

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL AU QUÉBEC : ORDRE PUBLIC INTERNE OU ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ?

Stéphanie Cartier

Volume 11, Number 1, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100699ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100699ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cartier, S. (1998). L'ARBITRAGE INTERNATIONAL AU QUÉBEC : ORDRE PUBLIC INTERNE OU ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 11(1), 229–261. <https://doi.org/10.7202/1100699ar>

Article abstract

The author examines the concept of internal public order with respect to international arbitration, by exploring internal and international legislation and case-law in Quebec which deal with international and internal arbitration. Do the international public order considerations relating to international arbitration in Quebec prevail or are those public order considerations aimed at limiting, as little as possible, this private means of resolving differences?

The author draws firstly on the debate surrounding the nature of public order as defined in international relations prevailing, in private international legislation, adopted by the Quebec legislator in 1994, following much controversy which lasted for over 20 years, between the time of the adoption of the internal public order and this international public order. The author then examines the public order as defined in international relations as relating to the means of resolving differences on the international level, through the rules dealing with the applicable jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgements as determined by Quebec tribunals.

The author then compares the details provided by the Quebec legislator with respect to the choice, in private international law, of the international public order as provided for in Chapter X of the *Civil Code of Quebec* and the lack thereof when dealing with international arbitration. The author analyses the use of this public order as a limiting factor in resolving differences within international instruments. She then provides an overview of the question of public order within provincial instruments with respect to the determination of arbitration jurisdiction in procedure, in the choice of applicable legislation by the arbitrator, in the control by tribunals, in the ratification of international arbitration awards and in the recognition and enforcement of foreign arbitration awards. The authors analyses the limits of the Quebec private international legislation with respect to international arbitration in cases dealing with employment contracts and consumer affaire.

Finally, the author deplores the fact that the reference to the public order in international arbitration in Quebec is not sufficiently precise but believes that the Quebec tribunals should refer to the international public order when faced with a situation where limits must be imposed to private parties exercising their rights in international arbitration.

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL AU QUÉBEC : ORDRE PUBLIC INTERNE OU ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL?

Par Stéphanie Cartier*

L'auteur s'interroge sur la nature de «l'ordre public» applicable à l'arbitrage international du Québec en étudiant la législation et la jurisprudence québécoise sur l'arbitrage interne et international. Les considérations d'ordre public interne prévalent-elles sur l'arbitrage international au Québec ou bien sont-elles des considérations d'ordre public international, limitant le moins possible ce mode privé de résolution de différends?

L'auteur s'inspire d'abord du débat sur le caractère de «l'ordre public tel qu'entendu dans les relations internationales» adopté en droit international privé par le législateur québécois en 1994, après un long débat de près de vingt ans entre l'adoption «de l'ordre public interne» et de cet «ordre public international». L'auteur étudie l'«ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales», de ce mode judiciaire de résolution des litiges internationaux, à la fois dans les règles du choix de la loi applicable par les tribunaux québécois et dans les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers au Québec.

L'auteur compare ensuite la précision du législateur québécois en droit international privé quant au choix de «l'ordre public international» dans le chapitre X du *Code civil du Québec* et l'imprécision du législateur québécois en matière d'arbitrage international. L'auteur analyse l'utilisation de «l'ordre public» comme limite à ce mode privé de résolution des différends dans les instruments internationaux. Puis, elle poursuit avec «l'ordre public» des instruments législatifs québécois : dans la détermination de la compétence arbitrale (ou de l'arbitrabilité), dans la procédure arbitrale, dans le choix de la loi applicable par l'arbitre, dans le contrôle par les tribunaux, par homologation de sentences arbitrales internes et par la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères, du choix de la loi applicable par l'arbitre. L'auteur étudie aussi les limites du droit international privé québécois imposées à l'arbitrage international portant sur les contrats d'emploi et de consommation.

Enfin, l'auteur conclut en déplorant l'imprécision de la référence à «l'ordre public» en arbitrage international au Québec, mais encourage néanmoins les tribunaux québécois à se référer à un «ordre public international» quand ils sont appelés à limiter le recours de parties privées à l'arbitrage international.

The author examines the concept of internal public order with respect to international arbitration, by exploring internal and international legislation and case-law in Quebec which deal with international and internal arbitration. Do the international public order considerations relating to international arbitration in Quebec prevail or are those public order considerations aimed at limiting, as little as possible, this private means of resolving differences?

* B.C.L., LL.B. (McGill). L'auteur tient à remercier vivement le Professeur Geneviève Saumier de lui avoir permis d'approfondir la notion d'ordre public en droit international privé. L'auteur tient également à remercier le Professeur John E.C. Brierley de l'avoir appuyée lors de la rédaction de ce texte. Cet article est une version remaniée du texte récipiendaire du Prix d'excellence Wainwright pour le meilleur essai de l'Université McGill (1998) intitulé *Variations et fugues sur le thème de l'ordre public en droit international privé et en arbitrage international*. Ce prix, créé grâce à un legs d'Arnold Wainwright, c.r., B.A. (1899), B.C.L. (1902), D.C.L. (1963), est décerné pour récompenser le meilleur essai ou travail rédigé soit à la seule initiative d'un étudiant, soit dans le cadre d'un des cours. Le texte original a été rédigé dans le cadre du cours du Professeur John E.C. Brierley intitulé *Resolution of international disputes* (automne 1997) et offert à la Faculté de droit de l'Université McGill.

The author draws firstly on the debate surrounding the nature of public order as defined in international relations prevailing, in private international legislation, adopted by the Quebec legislator in 1994, following much controversy which lasted for over 20 years, between the time of the adoption of the internal public order and this international public order. The author then examines the public order as defined in international relations as relating to the means of resolving differences on the international level, through the rules dealing with the applicable jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgements as determined by Quebec tribunals.

