclu qu'un tribunal arbitral conventionnel était soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle que lui reconnaît l'article 33 du *Code de procédure civile*<sup>3</sup>. Elle est intervenue durant l'instance arbitrale afin d'annuler une ordonnance rendue par les arbitres fixant les dates d'audition de la réclamation leur ayant été soumise, au motif qu'ils avaient, ce faisant, violé la règle *audi alteram partem*<sup>4</sup> au détriment de la partie requérante. Après un bref rappel des faits et de la décision de la Cour (I), nous expliquerons pourquoi elle a eu tort, selon nous, de conclure qu'un tribunal arbitral conventionnel est soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle que lui reconnaît l'article 33 C.p.c. (II). Par ailleurs, admettre qu'une ordonnance de procédure rendue par un tel tribunal puisse faire

l'objet d'un recours en annulation durant l'instance arbitrale contrevient, à notre avis, au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de la démarche arbitrale. Ce principe implique que le contrôle judiciaire de la légalité de la démarche arbitrale doit avoir lieu seulement après que le tribunal se soit prononcé sur le fond des réclamations soumises à l'arbitrage, dans le cadre d'un recours en annulation ou en homologation exercé à l'endroit d'une sentence arbitrale (III).

## I. L'affaire Du Mesnil/Cintec

### A. Le contexte

En janvier 1993, le ministre de l'Environnement et de la faune du Québec et Cintec Environment Inc. concluent un contrat visant le traitement et l'élimination de biphényles polychlorés. Le contrat contient une clause compromissoire par laquelle les parties conviennent de soumettre certains litiges à un arbitrage administré sous l'égide du Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (CACNIQ). Un différend concernant des coûts additionnels engendrés notamment par des travaux supplémentaires surgit et Cintec signifie au procureur général du Québec un avis d'arbitrage en décembre 1996, avis par lequel elle lui réclame près de 5 millions de dollars. Le procureur général répond à la demande de Cintec en mars 1997 et se porte alors lui-même demandeur conventionnel, réclamant à Cintec près d'un million de dollars en dommages-intérêts pour diverses inexécutions contractuelles.

bunal arbitral est susceptible d'émettre durant l'instance arbitrale, voir : Sigvard JARVIN, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel? », (1998) *Rev. Arb.* 611, 617 et 618.

<sup>3</sup> Ci-après « C.p.c. ».

<sup>4</sup> L'expression a trait à la règle fondamentale en vertu de laquelle toute personne dont les droits sont susceptibles d'être affectés par une décision rendue par un organisme exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires a le droit d'être entendue et de faire valoir ses moyens : René DUSSAULT et Louis BERGEAT, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1989, p. 348 et suiv. Pour une analyse de la règle du point de vue du droit anglais, voir : Sir Henry William Rawson WADE et Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 494 et suiv.

Les parties sont ensuite convoquées par les arbitres à une conférence préparatoire lors de laquelle doivent notamment être fixées les dates d'audition du fond du litige. Cintec exige que l'audition ait lieu en mai ou en juin 1997, ce à quoi s'oppose le procureur général au motif que ses deux témoins clés ne sont pas disponibles durant cette période. Malgré les représentations du procureur général, le tribunal arbitral décide, le 15 mai 1997, que l'audition débutera quelques semaines plus tard, soit le 11 juin 1997. Le procureur général est informé de la décision des arbitres le 21 mai 1997.

Le procureur général intente alors en Cour supérieure, par voie de requête, un recours recherchant, d'une part, l'annulation de l'ordonnance de procédure du 15 mai 1997 et, d'autre part, la récusation des trois arbitres<sup>5</sup>. Au soutien de sa

demande d'annulation de la décision fixant les dates d'audition au fond, le procureur général prétend que les arbitres ont agi de manière contraire aux principes de justice naturelle en lui refusant l'opportunité de faire valoir ses moyens. Au soutien de sa demande de récusation, le procureur général prétend, d'une part, que l'illégalité de l'ordonnance de procédure du 15 mai 1997 implique que le différend doit être entendu par d'autres arbitres et, d'autre part, que le comportement et certains commentaires des arbitres ont fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Le fondement du recours du procureur général est double. Il s'appuie d'abord sur l'article 846 C.p.c., qui confère à la Cour supérieure le pouvoir, « à la demande d'une partie, [d']évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou réviser le jugement déjà rendu par tel tribunal » dans certaines circonstances dont, notamment, lorsque le droit d'une des parties d'être entendue a été violé par le tribunal visé. Le procureur général invoque aussi le pouvoir général de surveillance et de contrôle que reconnaît à la Cour supérieure l'article 33 C.p.c.

### **B. La décision de la Cour supérieure**

La Cour précise d'emblée que le procureur général ne peut invoquer l'article 846 C.p.c., puisque seules les décisions de tribunaux à carac-

<sup>5</sup> Lors d'une phase préliminaire de la procédure en Cour supérieure, le procureur général a obtenu, le 10 juin 1997 – donc la veille du début de l'audition du différend soumis à l'arbitrage – une ordonnance de sursis de la procédure arbitrale. Cette décision est sujette à critique; elle nous paraît notamment contraire à l'article 940.3 C.p.c., puisque l'intervention de la Cour dans de telles circonstances n'est admise par aucune disposition du Titre I du Livre VII C.p.c. relatives à l'arbitrage. Voir, à ce sujet, l'article du professeur Louis MARQUIS, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire », (1990) 21 *R.D.U.S.* 303 et notre discussion, *infra*, p. 476 et suiv.

tère statutaire peuvent faire l'objet d'un recours en évocation<sup>6</sup>. La Cour juge néanmoins qu'elle peut intervenir en cours d'instance arbitrale afin de contrôler la légalité de l'ordonnance de procédure en litige, sur le fondement du pouvoir de surveillance et de contrôle que lui reconnaît l'article 33 C.p.c. :

*La Cour supérieure a néanmoins un droit de surveillance et de contrôle que l'article 33 C.p.c. reconnaît expressément<sup>7</sup>. Aux termes de la convention d'arbitrage, le Tribunal doit procéder à l'arbitrage en tenant compte des dispositions du contrat, du règlement d'arbitrage [du CACNIQ] et des règles de droit. S'agissant d'un arbitrage conventionnel les mots de l'art. 33 C.p.c. « en la manière et dans la forme prescrites par la loi » renvoient aux dispositions du même code qui apparaissent au Livre VII des arbitrages, soit les articles 940 et suivants.<sup>8</sup>*

La Cour aborde ensuite les deux questions de fond soulevées par le recours du procureur général et conclut, en premier lieu, que la décision du tribunal arbitral doit être annulée car, en fixant l'audition à des dates auxquelles les deux témoins clés du procureur général n'étaient pas disponibles, les arbitres ont contrevenu à la règle *audi*

*alteram partem*. En second lieu, la Cour rejette la demande de récusation du procureur général, d'abord au motif que l'illégalité de l'ordonnance de procédure du 15 mai 1999 ne justifie pas – à elle seule – le remplacement des arbitres et ensuite, parce qu'elle n'est pas convaincue qu'il résulte du comportement et de certains commentaires des arbitres une crainte raisonnable de partialité<sup>9</sup>.