The author then compares the details provided by the Quebec legislator with respect to the choice, in private international law, of the international public order as provided for in Chapter X of the *Civil Code of Quebec* and the lack thereof when dealing with international arbitration. The author analyses the use of this public order as a limiting factor in resolving differences within international instruments. She then provides an overview of the question of public order within provincial instruments with respect to the determination of arbitration jurisdiction in procedure, in the choice of applicable legislation by the arbitrator, in the control by tribunals, in the ratification of international arbitration awards and in the recognition and enforcement of foreign arbitration awards. The authors analyses the limits of the Quebec private international legislation with respect to international arbitration in cases dealing with employment contracts and consumer affairs.

Finally, the author deplores the fact that the reference to the public order in international arbitration in Quebec is not sufficiently precise but believes that the Quebec tribunals should refer to the international public order when faced with a situation where limits must be imposed to private parties exercising their rights in international arbitration.

La autora se interroga sobre la naturaleza del «orden público» aplicable al arbitraje internacional de Quebec estudiando la legislación y la jurisprudencia quebequense en materia de arbitraje interno e internacional. ¿Prevalen las consideraciones de orden público interno sobre el arbitraje internacional en Quebec o son esas consideraciones de orden público internacional, limitando lo menos posible ese modo privado de resolución de litigios?

La autora se inspira en primer lugar del debate sobre el carácter del «orden público tal como entendido en las relaciones internacionales» adoptado en derecho internacional privado por el legislador quebequense en el 1994, después de un largo debate de casi 20 años entre la adopción del «orden público interno» y de ese «orden público internacional». La autora estudia el «orden público tal como entendido en las relaciones internacionales», de ese modo judicial de resolución de los litigios internacionales, a la vez en las reglas de la elección de la ley aplicable por los tribunales quebequenses y en las reglas de reconocimiento y de ejecución de los juicios extranjeros en Quebec.

La autora contrasta luego la precisión del legislador quebequense en derecho internacional privado en cuanto a la elección del «orden público internacional» en el capítulo X del *Código civil de Quebec* y la imprecisión del legislador quebequense en materia de arbitraje internacional. La autora analiza la utilización del «orden público» como límite de ese modo privado de resolución de litigios en los instrumentos internacionales. Después, continúa con el «orden público» de los instrumentos legislativos quebequenses: en la determinación de la competencia arbitral (o de la arbitrabilidad), en la actuación arbitral, en la elección de la ley aplicable por el árbitro, en el control por los tribunales, por homologación de sentencias arbitrales internas y por el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de la elección de la ley aplicable por el árbitro. La autora estudia también los límites del derecho internacional privado quebequense impuestos al arbitraje internacional en cuanto a los contratos de empleo y de consumo.

En fin, la autora concluye lamentando la imprecisión de la referencia al «orden público» en el arbitraje internacional en Quebec, pero anima no obstante los tribunales quebequenses a referirse a un «orden público internacional» cuando tienen que limitar el recurso de partes privadas al arbitraje internacional.

Les parties à un contrat commercial peuvent déterminer elles-mêmes la méthode de résolution de leurs différends ou litiges. Tantôt elles s'en remettent aux tribunaux et à leur propre détermination de leur compétence juridictionnelle, tantôt elles décident plutôt de se référer à l'arbitrage institutionnel ou *ad hoc* après avoir déterminé elles-mêmes la compétence juridictionnelle de cet arbitrage.

Le droit international privé et les nouvelles dispositions sur l'arbitrage international ont le même but, soit de favoriser la stabilité et la prévisibilité des échanges commerciaux internationaux. Quel rôle l'ordre public joue-t-il en droit international privé et en arbitrage en tant que limite à ces mécanismes privés et publics? Les arbitres sont-ils davantage susceptibles d'être sensibles à des considérations d'ordre public interne à cause des outils législatifs à leur disposition?

Nous proposons l'étude comparative du rôle et de la valeur de l'ordre public en droit international privé et en arbitrage, dans une ère de mondialisation des échanges commerciaux. Nous analyserons la référence à l'ordre public en droit civil québécois à la fois dans le droit international privé et dans l'arbitrage, interne et international. Nous étudierons spécifiquement les limites qu'impose l'ordre public dans le choix de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales et les questions de procédure, entre autres, pour chaque juridiction et pour chaque mode de résolution de différends ou de litiges.

I. L'ordre public dans le droit international privé québécois

A. L'ordre public et le choix de la loi applicable

1. LA RÉFORME DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Au cours des années 70, le législateur québécois a entrepris une réforme du droit international privé qui s'est échelonnée sur presque vingt ans et qui a été marquée, entre autres, par une discussion sérieuse sur l'ordre public dans ce contexte. En effet, trois rapports différents (1975, 1977, 1988), un *Avant-projet de loi* en 1988¹ ainsi qu'un *Projet de loi* en 1991² sont témoins de discussions sur l'ordre public en droit international privé. Nous avons assisté à la mise en vigueur des dispositions finales du nouveau droit international privé québécois en 1994, et ce, sous le Chapitre X du *Code civil du Québec* [ci-après C.c.Q.].

¹ *Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*, 2^e sess., 33^e lég., Québec, 1988 [ci-après *Avant-projet de loi*].

² P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1990.

En 1975, le Comité du droit international privé [ci-après Comité], présidé par J.-G. Castel, présentait le premier *Rapport sur le droit international privé*³ à l'Office de révision du *Code civil* [ci-après O.R.C.C.]. Le Comité juge nécessaire la réforme complète du droit international privé pour favoriser le Québec dans la mondialisation des échanges. Le Comité observe que «[l]es relations humaines et commerciales de plus en plus importantes que le Québec entretient avec ses voisins, aussi bien à l'échelon national qu'à l'échelon international, créent une foule de problèmes juridiques qui demandent des solutions rapides et exemptes d'incertitude»⁴. Comme solution, le Comité ajoute que «[l]e développement du commerce international dont dépend en grande partie l'avenir de notre pays requiert l'existence de règles de droit international privé qui, tout en étant claires et précises, doivent être assez flexibles pour permettre des solutions nouvelles et originales lorsque la nécessité s'en fait sentir»⁵. Nous prévoyons que toutes ces discussions finiront par attribuer à l'ordre public un rôle atténué en tant que limite à l'exercice de ce droit.