Il importe de revenir sur le passage précité des motifs de la Cour supérieure afin de bien comprendre son raisonnement. Après avoir conclu qu'un tribunal arbitral conventionnel est soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle que lui reconnaît l'article 33 C.p.c., la Cour conclut que ce pouvoir doit s'exercer de la manière prévue aux dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. relatives à l'arbitrage. Autre-

<sup>6</sup> *Du Mesnil/Cintec*, précité, note 1, par. 19 et 20. La Cour cite, à l'appui de cette proposition, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard*, [1985] R.D.J. 556 (C.A.).

<sup>7</sup> *Université de Montréal c. Charles*, [1993] R.D.J. 83 (C.A.).

<sup>8</sup> *Du Mesnil/Cintec*, précité, note 1, par. 21.

<sup>9</sup> Il convient de souligner qu'aucune disposition du Titre I du Livre VII C.p.c. ne permettait à la Cour d'intervenir afin de statuer sur la demande de récusation présentée par le procureur général. En effet, le recours aux tribunaux judiciaires en cours d'instance arbitrale en matière de récusation d'un arbitre (art. 942.4 C.p.c.) n'est pas impératif (art. 940 C.p.c.) et le Règlement d'arbitrage du CACNIQ, applicable en l'espèce prévoit qu'une demande de récusation des arbitres en cours d'instance arbitrale doit être présentée au Centre tout en précisant, à l'article 7, que les décisions rendues par le CACNIQ durant la procédure arbitrale sont finales et sans appel. La décision de la Cour rejetant la demande de récusation fut portée en appel, sans succès, par le procureur général : C.A. Montréal, n° 500-09-005818-976, 5 décembre 1997.

ment dit, la Cour estime que l'intervention de la Cour supérieure à l'endroit d'un tribunal arbitral conventionnel est régie par les dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c., mais que le fondement de cette intervention réside dans son pouvoir inhérent de surveillance et de contrôle que ces dispositions ne visaient qu'à mettre en œuvre.

La Cour n'a pas identifié les dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. qui – selon elle – lui permettraient d'intervenir en cours d'instance arbitrale afin de contrôler la légalité de l'ordonnance de procédure en litige. On ne peut donc que spéculer sur son raisonnement à cet égard. Elle s'est probablement estimée autorisée à intervenir sur le fondement des articles 947 C.p.c. et suivants, puisque ce sont les seules dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. qui permettent l'annulation d'une décision rendue par les arbitres<sup>10</sup>.

## **II. Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure**

L'affaire *Du Mesnil/Cintec* illustre à quel point la question de l'assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle que reconnaît à la Cour supérieure l'article 33 C.p.c. demeure incertaine (A). À notre avis, la conclusion de la Cour est mal fondée car elle méconnaît

certaines caractéristiques fondamentales de son pouvoir de surveillance et de contrôle (B). Il importe cependant de préciser, à titre liminaire, la pertinence de l'analyse. Quel est l'intérêt d'étudier cette question si, comme l'a précisé la Cour supérieure dans *Du Mesnil/Cintec*, l'expression « en la manière et dans la forme prescrites par la loi » de l'article 33 C.p.c. renvoie aux dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c.? La question ne devient-elle pas purement académique?

À notre avis, ce n'est pas le cas puisque la qualification du pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires est susceptible d'avoir des incidences sur l'interprétation de certaines dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. Par exemple, la qualification retenue dans l'affaire *Du Mesnil/Cintec* pourrait être invoquée afin de justifier un courant jurisprudentiel<sup>11</sup> – critiqué par

<sup>10</sup> Les dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. permettant l'intervention judiciaire sont énumérées *infra*, note 46.

<sup>11</sup> Voir : *The Gazette, division de Southam c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145*, [1999] A.G. (Quicklaw) n° 5543, par. 55 et suiv., où la Cour d'appel cite avec approbation la décision du juge Gonthier dans *Navigation Sonamar Inc. c. Algoma Steamships Ltd.*, [1987] R.J.Q. 1346 (C.S.). Dans cette dernière affaire de droit maritime, la Cour était saisie d'une requête en annulation fondée sur la *Loi sur l'arbitrage commercial* (L.R.C. (1985), c. 17 (2<sup>e</sup> supp.)). La requête attaquait la sentence, d'une part, car les motifs des arbitres étaient, selon la partie requérante, incohérents et incompréhensibles et, d'autre part, au motif qu'elle comportait des erreurs de droit manifestement déraisonnables emportant manquement à l'ordre public. La Cour rejeta la requête mais, ce faisant,



certain<sup>12</sup> – admettant qu’une sentence arbitrale rendue par un

laissa entendre que la sentence aurait pu être annulée si les erreurs invoquées par la partie requérante avaient pu être qualifiées de « manifestement déraisonnables » au sens donné à cette expression par la Cour suprême du Canada en matière de droit administratif. Dans une récente allocution, le juge Gonthier a commenté sa décision dans cette affaire dans ces termes : « [T]he decision [celle des arbitres] was itself not manifestly unreasonable. It was therefore not contrary to public policy. This decision [la sienne], I would hope, is representative of the balance which judges must strive to achieve in considering the enforcement of arbitration agreements and arbitral awards » (Charles D. GONTHIER, « Opening Remarks – Judicial Panel on Enforcement Issues and Judicial Cooperation », Conference on Alternative Dispute Resolution for Judges and Businesses presented by the NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes and the US-Mexico Conflict Resolution Center, June 4, 1999, Mexico City). Voir aussi : *Leisure Products Ltd. c. Funwear Fashions Inc.*, J.E. 88-1394 (C.S.); *Tracto c. Cliche*, J.E. 92-1208 (C.S.); *Di Stefano c. Lenscrafters Inc.*, [1994] R.J.Q. 1618 (C.S.); *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, Saint-Joseph, Saint-Roch c. Constructions Méridien Inc.*, [1996] R.J.Q. 1236 (C.S.); Louis MARQUIS, « Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales : un regard sur les impressions dégagées par les premières esquisses jurisprudentielles », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 65, à la page 100; Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec – Droit interne, droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 119-122.

<sup>12</sup> Admettre qu’une sentence arbitrale puisse être annulée ou non susceptible d’homologation au motif qu’elle est manifestement déraisonnable contrevient selon certains à l’article 946.2

tribunal conventionnel puisse être annulée ou non susceptible d’homologation au motif qu’elle contient des erreurs « manifestement déraisonnables ». De plus, la question pourrait avoir des incidences importantes sur la compétence *rationae materiae* des tribunaux judiciaires québécois à l’égard d’interventions fondées sur certaines dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. visant à contrôler la légalité de la démarche arbitrale<sup>13</sup>. Mentionnons enfin que la question présente un intérêt supplémentaire depuis que la Cour suprême a reconnu des assises constitutionnelles au pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux supérieurs<sup>14</sup>.