Seuls trois (3) articles en matière de conflits de lois figuraient dans le *Code civil du Bas-Canada* [ci-après C.c.B.-C.]; quelques autres articles au *Code de procédure civile* [ci-après C.p.c.] traitaient de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux québécois et de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. Le Comité relevait également le caractère «souvent incertain et fragmentaire» des règles de droit international privé d'alors qui «n'épaul[ai]ent pas l'essor du commerce interprovincial et international»⁶. Ainsi, plusieurs estimaient qu'une réforme était nécessaire afin de préciser le contenu des règles et, par conséquent, de favoriser la prévisibilité dans les échanges, plutôt que de continuer de laisser libre cours à l'imagination des tribunaux dans l'évaluation de la portée des articles 6 à 8 C.c.B.-C. et autres. Le caractère de l'ordre public à l'étude devait s'inscrire dans cette tendance qui favorise la prévisibilité des échanges dans un contexte international.

Aujourd'hui, le C.c.Q. compte 92 articles sur le droit international privé, sous le Chapitre X, lequel centralise toutes les questions de droit international privé. L'«ordre public» est mentionné sous plusieurs sections du Chapitre X du C.c.Q. Notons un effort de précision important relatif au standard d'ordre public applicable en droit international privé. Nous étudierons les divers niveaux d'ordre public adoptés en matière de conflits de lois au Québec, notamment l'exception d'ordre public, la loi d'application immédiate et la loi d'application immédiate étrangère.

³ Québec, Office de révision du Code civil : Comité du droit international privé, *Rapport sur le droit international privé*, vol. 32, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975 (Président : J.-G. Castel) [ci-après *Rapport 1975*].

⁴ *Ibid.* à la p. 2.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.* à la p. 4.

2. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC DANS LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS : INTERNE OU INTERNATIONAL?

L'article 5 du *Projet* de l'O.R.C.C. distinguait l'ordre public interne et l'ordre public international. En effet, il disposait que «[l]'application du droit étranger est écartée lorsque ses dispositions sont manifestement incompatibles avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales»⁷. Cette distinction avait été abandonnée en 1988 dans l'*Avant-projet de loi*. Certains auteurs avaient fait la remarque que l'on «pourrait penser que l'*Avant-projet* est devenu moins internationaliste que son prédécesseur»⁸.

Le droit international privé québécois est dorénavant fixé – quant à l'exception de l'ordre public – à l'application du droit autrement désigné dans les règles de conflits de lois prévues dans le C.c.Q. En effet, le *Code* précise à l'article 3081 que l'ordre public auquel le juge doit faire référence quand il récuse l'application du droit étranger autrement désigné par les règles de conflits de lois est «l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales»⁹. C'est lorsque le résultat de l'application de la loi d'un État étranger, et non son contenu, est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales que cette exception s'applique¹⁰. Il s'agit donc d'un article dont l'application a un caractère exceptionnel¹¹. Cette exception est donc distincte de la loi d'application immédiate qui impose l'application de règles de droit du Québec en raison de leur but particulier¹². On ne fait donc pas allusion au contenu des dispositions étrangères¹³, mais bien au résultat de l'application de ces dispositions étrangères. Certains auteurs se réjouissent de la nuance apportée dans le nouveau texte¹⁴. D'autres auteurs se réjouissent également de la précision de «l'ordre public international» qui n'apparaissait pas dans l'*Avant-projet de loi* de 1988¹⁵.

⁷ Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977 à la p. 597 [ci-après *Rapport sur le Code civil du Québec*]. Voir également *Rapport 1975*, *supra* note 3, art. 4 para. 1, à la p. 42.

⁸ J.A. Talpis et G. Goldstein, «Analyse critique de l'Avant-projet de loi du Québec en droit international privé» (1989) 91 R. du N. 293 à la p. 325.

⁹ Art. 3081 C.c.Q.

¹⁰ H.P. Glenn, «Droit international privé» dans A. Laprise et D. Vaugeois, dir., *La réforme du Code civil*, vol. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 682.

¹¹ *Ibid.* à la p. 681.

¹² Art. 3076 C.c.Q.

¹³ Comme il était d'abord envisagé dans le *Projet* de réforme de 1977. En effet, l'article 5 envisagé par l'O.R.C.C. dans *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra* note 7, prévoyait l'exclusion des lois étrangères en raison de leur seul contenu, contrairement à l'article 3444 de l'*Avant-projet de loi*, *supra* note 1 et à l'article 3081 de l'actuel *Code civil du Québec* où l'on exclut les dispositions étrangères si le résultat de leur application est contraire à l'ordre public.

¹⁴ É. Groffier, *La réforme du droit international privé québécois : Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 à la p. 53. Voir aussi J.-G. Castel, «Commentaire sur certaines dispositions du *Code civil du Québec* se rapportant au droit international privé» (1992) 119 J.D.I. 625 à la p. 630.

¹⁵ *Ibid.* à la p. 54. L'article 3444 de l'*Avant-projet de loi* stipulait : «L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat contraire à l'ordre public».

Toutefois, Talpis et Goldstein jugeaient, en 1989, qu'une distinction entre l'ordre public interne ou l'ordre public international n'était pas si pertinente :

Cependant, la référence à l'ordre public entendu au sens international reste une notion très floue, sans grande conséquence évidente en pratique. De plus, il existe une tendance, exprimée dans la Convention de Rome de 1980 et dans la nouvelle loi suisse, à ne plus faire référence qu'à l'ordre public du for, sans autre limite que la sagesse du juge¹⁶.