C.p.c., qui interdit l’examen par la Cour, lors de recours en homologation ou annulation, du fond du différend : *Exploration minière A-Pré-Or inc. c. Ressources Étang d’or Ltée*, [1988] R.D.J. 102 (C.S.); *Trudel c. Placements Immobiliers R. & A. Scott Inc.*, [1995] A.Q. (Quicklaw) n° 1628 (C.S.); S. THUILLEAUX, *op. cit.*, note 11, p. 119-122; Donald BÉCHARD, « Homologation et annulation de la sentence arbitrale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en arbitrage civil et commercial 1997*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 115, à la page 160.

<sup>13</sup> Art. 940.2 C.p.c.

<sup>14</sup> *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; sur cette question, voir : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Loose-leaf edition, vol. 1, Toronto, Carswell, p. 7-44 et 7-45.

### A. Rappel d'une jurisprudence incertaine

La question de l'assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure s'est surtout posée dans le contexte de recours en *certiorari* et de prohibition, remplacés au Québec par le recours en évocation depuis 1966. Des plaideurs ont souvent tenté de convaincre les cours supérieures d'exercer, à l'encontre d'une sentence rendue par un tribunal arbitral conventionnel, le pouvoir inhérent qu'elles possèdent de « contraindre les tribunaux inférieurs à agir dans le cadre de leur compétence »<sup>15</sup>.

On ne peut plus aujourd'hui sérieusement prétendre qu'un tribunal arbitral conventionnel puisse faire l'objet d'un recours en *certiorari* ou de prohibition ou, au Québec, d'un recours en évocation. La Cour suprême du Canada a affirmé à maintes reprises que ces recours ne pouvaient viser que des tribunaux d'origine statutaire<sup>16</sup>. À l'exception de quelques décisions, à très juste titre critiquées par la

doctrine<sup>17</sup>, la jurisprudence des tribunaux québécois est au même effet : la décision d'un tribunal arbitral conventionnel ne peut faire l'objet d'un recours fondé sur l'article 846 C.p.c.<sup>18</sup>. Sur ce point, la décision *Du Mesnil/Cintec* n'étonne donc guère et doit être approuvée.

La Cour établit cependant une distinction entre le pouvoir d'évoca-

<sup>15</sup> R. DUSSAULT et L. BORGÉAT, *op. cit.*, note 4, p. 540.

<sup>16</sup> *Howe Sound Co. c. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada)*, local 663, [1962] R.C.S. 318; *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions et hommes d'entrepôt et autres ouvriers*, local 106, [1983] 2 R.C.S. 888. En droit anglais, voir : R. c. *National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704; R. c. *Northumberland Compensation Appeal Tribunal*, *Ex. p. Shaw*, [1952] 1 K.B. 338; *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909, 977 et suiv. (H.L.).

<sup>17</sup> *Guifer Ltée c. Sofio*, J.E. 85-1051 (C.S.); *Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.*, [1990] R.J.Q. 402 (C.S.); L. MARQUIS, *loc. cit.*, note 5; S. THUILLEAUX, *op. cit.*, note 11, p. 119-121; voir aussi : D. BÉCHARD, *loc. cit.*, note 12, 159 et 160.

<sup>18</sup> *The Gazette, division de Southam c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145*, précité, note 11, par. 52; *Les Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard*, précité, note 6; *Société Radio Canada c. Union des artistes*, dans Hubert REID et Denis FERLAND, *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1981, p. 616 (1978, C.A.); dans le même volume : *Commission des écoles catholiques de Montréal c. Cité Construction Cie*, p. 216 (1978, C.A.); *Exploration minière A-Pri-Or inc. c. Ressources Étang d'or Ltée*, précité, note 12; *Cloutier c. Marquis*, J.E. 88-601 (C.S.); *Lemelin c. Lanteigne*, J.E. 89-177 (C.S.); *Di Stefano c. Lenscrafters Inc.*, précitée, note 11; *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd.*, [1994] R.J.Q. 2560 (C.S.); *Entreprises Électrique Inc. c. Nova Construction (Marcel Parent Inc.)*, J.E. 95-1273 (C.S.); *Néron c. Lemieux*, J.E. 96-1332 (C.S.); *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, Saint-Joseph, Saint-Roch c. Construction Méridien Inc.*, précité, note 11; *La Compagnie nationale Air France c. Libyan Arab Airlines*, [2000] A.Q. (Quicklaw) n° 410, J.E. 2000-513 (C.S.) (jugement porté en appel : C.A. Montréal, n° 500-09-009391-004).

tion que lui reconnaît l'article 846 C.p.c. et le pouvoir général de surveillance et de contrôle que lui reconnaît l'article 33 C.p.c. Ainsi, rejetant toute possibilité que l'ordonnance de procédure contestée puisse faire l'objet d'un recours en évocation, la Cour conclut néanmoins pouvoir intervenir sur le fondement de l'article 33 C.p.c. et des dispositions du Titre I du Livre VII auxquelles renverrait cette disposition. La Cour appuie cette conclusion d'une référence à l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Université de Montréal c. Charles*<sup>19</sup>. Or, cette affaire portait non pas sur le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure à l'égard d'un tribunal arbitral conventionnel, mais bien sur l'assujettissement à ce pouvoir d'un organe décisionnel d'un corps public, en l'occurrence l'Université de Montréal, qui est d'une toute autre nature<sup>20</sup>. La nuance est importante puisque la question de l'applicabilité de l'article 33 C.p.c. aux tribunaux arbitraux conventionnels n'a jamais été tranchée de manière aussi claire que l'affaire *Du Mesnil/Cintec* le laisse entendre.

En effet, sans jamais s'être vraiment livrée à une analyse approfondie de la question, la Cour d'appel a tantôt pris pour acquis qu'un tribunal arbitral conventionnel était assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle de la

Cour supérieure<sup>21</sup>, tantôt laissé entendre qu'il ne l'était pas<sup>22</sup>. Par

<sup>19</sup> Précité, note 7.

<sup>20</sup> Voir : Andrée LAJOIE et Michelle GACHACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 450 et suiv. et p. 509 et suiv.

<sup>21</sup> *Régie des installations olympiques c. Québec (Tribunal arbitral)*, [1990] A.G. (Quicklaw) n° 1870 (C.A.) : la Cour d'appel prit pour acquis qu'un tribunal arbitral conventionnel était visé par l'article 33 C.p.c., bien qu'elle mentionna – comme la Cour supérieure dans *Du Mesnil/Cintec* – que le pouvoir d'intervention de la Cour ne pouvait être exercé que de la manière prévue au Titre I du Livre VII C.p.c. Voir aussi : *Kruger Pulp & Paper Ltd. c. Maheu*, [1977] C.S. 218 : le juge Bisson conclut, en s'appuyant sur l'arrêt *Ville de Montréal c. Paiement*, (1919) 28 B.R. 381, qu'un tribunal arbitral conventionnel était soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure (art. 33 C.p.c.). Certains auteurs, tout en admettant qu'un recours en évocation ne puisse être intenté à l'endroit d'un tribunal arbitral conventionnel, semblent toutefois d'avis qu'un tel tribunal demeure néanmoins soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle que reconnaît à la Cour supérieure l'article 33 C.p.c. : Denis FERLAND, « Le recours en évocation est-il recevable pour contrôler la légalité d'une sentence d'un arbitre consensuel? », (1986) 46 R. du B. 278, 281; Marc LALONDE, John N. BUCHANAN et James Cantillon ROSS, « Domestic and International Commercial Arbitration in Québec: Current Status and Perspectives for the Future », (1985) 45 R. du B. 705, 733; R. DUS-SAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 4, p. 616; Gilles PÉPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 346 et 347.