Plusieurs auteurs estiment qu'au contraire, l'ordre public dit «international» diffère sensiblement de l'ordre public interne. D'une part, Jacques Béguin définit l'ordre public interne comme suit : «[C'est u]ne loi impérieuse lorsque nul ne peut décider ou agir différemment. La loi est impérieuse. Un exemple entre mille : la monnaie à cours légal. On ne peut pas y contrevenir»¹⁷. D'autre part, Jacques Béguin définit l'ordre public international comme suit : «La règle étrangère, normalement compétente, offre telle solution. Cette solution est rejetée par le système étatique considéré. Elle est rejetée parce qu'elle heurte l'ordre public international du système d'accueil»¹⁸. «[C'est] la conception que les juges de l'État se font de l'ordre public international»¹⁹.

Pour notre part, nous jugeons que les définitions de Jacques Béguin sont incomplètes. Nous estimons que l'ordre public international est différent de l'ordre public interne. Nous pensons qu'il est plus flexible que l'ordre public interne puisqu'il permet des compromis sur des notions un peu moins fondamentales, mais couvertes tout de même par l'ordre public interne. Il est «atténué» contrairement à «complet». Il permet de restreindre beaucoup moins le choix de la loi applicable ou la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers, par exemple. C'est un standard de l'ordre public plus tolérant des divergences législatives et qui a un impact direct sur les jugements et aussi sur les sentences arbitrales, par ricochet. Comme le rapporte H. Patrick Glenn : «Pour reprendre l'exemple de la législation sur la protection des consommateurs, cette législation est obligatoire et d'ordre public pour les causes purement internes; son caractère obligatoire s'affaiblit cependant dans la mesure où la cause présente un élément d'extranéité. On ne protège pas tous les consommateurs du monde»²⁰.

C'est ainsi que le juge Mailhot dans l'affaire *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*²¹ a interprété l'ordre public dit «international» en matière de reconnaissance et d'exécution d'un jugement américain sur une dette de jeu dont le recouvrement aurait été autrement prohibé au Québec. L'appelant s'oppose à l'exemplification du jugement en invoquant que ce dernier porte sur une dette de jeu

¹⁶ Talpis et Goldstein, *supra* note 8 à la p. 325.

¹⁷ J. Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche de droit privé & comparé du Québec, 1987 à la p. 97.

¹⁸ *Ibid.* à la p. 98.

¹⁹ *Ibid.* à la p. 99.

²⁰ Glenn, *supra* note 10 à la p. 682.

²¹ *Auerbach c. Resorts International Hotel Inc.*, [1992] R.J.Q. 302 (C.A.), reproduit dans É. Groffier, *Textes fondamentaux du droit international privé québécois dans le contexte canadien*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993 à la p. 249 [ci-après *Auerbach*].

qui viole l'ordre public et les bonnes mœurs du Québec. Le juge Mailhot se convainc d'abord de la compétence juridictionnelle du tribunal étranger. Le juge ne considère pas le contrat de jeu, autrement prohibé au Québec, mais «plutôt une réclamation fondée sur un jugement qui a été rendu par un tribunal étranger»²². Le jugement rappelle aussi que les contrats de jeu ne sont pas tous immoraux et illégaux au Québec, et que l'article 1927 C.c.B.-C., qui prohibait alors le recouvrement de dettes de jeu, «ne s'applique pas à un contrat soumis à une juridiction étrangère lorsque le jugement rendu ne viole pas nos préceptes d'ordre public». Puis, le juge Mailhot affirme : «En matière d'exemplification des jugements, l'ordre public est moins exigeant, et ce concept d'ordre public est évolutif, les tribunaux québécois ayant toujours agi avec beaucoup de retenue quand il s'agissait de l'appliquer à la reconnaissance de droits valablement acquis à l'étranger»²³. Nous souscrivons entièrement à ce concept d'ordre public «international» tel que défini par le juge Mailhot. Nous nous y référerons tout au long de cet essai. J.-G. Castel avait également déjà reconnu «le domaine de l'ordre public [...] plus restreint en droit international privé qu'en droit interne»²⁴. Il ajoute que l'ordre public ne doit pas faire échec aux droits acquis, mais seulement à ceux qui sont en train de se créer. En d'autres termes, «la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit au Québec ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire au Québec les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger, et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé québécois»²⁵.

Par conséquent, nous pouvons nous interroger sur la nature des droits relatifs à l'arbitrage à l'étranger. Sont-ils des droits acquis au même titre que les droits attribués par un jugement étranger ou des droits à créer? La question s'impose, puisqu'au Québec, nous verrons qu'une sentence arbitrale doit nécessairement être homologuée pour être exécutoire. En d'autres termes, si une sentence arbitrale avait enjoint l'appelant de payer une dette de jeu, les tribunaux québécois auraient-ils été aussi déférents envers cette sentence arbitrale étrangère? Dans un tel exemple, un seul standard d'ordre public dit «international» aurait-il été applicable à la fois en droit international privé et en arbitrage international? Nous en doutons.

3. L'ORDRE PUBLIC ET LA LOI D'APPLICATION IMMÉDIATE DU FOR SAISI

L'ordre public interne trouve son expression dans les lois d'application immédiate du droit international privé québécois. En effet, dans le C.c.Q., nous retrouvons des règles unilatérales qui font primer la loi du for saisi sans égard aux facteurs de rattachement qui indiquent la primauté de la loi du ressort étranger, parce qu'il est jugé que son application «s'impose en raison de son but particulier»²⁶. Ces lois sont désignées comme d'application nécessaire ou immédiate ou lois de police,

²² *Ibid.* à la p. 250.

²³ *Ibid.* à la p. 251.

²⁴ J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, 1980, tel que cité dans *ibid.* à la p. 251.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Art. 3076 C.c.Q.

etc. Plusieurs auteurs félicitent le législateur québécois de cette audace, dont Talpis et Goldstein.