<sup>22</sup> *Régie de l'assurance-maladie du Québec c. Fédération des médecins spécialistes du Québec*, [1987] R.D.J. 555 (C.A.), où la Cour réitère la conclusion à laquelle elle arriva sur cette question dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Union des artistes*, précité, note 18; voir aussi :

ailleurs, la question fut abordée de manière incidente par la Cour suprême dans l'affaire *Roberval Express*<sup>23</sup>. La Cour était saisie d'une requête en évocation d'une sentence rendue par un arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail*<sup>24</sup>. L'intimée s'opposa à la recevabilité de la requête, au motif que la sentence ne pouvait faire l'objet d'une requête en évocation. La requérante contesta le moyen d'irrecevabilité mis de l'avant par l'intimée, en soutenant que sa procédure devait, de manière alternative, être considérée comme une action directe en nullité fondée sur l'article 33 C.p.c. La Cour conclut que la sentence attaquée avait été rendue par un tribunal arbitral à caractère statutaire et qu'elle pouvait par conséquent faire l'objet d'un recours en évocation, mais laissa entendre, en *obiter*, qu'un tribunal arbitral conventionnel, à l'égard duquel un recours en évocation ne pouvait être intenté, était néanmoins soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle que reconnaît à la Cour supérieure l'article 33 C.p.c.<sup>25</sup>.

*Saine c. Crépeau*, [1977] R.P. 111 (C.A.); *Cloutier c. Marquis*, précité, note 18, 9; *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, Saint-Joseph, Saint-Roch c. Constructions Méridiens Inc.*, précité, note 11; *Compagnie nationale Air France c. Libyan Arab Airlines*, précité, note 18, 21.

23 *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, précité, note 16.

24 À l'époque L.R.C. (1970), c. L-1.

25 *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, précité, note 16, 895-899. La Cour appuie ses

## **B. Critique de la conclusion de la Cour dans *Du Mesnil/Cintec* concernant l'étendue de son pouvoir de surveillance et de contrôle**<sup>26</sup>

Soulignons d'entrée de jeu que la thèse retenue par la Cour supérieure dans *Du Mesnil/Cintec* est inconciliable avec l'interprétation donnée par la doctrine à l'article 940.2 C.p.c. Cette disposition pré-

propos d'une référence aux arrêts *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, précité, note 16 et *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1975] 1 R.C.S. 118, dans lesquels, écrit-elle, la Cour aurait confirmé l'assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux supérieurs. Cependant, dans ces deux arrêts, la Cour suprême n'a que précisé qu'une sentence rendue par un tribunal arbitral conventionnel, non susceptible de faire l'objet d'un recours en *certiorari*, pouvait néanmoins faire l'objet d'un recours fondé sur les pouvoirs, issus de la common law ou d'une loi d'arbitrage applicable, que possèdent les tribunaux de contrôler la légalité d'une telle sentence. Or, la question de savoir si un tel pouvoir constituait, d'un point de vue purement théorique, une manifestation du pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux supérieurs ne fut, selon nous, abordée dans aucun de ces arrêts.

26 Pour une étude approfondie et détaillée de l'origine et des fondements du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure, voir : Gerald E. LE DAIN, « The Supervisory Jurisdiction in Quebec », (1957) 35 *R. du B. can.* 788; voir aussi : Louis L. JAFFE et Edith G. HENDERSON, « Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins », (1956) 72 *L.Q.R.* 345; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 4, p. 16 et suiv.; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

voit que le juge ou le tribunal auquel il est fait référence au Titre I du Livre VII C.p.c. est celui qui est compétent à statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres, « sous réserve des matières relevant de la compétence exclusive de la Cour supérieure ». Or, la doctrine admet que les recours en annulation et en homologation d'une sentence arbitrale<sup>27</sup>, ne constituant pas des « matières relevant de la compétence exclusive de la Cour supérieure », puissent être valablement intentés en Cour du Québec<sup>28</sup>. Contrairement à ce qu'a conclu la Cour dans *Du Mesnil/Cintec*, le contrôle de la légalité de la démarche arbitrale effectué par les tribunaux judiciaires dans le cadre de tels recours ne relève donc manifestement pas, selon ces auteurs, du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure.

Par ailleurs, la distinction faite par la Cour supérieure entre l'article 33 et l'article 846 C.p.c. est fondée sur une prémisse (soit qu'un tribunal qui n'est pas visé par l'article 846 C.p.c. puisse néanmoins être visé par l'article 33 C.p.c.) qui est, selon nous, erronée. L'article 33 C.p.c. confirme de manière générale l'existence du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure à l'égard de certains organismes, dont les

« tribunaux relevant de la compétence de la Législature du Québec »<sup>29</sup>. L'article 846 C.p.c. est limité dans son champ d'application aux seuls tribunaux « soumis au pouvoir de surveillance ou de contrôle » de la Cour supérieure, puisqu'il consacre un des moyens d'exercice de ce pouvoir<sup>30</sup>. Les tribunaux visés par l'article 33 C.p.c. sont donc nécessairement les mêmes que ceux visés par l'article 846 C.p.c.<sup>31</sup>. Par conséquent, la règle – maintenant fermement établie<sup>32</sup> – de l'indisponibilité du recours en évocation à l'endroit des décisions d'un tribunal arbitral conventionnel exclut nécessairement à notre avis toute possibilité qu'un tel tribunal puisse être visé par l'article 33 C.p.c.

Cette conclusion nous paraît conforme aux fondements et à l'objet du pouvoir de surveillance et

<sup>27</sup> Art. 946 et suiv. et 947 et suiv. C.p.c.

<sup>28</sup> Alain PRUJINER, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », (1987) *Rev. Arb.* 425, 446; D. BÉCHARD, *loc. cit.*, note 12, 160; Raymond TREMBLAY, « Commentaire des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 *R. du N.* 394, 405.

<sup>29</sup> *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, précité, note 26, 358 et suiv.; voir aussi l'étude de G.E. LE DAIN, *loc. cit.*, note 26, et l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607.

<sup>30</sup> *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, précité, note 26, 358.

<sup>31</sup> On doit « donner au mot tribunal le même sens que celui qu'on retrouve à l'article 846 C.P., car il s'agit des mêmes tribunaux sur lesquels la Cour supérieure a un droit de surveillance, réforme ou contrôle » : *Motorways Quebec Ltd. c. Brunet*, [1978] C.S. 716, passage cité avec approbation dans R. DUS-SAULT et L. BORGÉAT, *op. cit.*, note 4, p. 615.

<sup>32</sup> Voir, *supra*, p. 471.

de contrôle des cours supérieures. Ce pouvoir, qui tire son origine du droit public anglais<sup>33</sup>, a pour principal fondement le principe de la primauté du droit (*rule of law*), qui implique que « l'exercice du pouvoir public doit être contrôlé et en corollaire, que l'administré doit posséder les recours appropriés pour se protéger contre l'arbitraire »<sup>34</sup>. Puisqu'il vise donc essentiellement à assurer la légalité de l'action administrative, le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure n'a pas pour objet le contrôle de la légalité d'un acte de nature purement privée. Or, le caractère purement privé de l'arbitrage ne peut plus être mis en doute depuis que le législateur québécois a, lors de la réforme de 1986, explicitement reconnu son fondement essentiellement contractuel en consacrant à la convention d'arbitrage un titre distinct dans le Code civil<sup>35</sup>. Comme l'a affirmé la Cour supérieure en 1996 :

<sup>33</sup> G.E. LEDAIN, *loc. cit.*, note 26, 791 et 796; *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, précité, note 29, 615 et suiv.; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, précité, note 26, 358 et suiv.

<sup>34</sup> *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, précité, note 26, 358, 360; H.W.R. WADE et C. FORSYTH, *op. cit.*, note 4, p. 8 : « the rule of law, the sovereignty of Parliament and the power of the independent judiciary combine to produce the doctrine of ultra vires, which is the main principle on which most of the courts' interventions are founded [...] this doctrine merely states that public authorities must act within the powers given to them by Act of Parliament ».

<sup>35</sup> Voir les propos du juge Monet dans l'arrêt *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Construction Serge Sawé Ltée*,

*L'article 33 C.P., qui traite du pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, n'est pas applicable à la sentence d'un arbitre purement consensuel qui tranche un litige privé. L'article 33 n'a d'application qu'en droit public, à l'égard des tribunaux, des corps politiques, des personnes morales de droit public ou des personnes morales de droit privé. L'arbitre [conventionnel] ne fait pas partie des personnes ou organismes visés à l'article 33.*<sup>36</sup>

Cet extrait mérite d'être approuvé, d'autant plus qu'il rejoint l'opinion exprimée sur cette question par la Chambre des Lords dans l'affaire *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*<sup>37</sup>.

### III. Contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par un tribunal arbitral conventionnel

La décision *Du Mesnil/Cintec* est également problématique en ce qu'elle admet qu'une ordonnance de procédure puisse faire l'objet d'un recours en annulation durant l'instance arbitrale. Le contrôle judiciaire de la légalité de la démarche

[1990] R.J.Q. 2783, 2785 (C.A.), qualifiant l'arbitrage conventionnel de « juridiction privée ».

<sup>36</sup> *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, Saint-Joseph, Saint-Roch c. Constructions Méridiens Inc.*, précité, note 11, 1238.

<sup>37</sup> Précitée, note 16 : voir les propos de Lord Diplock, aux pages 977 et suiv.; voir aussi les propos du juge Steyn dans *Biakh c. Hyundai Corporation*, [1988] 1 *Lloyds' Rep.* 187, 190 (Q.B. (Com. Ct.)).

arbitrale s'effectue en principe *a posteriori*, c'est-à-dire après que le tribunal arbitral se soit prononcé sur le fond des réclamations soumises à l'arbitrage, dans le cadre d'un recours en annulation ou en homologation exercé à l'endroit d'une sentence arbitrale (A). Une ordonnance de procédure ne constitue pas une sentence arbitrale et ne peut donc, selon nous, faire l'objet ni d'un recours en annulation, ni d'un recours en homologation (B).

**A. Le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de la démarche arbitrale**

La question – « essentielle et complexe »<sup>38</sup> – du pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires est abordée à l'article 940.3 C.p.c., qui énonce une règle fondamentale du droit québécois de l'arbitrage conventionnel :

**940.3** *Pour toutes les questions régies par le présent titre, un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit.*

Le « titre » visé par cette disposition est le Titre I du Livre VII C.p.c., qui contient la plupart des dispositions du *Code de procédure civile* ayant trait à l'arbitrage conventionnel. Il est complété par le Titre II (art. 948 et suiv.), qui traite de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> *Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international – Rapport du Secrétaire général de la CNUDCI*, (1986) 120 Gaz. Can. I, Supp. 97, 113 (ci-après cité le « *Commentaire analytique* »).

L'article 940.3 C.p.c., comme plusieurs des dispositions du *Code de procédure civile* et du *Code civil du Québec* régissant l'arbitrage, est directement inspiré de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*<sup>40</sup>, en l'occurrence

<sup>39</sup> Le Titre II du Livre VII C.p.c. met en œuvre au Québec certaines dispositions de la Convention de New York, à laquelle le Canada est partie depuis 1986. Cette convention internationale vise, d'une part, à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères (art. 948 et suiv. C.p.c.) et, d'autre part, à consacrer la validité et le caractère obligatoire des conventions d'arbitrage en matière internationale (art. II(3) de la Convention, mis en œuvre au Québec par l'article 940.1 C.p.c.). Pour une analyse, voir : Albert J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, Kluwer, 1981, et les commentaires du même auteur publiés périodiquement dans le *Yearbook Commercial Arbitration*.

<sup>40</sup> Rappelons que l'article 940.6 C.p.c. permet expressément le recours à la Loi type et aux travaux préparatoires de la CNUDCI afin d'interpréter les dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c., lorsque le différend met en cause les intérêts du commerce extra provincial ou international. Pour une analyse de cette disposition, voir : Louis MARQUIS, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 *McGill L.J.* 448. Cette disposition ne doit pas être interprétée comme interdisant le recours à ces sources en matière d'arbitrage interne : John E.C. BRIERLEY, « Chapitre XVIII – De la convention d'arbitrage – Articles 2638-2643 », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 1067, à la page 1068; Nabil ANTAKI, « L'arbitrage commercial : concept et définitions », (1987) *C.P. du N.* 485, 502.

l'article 5<sup>41</sup>. Cette disposition fut incluse par les États ayant participé à l'élaboration de la Loi type puisqu'il s'avérait souhaitable que les arbitres et les parties puissent connaître, avec un maximum de certitude, les situations dans lesquelles les tribunaux étatiques pouvaient intervenir dans le cadre de l'instance arbitrale<sup>42</sup>. La règle a essentiellement pour effet – comme le soulignait le Secrétaire général de la CNUDCI dans son commentaire analytique – « d'exclure tout pouvoir général ou résiduel conféré aux tribunaux dans certains systèmes nationaux et non mentionné dans la loi type »<sup>43</sup>, tout en requérant des législatures nationales qu'elles mentionnent expressément dans leur loi d'arbitrage les cas d'intervention judiciaire permis dans le cadre d'un arbitrage<sup>44</sup>.

Dès que le juge saisi d'une demande d'intervention est d'avis que celle-ci porte sur une question régie par le Titre I du Livre VII, l'article 940.3 C.p.c. requiert qu'il ou elle se satisfasse que son intervention est expressément autorisée par les articles 940 et suivants. Un juge de la Cour supérieure ne peut donc pas, par exemple, intervenir dans l'instance arbitrale au-delà des situations prévues au Titre I du Livre VII sur le fondement de son pouvoir général d'émettre des injonctions ou de prononcer des jugements déclaratoires<sup>45</sup>.