Groffier mentionne, pour sa part, que

[L]e Livre Dixième du nouveau *Code civil* prévoit la pluralité des méthodes, dès la première disposition en accueillant d'emblée les règles d'application nécessaire.

C'est la formulation prudente de la codification suisse (art. 18) qui évite les controverses sur l'appellation (lois ou règles d'application immédiate ou nécessaire, lois de police...)²⁷.

Talpis et Goldstein énumèrent certaines règles de droit déjà qualifiées ou susceptibles d'être qualifiées «d'application immédiate» comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* et la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Ils expliquent que «[p]our qu'une règle de droit soit d'application nécessaire, il faut qu'elle soit impérative pour les situations internes qu'elle envisage et que son but, relatif à un intérêt vital pour le législateur l'ayant édicté, soit tel qu'il impose son application à l'espèce, indépendamment des éléments étrangers qui la distinguent»²⁸. Ils proposent même une question qui permet de déterminer si une loi est d'application immédiate : «Peut-on déroger à cette règle sans remettre en cause la survie de l'ordre juridique québécois?»²⁹.

À notre avis, la loi d'application immédiate représente l'ordre public interne à l'état pur que l'on fait prévaloir sur les règles de conflits de loi en raison de leur but particulier. L'exception d'ordre public «tel qu'entendu dans les relations internationales» se distingue fortement des lois d'application nécessaire.

4. L'ORDRE PUBLIC ET LA LOI D'APPLICATION IMMÉDIATE ÉTRANGÈRE AU FOR SAISI

Le nouveau droit international privé québécois présente une innovation inspirée du droit suisse³⁰, laquelle permet au juge de considérer l'ordre public d'un for étranger. Ainsi, c'est l'ordre public étranger qui trouve son application par le biais des lois étrangères d'application immédiate. En effet, une nouvelle disposition reconnaît l'application de «dispositions impératives»³¹ étrangères sans égard aux autres règles de conflits de lois qui favoriseraient l'application de la loi du for. Cette disposition avait d'ailleurs été envisagée dans l'*Avant-projet de loi* de 1988. Des commentateurs se sont exprimés :

²⁷ Groffier, *supra* note 14 à la p. 23.

²⁸ J.A. Talpis et J.-G. Castel, «Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil; le Code civil du Québec, interprétation des règles de droit international privé*, t. III, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 817.

²⁹ *Ibid.* à la p. 817.

³⁰ Voir art. 19 de la *Loi fédérale suisse sur le droit international privé*, RS, 1989.

³¹ Art. 3079 C.c.Q.

L'A.-P. ne se contente pas de reconnaître l'existence des lois de police ou «d'application nécessaire» du juge saisi dans l'art. 3439, mais il permet aussi de «prendre en considération» les lois étrangères du même type, même si elles appartiennent à un système juridique *non désigné* par les règles de conflit du for, si cette loi présente un lien étroit avec la situation (art. 3442). Indirectement, on donne ainsi une certaine efficacité internationale à l'ordre public étranger. Cette disposition facilitera la reconnaissance à l'étranger de certaines décisions québécoises³².

Toutefois, Groffier rappelle, pour sa part, que

[c]ette innovation assez révolutionnaire est loin de faire l'unanimité. En effet, un «ordre juridique se montrera normalement réticent à prendre en considération une loi de police étrangère qui prétend forcer sa compétence au détriment de la loi désignée comme compétente»... Les lois de police étrangères sont susceptibles d'avoir un «objectif directement politique : ainsi le gel des avoirs d'un État étranger donné dans les banques nationales ou l'embarco sur les exportations en direction d'un pays donné».

[...]

Pourtant, en Europe, le droit positif s'oriente, lentement il est vrai, vers une telle possibilité. Elle est prévue notamment par la Convention de Rome sur la loi applicable aux relations contractuelles (art. 7.1), la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire (art. 16), celle relative au trust et à sa reconnaissance (art. 16, al. 2) comme par la loi suisse (art. 19)³³.

La première ébauche de cet article en 1988 contenait l'expression «conception québécoise du droit» à laquelle le Barreau s'est opposé. En fait, le Barreau a proposé de retrancher complètement cet article : «On peut d'abord s'interroger sur ce qu'est la conception québécoise du droit. En outre, le recours à l'ordre public du for est manié avec beaucoup de discrétion par nos juges, ce qui est bien. Pourquoi en plus recourir à l'ordre public étranger? On peut difficilement imaginer que nos lois d'application immédiate exigent un renvoi aux lois d'application nécessaire étrangères»³⁴.

La véritable portée de cet article semble toutefois très limitée par des considérations internes d'ordre public. En effet, Talpis et Goldstein estiment qu'en cas de conflit entre des dispositions impératives étrangères et des dispositions québécoises, «le juge doit faire prévaloir les objectifs québécois et appliquer sa propre loi»³⁵. Si le juge donne effet aux dispositions impératives étrangères, ils avancent que «[le juge] devra [alors] rendre une décision équitable au regard du droit québécois et de la loi normalement applicable»³⁶. Puis ils jugent que «[v]u les nombreuses

³² Talpis et Goldstein, *supra* note 8 à la p. 309.

³³ É. Groffier, «La réforme du droit international privé québécois» (1992) 52 R. du B. 607 à la p. 615.

³⁴ Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit international privé présenté à la Commission des institutions*, mars 1989 aux pp. 3-4.

³⁵ Talpis et Castel, *supra* note 28 à la p. 822.

³⁶ *Ibid.* à la p. 823.

conditions qui ont été posées par le législateur, il faut s'attendre à ce que cet article soit rarement utilisé»³⁷.

Nous estimons que cette catégorie d'ordre public va au-delà de la détermination de l'ordre public international et nécessite plus d'objectivité de la part du juge. C'est une catégorie qui pourrait éventuellement dépouiller la communauté juridique de sa propre conception de l'ordre public pour l'amener à adopter l'ordre public étranger, même rarement.