Il convient donc d'examiner de plus près les cas d'intervention judiciaire permis par le Titre I du Livre VII C.p.c.<sup>46</sup>, qu'on peut re-

---

pris les garanties y afférentes), capacité des parties à conclure des conventions d'arbitrage, jonction des procédures arbitrales, compétences des arbitres en matière d'adaptation des contrats, délai d'exécution de la sentence arbitrale (*Commentaire analytique*, précité, note 38, art. 5, par. 5 (p. 114) et art. 1, par. 8 (p. 104)).

<sup>41</sup> Cette disposition se lit comme suit : « [p]our toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit ».

<sup>42</sup> Voir le *Commentaire analytique*, précité, note 38, p. 113.

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> Précisons que la règle de l'article 940.3 C.p.c. ne vise que les questions régies par le Titre I du Livre VII du *Code de procédure civile*. Cette limite soulève certains problèmes d'interprétation; le *Commentaire analytique* est plutôt laconique à cet égard, bien qu'on puisse y lire que la règle de l'article 5 de la Loi type vise tant les questions régies « explicitement » par la Loi type que celles qu'elle régit « implicitement ». On y trouve également une énumération de questions n'étant pas régies par la Loi type : incidence de l'immunité d'État, relations contractuelles entre les parties et les arbitres ou l'institution d'arbitrage, honoraires et autres frais (y com-

<sup>45</sup> Voir : *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd.*, précité, note 18; André DORAIS, « L'arbitrage commercial – Développement législatifs », (1987) 47 *R. du B.* 273, 303; *Berthout c. IC2C Communications Inc.*, [1998] R.J.Q. 1263 (C.S.); *Compagnie nationale Air France c. Libyan Arab Airlines*, précité, note 18.

<sup>46</sup> L'intervention judiciaire dans l'instance arbitrale est admise dans les circonstances suivantes : demande de renvoi à l'arbitrage (art. 940.1 C.p.c.), octroi de mesures provisionnelles (art. 940.4 C.p.c.), assistance dans la constitution et la composition du tribunal arbitral (art. 941.1, 941.2 et 942.8 C.p.c.), récusation d'un arbitre (art. 942.4 et 942.6 C.p.c.), révocation de la mission d'un arbitre (art. 942.5 et 942.6 C.p.c.),



grouper en deux catégories. En premier lieu, le Code permet aux tribunaux judiciaires d'intervenir dans l'instance arbitrale afin d'en assurer l'*efficacité*; ils exercent alors des fonctions d'assistance de la démarche arbitrale. Ils interviendront par exemple afin de donner effet à la convention d'arbitrage (art. 940.1 C.p.c.) ou encore afin d'assurer la constitution du tribunal arbitral (art. 941.1 C.p.c.). De même, le pouvoir que le Code reconnaît au juge d'octroyer des mesures provisionnelles (art. 940.4 C.p.c.)<sup>47</sup> et d'ordonner à un témoin dûment assigné de comparaître (art. 944.6 C.p.c.) vient pallier certaines limites du processus arbitral qui découlent de son caractère fondamentalement conventionnel et du fait que l'arbitre n'a aucun pouvoir de contrainte (*imperium*).

En second lieu, le Titre I du Livre VII C.p.c. permet au juge d'intervenir dans l'instance arbitrale afin d'en assurer la *légalité*. Malgré l'autonomie croissante que reconnaissent au processus arbitral les instruments internationaux et législations étatiques<sup>48</sup>, la démarche arbitrale demeure soumise au contrôle des tribunaux judiciaires des États; la légitimité et la finalité que lui accorde la loi dépendent nécessairement du respect de certaines exigences minimales qu'il revient aux tribunaux de droit commun de contrôler. Au Québec, ces exigences – d'ordre public<sup>49</sup> – sont codifiées aux articles 946.4, 946.5, 949 et 950 C.p.c., eux-mêmes inspirés des articles 34 et 36 de la Loi type et de l'article V de la Convention de New York : la convention d'arbitrage qui constitue le fondement de l'instance arbitrale doit être valide et être respectée par le tribunal arbitral (art. 946.4 (1), (2) et (4) C.p.c.), la règle *audi alteram partem* doit être respectée (art. 946.4 (3) C.p.c.), le différend leur étant soumis doit être arbitral (art. 946.5 C.p.c.), le mode de nomination des arbitres et la procédure applicable doivent être respectés (art. 946.4 (5) C.p.c.) et, enfin, la sentence ne doit pas

---

révision d'une sentence partielle portant sur la compétence (art. 943.1 C.p.c.), assistance dans l'administration de la preuve (art. 944.6 et 944.8 C.p.c.), intervention dans le cadre de demandes de rectification, interprétation ou complétion de la sentence finale (art. 945.7 C.p.c.), homologation et annulation de la sentence arbitrale (art. 946-947.4 C.p.c.). Les seuls cas d'intervention judiciaire ne pouvant pas être exclus par convention sont les recours en homologation et en annulation (art. 946-947.4 C.p.c.) : art. 940 C.p.c. L'intervention judiciaire relative à l'homologation d'une sentence étrangère est prévue au Titre II du Livre VII C.p.c. (art. 948 et suiv.).

<sup>47</sup> Pour une analyse de cette disposition, voir la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Berthout c. IC2C Communications Inc.*, précité, note 45.

<sup>48</sup> Voir l'excellente analyse des réformes des dernières années en matière d'arbitrage commercial international à l'échelle mondiale dans : Emmanuel GAILLARD et John SAVAGE (dir.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999, p. 63-103 (par. 130-189).

<sup>49</sup> Art. 940 C.p.c.

contrevenir à l'ordre public (art. 946.5 C.p.c.).

Les dispositions du Titre I du Livre VII révèlent que le contrôle judiciaire du respect de ces exigences par les tribunaux québécois ne doit avoir lieu – règle générale – *qu'une fois la sentence arbitrale rendue*, puisque ces questions ne peuvent être examinées par un juge que dans le cadre d'un recours en homologation ou en annulation d'une sentence arbitrale (art. 946-947.4 C.p.c.). Il existe certaines exceptions. Par exemple, une partie peut, dans certains cas, demander en cours d'instance arbitrale la révision d'une décision du tribunal arbitral portant sur sa compétence<sup>50</sup>. Le juge peut aussi être appelé à intervenir en cours d'instance dans le cadre d'une demande recherchant la récusation d'un arbitre ou encore la révocation de sa mission<sup>51</sup>. Il importe de souligner que, dans ces cas, l'intervention judiciaire peut être exclue par convention des parties et donc être reportée *a posteriori*, lors du recours en annulation ou en homologation<sup>52</sup>. Un juge pourra également exercer un certain contrôle de la légalité de la démarche arbitrale dans le cadre d'une demande de renvoi à l'arbitrage fondée sur l'article 940.1 C.p.c., qui l'autorise à refuser d'y donner suite s'il ou elle constate la nullité de la convention d'arbitrage<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Art. 943.1 C.p.c.

<sup>51</sup> Art. 942.4, 942.5 et 942.6 C.p.c.

<sup>52</sup> Art. 940 C.p.c.