B. L'ordre public international dans la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères

L'article 3155 C.c.Q. statue sur la compétence des autorités étrangères dans le but de reconnaissance et d'exécution des jugements rendus par cette autorité étrangère. Il édicte que :

[t]oute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

[...]

5. Le résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.

Cet article «fait le pendant de l'article 3081 du présent *Code* qui traite de l'ordre public dans les conflits de lois»³⁸. Il avait d'abord été rédigé dans le deuxième alinéa de l'article 5 du *Projet* de l'O.R.C.C. de 1977³⁹. Il est extrêmement intéressant de noter que cet article du *Projet* de 1977 prévoyait la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères si celles-ci n'étaient pas manifestement incompatibles avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales. Par conséquent, les juristes qui ont imaginé le nouveau droit international privé ont assimilé la reconnaissance et l'exécution de décisions arbitrales étrangères aux décisions de tribunaux étrangers. Ils ont choisi l'application d'un seul standard d'ordre public aux deux situations, soit celui qui est entendu comme tel «dans les relations internationales». Aujourd'hui, ces deux situations sont traitées distinctement par suite de l'adaptation de la législation québécoise à la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de l'ONU faite à New York, le 10 juin 1958⁴⁰ et à la *Loi type* de la Commission des Nations Unies sur le commerce et le droit international (CNUCDI) qui précisent un ordre public «de ce pays»⁴¹.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Castel, *supra* note 14 à la p. 663.

³⁹ *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra* note 7 : «La reconnaissance et l'exécution d'une décision ou d'une sentence arbitrale étrangère sont refusées lorsqu'elles sont manifestement incompatibles avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales».

⁴⁰ *Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 [ci-après *Convention de New York*].

⁴¹ *Convention de New York*, *ibid.*, art. V.2(b). Voir aussi l'art. 34.1(b)(ii) et l'art. 36(b)(ii) de la *Loi type* du CNUCDI qui consacrent l'expression «l'ordre public du présent État» dans ces deux articles

La reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères sont réglées dans le C.p.c. comme suit :

La sentence arbitrale étrangère est reconnue et exécutée si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne sont pas contraires à l'ordre public⁴².

L'expression «ordre public» n'est pas accompagnée du mot «international». En effet, un compromis interétatique semble avoir été atteint dans cette *Convention* quant à l'utilisation de l'ordre public, sans qualificatif, qui pourrait s'interpréter comme «ordre public interne»⁴³. Néanmoins, certains auteurs persistent à penser que, du fait que l'expression «ordre public» est incluse dans des conventions internationales, son véritable sens s'avère plutôt être «ordre public international». En effet, Jacques Béguin affirme qu'il «s'agit, bien évidemment, de l'ordre public international, au sens de la législation de l'État d'accueil»⁴⁴. Toutefois, nous jugeons plutôt que les États semblent avoir suffisamment de latitude pour interpréter différemment l'expression «ordre public» dépourvue du qualificatif «international» au cours de l'exercice de mise en œuvre de ces conventions internationales. Peut-on présumer ainsi que l'ordre public tel que mentionné dans ces conventions et tel qu'appliqué dans les législations provinciales soit «international» alors qu'au Québec, par exemple, un débat législatif a eu lieu au moment de l'adoption des articles 3081 et 3155 C.c.Q. sur le standard adéquat d'ordre public à privilégier en droit international privé qui a culminé en l'adoption, précisément, de l'«ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales»? De plus, les auteurs, quand ils se réfèrent à l'ordre public en matière d'arbitrage parlent «d'ordre public du droit québécois»⁴⁵, ou d'«ordre public québécois»⁴⁶ où aucune mention «internationale» ne fait surface. Nous émettons donc d'importantes réserves à la qualification de Jacques Béguin de l'«ordre public international», même en matière d'arbitrage international, au Québec. De plus, rappelons l'arrêt *Auerbach* qui discutait de l'application du critère de l'ordre public international à des situations où des droits ont été acquis, et notre interrogation sur le statut de la sentence arbitrale étrangère comme conférant, ou non, un droit acquis. Enfin, rappelons les propos du professeur Brierley : «[L]es deux types de sentences sont régis par l'ordre public québécois. [...] Les sentences étrangères et internes sont donc en principe, traitées sur un pied d'égalité»⁴⁷.

relatifs à la demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale et aux motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences arbitrales. La *Loi sur l'arbitrage commercial*, S.C. 1986 c. 22 est la loi fédérale canadienne qui, en enchâssant en annexe le «Code d'arbitrage international», fondé sur la *Loi type* adoptée par la CNUCIDI le 21 juin 1985, utilise l'expression «ordre public au Canada» dans les articles 34.1(b)(ii) et 36(b)(ii) correspondant aux articles de la *Loi type*.

⁴² Art. 949 C.p.c.

⁴³ Voir C.B. Kuner, «The Public Policy Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States and West Germany Under the New York Convention» (1994) 11 J. Int'l Arb. 71.

⁴⁴ Béguin, *supra* note 17 à la p. 101.

⁴⁵ J.E.C. Brierley, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne» (1987) C.P. du N. 507 à la p. 557.

⁴⁶ J.E.C. Brierley, «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage» (1987) 47 R. du B. 259 à la p. 269.

⁴⁷ *Ibid.*

Toutefois, nous espérons que l'article 940.6 C.p.c., que nous étudierons ultérieurement, aura l'effet escompté par Jacques Béguin et qu'il confèrera aux arbitrages internationaux cette possibilité d'invoquer l'«ordre public international» afin de faciliter la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères.