<sup>53</sup> Sur l'étendue du contrôle de la légalité de la démarche arbitrale effectué par les tribunaux judiciaires saisis de deman-

Les dispositions du Titre I du Livre VII C.p.c. relatives au contrôle judiciaire de la légalité de la démarche arbitrale, tout comme celles de la Loi type dont elles s'inspirent, ont donc pour objet non seulement de restreindre les motifs sur le fondement desquels les tribunaux judiciaires peuvent intervenir, mais aussi de reporter ce contrôle judiciaire à la fin de l'instance arbitrale. Ceci trouve d'ailleurs confirmation dans un extrait – fort révélateur – du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa 18<sup>e</sup> session<sup>54</sup> rapportant qu'en

des de renvoi à l'arbitrage, notamment eu égard au pouvoir du tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence, voir, en droit québécois, la récente décision de la Cour d'appel du Québec dans : *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada Inc.*, [1999] A.G. (Quicklaw) n° 5922; dans les juridictions canadiennes de common law : *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *ABN Amro Bank Canada c. Krupp Mak Maschinenbau GmbH*, (1995) 24 O.R. (3d) 450 (Div. Gén.); *NetSys Technology Group AB c. Open Text Corp.*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 3134 (C.S.); en droit comparé, voir : Antonias DIMOLITSA, « Autonomie et *Kompetenz-Kompetenz* », (1998) *Rev. Arb.* 305 et Natasha WYSS, « *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan: A Perilous Approach to Kompetenz-Kompetenz* », 72 *Tul. L.R.* 351 (1997); Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Payot, 1999, p. 387.

<sup>54</sup> Vienné, 3-21 juin 1985 (doc. A/40/17), (1986) 120 *Gaz. Can. I, Supp.*, 18 (par. 63).

réponse aux objections à la restriction au pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires durant l'instance arbitrale opérée par la Loi type – et jugée trop sévère par certains –, il fut souligné que le recours aux tribunaux judiciaires durant l'instance arbitrale « relevait souvent d'une tactique dilatoire et constituait de ce fait plus souvent une source d'abus à l'encontre de la procédure arbitrale qu'une protection contre les abus »<sup>55</sup>. La Cour supérieure avait très bien compris cet aspect fondamental du modèle législatif proposé par la CNUDCI, qu'on peut qualifier de principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de la démarche arbitrale, dans l'affaire *International Civil Aviation Organization c. Tripal Systems Pty. Ltd.*<sup>56</sup> :

[L]e but évident de la procédure d'arbitrage tel que recommandé par l'ONU est l'audition et la décision rapides des litiges en limitant le plus possible les procédures préliminaires ou incidentes. On souhaite des procédures équi-

tables mais expéditives. On accepte d'avance de limiter le rôle des tribunaux judiciaires en indiquant quand et comment ceux-ci peuvent intervenir. Enfin, on veut que, lorsqu'il y a litige, on procède à l'audition rapide de toute la cause et que, s'il y a motifs de contestation judiciaire, ceux-ci soient présentés tous en même temps, après la sentence arbitrale. En d'autres termes, on veut éviter le recours aux procédures dilatoires qui consistent à présenter successivement aux tribunaux judiciaires toutes sortes de moyens dont on appelle systématiquement des jugements rendus en première instance et gagner ainsi des délais inacceptables.<sup>57</sup>

En somme, bien que la légalité de la démarche arbitrale puisse indéniablement être contestée sur le fondement d'une prétendue violation à la règle *audi alteram partem* comme l'a fait la partie requérante dans l'affaire *Du Mesnil/Cintec*, elle ne peut l'être en principe que dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un recours en homologation, lesquels ne peuvent être exercés qu'à l'endroit d'une sentence arbitrale. Il importe maintenant d'examiner cette notion de sentence arbitrale, à laquelle ne saurait être

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> [1994] R.J.Q. 2560, 2570. Voir aussi la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Compagnie Nationale Air France c. Libyan Arab Airlines*, précitée, note 18, ainsi que sa décision dans *A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd.*, [1990] R.J.Q. 1681, 1685: «[f]ace à la nouvelle orientation nettement exprimée par le législateur en regard des conventions d'arbitrage, le Tribunal estime que toute intervention judiciaire dans ce domaine doit dorénavant être limitée aux cas prévus dans la loi (art. 940.3 C.P.) afin de permettre la réalisation de l'objet fondamental visé par la législateur en la matière, soit l'épuisement de la procédure d'arbitrage avant le recours aux tribunaux » (nos italiques).

<sup>57</sup> Nos non-italiques. Le report du contrôle judiciaire de la légalité de démarche arbitrale à la fin de l'instance arbitrale est d'ailleurs un des traits marquants des réformes législatives ayant eu lieu à l'échelle mondiale depuis le début des années 80 : Philippe FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international? », (1989) 34 *McGill L.J.* 435, 446; E. GAILLARD et J. SAVAGE (dir.), *op. cit.*, note 48, p. 102 (par. 189) et p. 631 et 632 (par. 1169).

assimilée une ordonnance de procédure rendue durant l'instance arbitrale.

**B. Ordonnance de procédure et sentence arbitrale : distinction**

Comme la plupart des instruments internationaux et législations nationales<sup>58</sup>, le C.p.c. et la Loi type ne définissent pas la notion de sentence arbitrale. Un projet fut examiné par la CNUDCI qui, faute de temps, dut renoncer à la définir dans la Loi type<sup>59</sup>. Cependant, tant cette loi que le *Code de procédure civile* établissent une distinction entre une sentence arbitrale et une décision relative à la procédure arbitrale. Par exemple, l'article 944.11 C.p.c. (art. 29 L.t.) prévoit que toute « décision » des arbitres est rendue à la majorité, sauf celles tranchant des « questions de procédure » si l'un des arbitres fut autorisé par ses co-arbitres ou les parties à les rendre seul, alors que la « sentence » doit être écrite et, sauf exception, être signée par tous les arbitres (art. 945.3 C.p.c., art. 31 L.t.). Assimiler une ordonnance de procédure à une sentence arbitrale ignorerait donc une distinction que reflètent certaines dispositions de la Loi type et du *Code de procédure civile*.

La Cour supérieure s'est penchée sur cette distinction dans l'affaire

*Silverberg c. Clarke Hooper p.l.c.*<sup>60</sup>. Une partie à un arbitrage commercial recherchait dans cette affaire l'homologation d'une décision du tribunal arbitral permettant la présentation d'une preuve testimoniale. La Cour en refusa l'homologation : ne disposant aucunement du fond des réclamations présentées par les parties au tribunal arbitral, elle ne constituait pas une sentence arbitrale au sens des articles 946 et suivants C.p.c.<sup>61</sup>. La distinction retenue par la Cour supérieure dans cette affaire, en plus d'être conforme aux dispositions de la Loi type et du *Code de procédure civile*, est tout à fait logique et doit être approuvée. Admettre qu'une ordonnance de procédure puisse être assimilée à une sentence arbitrale réduirait grandement, pour des raisons évidentes, la portée et l'utilité du principe du contrôle *a posteriori* en permettant aux tribunaux judiciaires d'intervenir dans la démarche arbitrale

<sup>58</sup> E. GAILLARD et J. SAVAGE (dir.), *op. cit.*, note 48, p. 736 et 737 (par. 1350).