Le droit international privé québécois serait-il plus «internationaliste» aujourd'hui que l'arbitrage international tel que reconnu par le législateur québécois, sur le plan de l'interprétation de l'ordre public? Serait-il plus ouvert à la reconnaissance et à l'exécution de décisions étrangères que ne semblent l'être les dispositions du C.p.c. sur les sentences arbitrales étrangères à cause de la distinction des expressions «ordre public tel qu'entendu dans les relations internationales» en droit international privé et «ordre public» tout court, en arbitrage international? Les parties d'un autre État ont-elles davantage intérêt à conclure un contrat qui sera régi par les tribunaux québécois plutôt que de s'en remettre à l'arbitrage international tel qu'appliqué au Québec, afin de faire respecter leur entente, l'autonomie de leur volonté et leur liberté contractuelle, «tel qu'entendu dans les relations internationales»?

Il semble que l'*Avant-projet de loi de 1988* ait été plus incisif à l'égard du respect de l'ordre public dans la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en droit international privé. Ainsi, l'article 3520(2) de l'*Avant-projet* dispose que «[l]a reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère est refusée lorsque son résultat est contraire à l'ordre public ou avec une règle de droit du Québec dont l'application s'impose en raison de son but particulier ou, encore, lorsque cette décision met en péril ou affecte notablement le bon fonctionnement de l'État ou est manifestement déraisonnable». Aucun renvoi à un ordre public dit «international» comme dans l'article 3155 C.c.Q. n'a été faite.

Pourtant, des auteurs se sont appuyés sur l'article 3520(1) de l'*Avant-projet de loi*, le prédécesseur de l'article 3158 C.c.Q., qui abandonne la révision du fond du jugement étranger, pour affirmer que l'*Avant-projet de loi* tendait à favoriser la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères en estimant qu'il était «nécessaire d'aller dans ce sens bien que d'assez nombreux pays soient plutôt défavorables aux décisions étrangères et que d'autres leur soient moyennement défavorables [...]»⁴⁸. L'article 3158 C.c.Q. n'autorise l'autorité québécoise qu'à «vérifier si la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée remplit les conditions prévues au présent titre, sans procéder à l'examen du fond de cette décision».

En somme, nous constatons qu'en droit international privé québécois, le concept d'ordre public est bien articulé en plus d'être précisé par les mots «tel qu'il est entendu dans les relations internationales», et ce, tant dans les conflits de lois que dans les compétences juridictionnelles. Il s'agit du résultat d'une réforme qui s'est échelonnée sur presque vingt ans.

⁴⁸ Talpis et Goldstein, *supra* note 8 à la p. 623.

À la lumière de ces récents développements en droit international privé, nous nous interrogeons sur la conception d'ordre public en matière d'arbitrage international. Au Québec, l'ordre public en matière d'arbitrage est-il «tel qu'il est entendu dans les relations internationales»? Après tout, rappelons que le droit international privé et l'arbitrage international, quoiqu'ils mettent en place des procédés très différents, partagent la même fonction : favoriser la stabilité et la prévisibilité des échanges commerciaux. Si l'ordre public joue un rôle limitatif dans ces deux types de résolution de conflits internationaux, il devrait être considéré «tel qu'il est entendu dans les relations internationales».

II. L'ordre public et l'arbitrage au Québec

L'arbitrage, qu'il soit interne ou international, est truffé de considérations d'ordre public, et ce, à plusieurs niveaux. Quoique le législateur québécois ait choisi l'unicité dans son traitement législatif de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international ou interprovincial, pouvons-nous distinguer les considérations d'ordre public dans l'arbitrage interne et dans l'arbitrage international? Y a-t-il un standard d'ordre public international distinct applicable à l'arbitrage international?

Nous étudierons quatre facettes de l'arbitrage, interne et international, lesquelles s'avèrent subordonnées à des considérations d'ordre public. Nous étudierons le rôle de l'ordre public dans la compétence arbitrale, dans la procédure arbitrale, dans le choix de la loi applicable effectué par l'arbitre et dans la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales prononcées à l'étranger. Nous établirons des parallèles avec le droit international privé québécois sur chacun de ces aspects, afin d'éclairer les distinctions entre le mode privé de résolution de différends qu'est l'arbitrage et le mode étatique de résolution des litiges que représentent les tribunaux ou «autorités étrangères», comme le Chapitre X du C.c.Q. les nomme.

A. Les outils d'interprétation s'appliquant à l'arbitrage international et à l'arbitrage interprovincial

1. À QUEL TYPE D'ARBITRAGE S'ADRESSENT-ILS?

Il existe un article dans le C.p.c. qui semble différencier le traitement de l'arbitrage international et celui de l'arbitrage interprovincial de l'arbitrage interne. En effet, l'article 940.6 C.p.c. prévoit des sources d'interprétation supplétives à l'actuel titre du C.p.c. «de la tenue de l'arbitrage», et ce, «dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international». Ces sources supplétives proviennent de la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* [ci-après la *Loi type*] adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 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 et 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. Ce sont donc des sources d'interprétation pour l'arbitrage interprovincial et pour l'arbitrage international auxquelles le C.p.c. se réfère. Ces différents documents comportent tous certaines allusions à l'«ordre public» en tant que considération qui limite les activités arbitrales.

Pourquoi privilégier un traitement différent sur le plan des sources d'interprétation entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international? Il semble qu'une raison guidant l'adoption de toutes les autres règles communes aux arbitrages internes et internationaux émanant de ces deux outils internationaux, est d'«éviter les risques d'interprétation et éliminer les réticences»⁴⁹ envers l'arbitrage international inspirés par un traitement commun de ces deux formes d'arbitrage. Certains rapportent néanmoins que l'article 940.6 C.p.c. «hardie et peu courante dans notre législation a[it] été applaudie»⁵⁰. Nabil Antaki montre que l'expérience passée a souvent assimilé l'arbitrage international à l'arbitrage interne de façon restrictive. Les nouveaux principes d'interprétation en matière d'arbitrage international et d'arbitrage interprovincial permettent de s'assurer que certaines dispositions qui ne sont pas énumérées à l'article 940 C.p.c. «comme celles relatives à l'assignation des témoins, ou l'obligation de motiver la sentence fussent considérées d'ordre public dans un cas d'arbitrage international»⁵¹. C'est donc reconnaître un autre «niveau» d'ordre public dans un cas d'arbitrage international qui se distingue de celui auquel on a recours en arbitrage interne.