<sup>59</sup> *Commentaire analytique*, précité, note 38, art. 34, par. 3; Howard M. HOLTZMANN et Joseph E. NEUHAS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, The Hague, Kluwer, 1989, p. 153 et 154.

<sup>60</sup> C.S. Montréal, n° 500-05-008779-900, 1<sup>er</sup> août 1990, j. Benoît; voir aussi : *Sodispro Technologie Ltée c. Tecnicor Ltée*, J.E. 82-981 (C.S.).

<sup>61</sup> Sur la définition d'une sentence arbitrale en droit québécois, voir par ailleurs une récente décision de la Cour supérieure, dans laquelle elle reconnut qu'une décision d'un tribunal arbitral disposant de manière finale du fond de seulement certaines des réclamations soumises à l'arbitrage, tout en réservant sa compétence à l'égard des autres aspects du différend, constitue néanmoins une sentence arbitrale : *Learned Enterprises International Canada Inc. c. Lyons*, REJB 99-13883 (C.S.) (décision portée en appel: C.A. Montréal, n° 500-09-008521-999); cette solution est conforme à celle retenue en droit français (voir : *infra*, note 63).

pour en contrôler la légalité, avant même que le tribunal arbitral se soit prononcé sur le fond des réclamations soumises par les parties.

Il n'est d'ailleurs pas étonnant, compte tenu de la place qu'occupe le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de la démarche arbitrale dans plusieurs législations étatiques relatives à l'arbitrage – surtout l'arbitrage commercial international –, de constater que la distinction entre sentence arbitrale et ordonnance de procédure soit si largement admise en droit comparé et que seule la première soit en général susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation<sup>62</sup>. Par exemple, en droit français, la notion de sentence arbitrale vise toute décision finale rendue par les arbitres tranchant le différend leur étant soumis en tout ou en partie, qu'elle porte sur leur compétence

ou sur le fond, et ne vise que les décisions de procédure mettant fin à l'instance arbitrale<sup>63</sup>. La distinction entre sentence arbitrale et ordonnance de procédure trouve aussi appui en droit anglais<sup>64</sup> et fut confirmée par la Cour suprême de Queensland dans une décision rendue en 1993, dans laquelle elle conclut qu'une ordonnance de procédure ne pouvait faire l'objet d'un recours en homologation exercé en vertu de la Convention de New York<sup>65</sup>.

\*  
\* \*

<sup>62</sup> Voir : *Biakh c. Hyundai Corporation*, précité, note 37 :

*In the interests of expedition and finality of arbitration proceedings, it is of the first importance that judicial intrusion in the arbitral process should be kept to a minimum. A judicial power to correct during the course of the reference procedural rulings of an arbitrator which are within his jurisdiction is unknown in advanced arbitration systems, as is clear from the venerable Year Books published by the International Council of Commercial Arbitration, and the creation of such a power by judicial precedent [...] would constitute a most serious reproach to the ability of our system of arbitration to serve the needs of users of the arbitral process.*

Voir aussi : S. JARVIN, *loc. cit.*, note 2; Charles JARROSSON, note sous *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c. GMRA*, (1999) *Rev. Arb.* 835, 847 (par. 17) (C.A. Paris).

<sup>63</sup> E. GAILLARD et J. SAVAGE (dir.), *op. cit.*, note 48, p. 737 (par. 1353) et l'arrêt *Sarsidud c. Technip*, (1994) *Rev. Arb.* 391 (C.A. Paris, note Jarrosson); voir aussi : Jean ROBERT, *L'arbitrage – Droit interne, droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 171 (par. 201-1); *Pia Investments Ltd c. L.B. Cassia*, (1988) *Rev. Arb.* 649 (C.A. Paris, note Mezger); *Société Braspetro Oil Services (Brasoil) c. GMRA*, précité, note 62; Charles JARROSSON, note sous *Société Industrialexport-Import c. Société GECI et GFC*, (1993) *Rev. Arb.* 303.

<sup>64</sup> David ST. JOHN SUTTON, John KENDALL et Judith GILL, *Russell on Arbitration*, 21<sup>e</sup> éd., London, Sweet & Maxwell, 1997, p. 249 et 250 (par. 6-001 et 6-002); *Biakh c. Hyundai Corporation*, précité, note 37; *Exman BV c. National Iranian Tanker Co. (The « Trade Fortune »)*, [1992] 1 *Lloyd's Rep.* 169 (Q.B. (Com. Ct.)); *Fletamentos Maritimos S.A. c. Effjohn International B.V. (No. 2)*, [1997] 2 *Lloyds' Rep.* 307 (C.A.).

<sup>65</sup> *Resort Condominiums International Inc. c. Bolwell*, (1995) XX *Y.B. Com. Arb.* 628; voir aussi le commentaire du professeur Michael PRYLES, « Interlocutory Orders and Convention Awards:

La question de l'assujettissement d'un tribunal conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle que reconnaît à la Cour supérieure l'article 33 C.p.c., à laquelle répond de manière affirmative la Cour supérieure dans *Du Mesnil/Cintec*, n'a toujours pas été tranchée de manière satisfaisante par les tribunaux québécois. À notre avis, une réponse négative s'impose en raison de la règle de l'indisponibilité du recours en évocation à l'endroit d'une sentence rendue par un tribunal arbitral conventionnel et des fondements et de l'objet du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure.

La question de savoir si une ordonnance de procédure peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, en cours d'instance arbitrale, illustre la vive tension entre, d'une part, la nécessité d'accorder au processus arbitral une certaine autonomie afin d'en assurer l'efficacité et, d'autre part, la nécessité d'en assurer la légalité. Il peut paraître, à première vue, difficile de reprocher à la Cour supérieure d'être intervenue après avoir constaté que cer-

tains droits fondamentaux de la partie requérante étaient compromis par l'ordonnance de procédure attaquée. L'intervention de la Cour a peut-être même évité que des sommes importantes soient dépensées inutilement.

Cependant, une telle intervention méconnaît certaines règles fondamentales du droit québécois de l'arbitrage. Le contrôle judiciaire de la légalité de la démarche arbitrale s'effectue en principe *a posteriori*, soit dans le cadre de recours en homologation ou en annulation exercés à l'endroit d'une sentence arbitrale, à laquelle ne saurait être assimilée une simple ordonnance de procédure. *Du Mesnil/Cintec* constitue un précédent malheureux, susceptible de munir d'un puissant outil les litigants qui cherchent à retarder ou à faire dérailler la procédure arbitrale.

---

The Case of Resort Condominiums v. Bolwell », (1994) 10 *Arb. Int.* 385); voir aussi la décision de la Cour d'appel de New South Wales dans *Commonwealth of Australia c. Cockatoo Dockyards Pty Limited*, (1995) 36 N.S.W.L.R. 662, où la Cour conclut toutefois qu'une ordonnance de procédure pouvait, dans certaines circonstances, être assujettie au contrôle des tribunaux judiciaires durant l'instance arbitrale. Cet aspect de la décision de la Cour fut cependant critiqué par la doctrine australienne : Marcus S. JACOBS, « The Spectre of Section 47 of the Model Uniform Legislation », (1995) 69 *A.L.J.* 822, 832.