Les sources additionnelles d'interprétation ne sont pas mentionnées clairement dans l'article 940.6 C.p.c. relatif à l'arbitrage interne. Or, certains auteurs jugent inévitable «que l'interprétation de l'ensemble du régime législatif de l'arbitrage réparti entre les deux codes puisse bénéficier d'une lecture des sources documentaires réelles de la loi nouvelle»⁵². À la base, l'essentiel de la *Loi type* a été adopté dans le C.p.c. et «on a étendu son application, sans distinction, aux arbitrages internes et internationaux»⁵³ afin d'«offrir à l'arbitrage interne la flexibilité généralement réservée aux arbitrages internationaux et à ces derniers, la possibilité de se dérouler dans des conditions très proches de celles retenues par la *Loi type*»⁵⁴. Bref, la

⁴⁹ N. Antaki, «L'arbitrage commercial : concept et définitions» (1987) C.P. du N. 485 à la p. 502.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* à la p. 501.

⁵² J.E.C. Brierley, «Chapitre VIII : De la convention d'arbitrage, Articles 2638-2743» dans A. Laprise et D. Vaugeois, *La réforme du Code civil*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 1068. Voir aussi Antaki, *ibid.* à la p. 502, au n° 45 : Cet auteur estime que de tels principes d'interprétation de l'arbitrage international et de l'arbitrage interprovincial risquent de créer le clivage entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, mais que ce risque semble mineur, «étant donné que l'interprète de la loi, connaissant son origine, sera tenté en cas de difficulté de consulter quand même la source du texte et la doctrine abondante qui l'a commentée». Cet auteur juge néanmoins qu'il serait souhaitable que l'article 940.6 C.p.c. soit modifié «en étendant la possibilité de recourir à la *Loi type* dans tous les cas».

⁵³ Antaki, *ibid.* à la p. 501.

⁵⁴ *Ibid.*

définition de l'ordre public dans ces instruments internationaux comme outils d'interprétation peut potentiellement se réverbérer dans l'arbitrage interne⁵⁵.

2. QUEL TYPE D'ORDRE PUBLIC EST PRIVILÉGIÉ DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX SUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : L'ORDRE PUBLIC INTERNE OU L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL?

Comme nous en avons déjà discuté, les États semblent avoir consenti à des Conventions qui reconnaissent et appuient les définitions internes de l'ordre public. Par exemple, la *Convention de New York* de 1958⁵⁶ énonce que

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

[...]

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

La *Loi type*, pour sa part, est inspirée de la *Convention de New York* de 1958 et présente deux règles qui comportent une référence à l'ordre public, qui semble interne puisque dans les deux cas, la *Loi type* renvoie à «l'ordre public du présent État». Une des règles porte sur la demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale⁵⁷, et l'autre sur les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences arbitrales⁵⁸.

L'argument de l'ordre public en matière d'arbitrage en tant que limite aux activités en cette matière peut être interprété de trois façons. Ou l'on applique à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international un standard différent d'ordre public : l'ordre public international à l'arbitrage international; l'ordre public interne à l'arbitrage interne, ou encore on applique le standard de l'ordre public interne ou de l'ordre public international à la fois à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international.

Nous estimons que le législateur québécois aurait eu intérêt à préciser sa pensée en mettant en œuvre les instruments internationaux et en les intégrant comme source d'interprétation supplétive pour les arbitrages interprovinciaux et

⁵⁵ D'autres auteurs jugent plutôt qu'un clivage risque de se dessiner entre l'arbitrage interne, interprovincial et international, sur ce thème des sources d'interprétation, alors que l'arbitrage dans ces deux cas demeure interne au Canada. Voir R. Tremblay, «Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage» (1988) 90 R. du N. 394 à la p. 412 : «[c]ette disposition devrait permettre l'élaboration d'une pratique parallèle de l'arbitrage national et extraprovincial ou international, chacune avec sa propre jurisprudence et sa propre doctrine».

⁵⁶ *Convention de New York*, supra note 40.

⁵⁷ Art. 34.1(b)(ii) de la *Loi type* : «La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que [...] si le tribunal constate [...] que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État».

⁵⁸ Art. 36.1(b)(ii) de la *Loi type* : «La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que [...] si le tribunal constate que [...] la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent État».

internationaux. Ainsi, si le législateur voulait en fait dire que l'ordre public international s'applique à l'arbitrage international, l'arbitrage international pourrait souffrir de limites imposées par des juges ou arbitres particulièrement sensibles à l'application de l'ordre public interne si aucun qualificatif n'est ajouté. Aucune justification «internationale» n'est attendue pour justifier des limites à l'arbitrage international, ce qui peut insécuriser certains acteurs du commerce international.

Or, comme nous l'avons vu, le droit international privé québécois doit appliquer explicitement une exception d'ordre public «tel qu'il est entendu dans les relations internationales»⁵⁹, que ce soit dans le choix de la loi applicable ou dans la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. De plus, le droit international privé québécois permet aux autorités québécoises, dans le choix de la loi applicable «[de donner] effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit»⁶⁰. En matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers, le droit international privé québécois peut refuser de reconnaître et d'exécuter une décision rendue à l'étranger si «[l]e résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales»⁶¹.

Est-ce à dire que les principes d'interprétation de l'arbitrage international, tels que prônés dans les instruments internationaux et adaptés au contexte québécois dans le C.p.c., sont plus conservateurs que le droit international privé québécois?

B. Les considérations d'ordre public dans la détermination de la compétence arbitrale ou l'arbitrabilité

Le concept d'ordre public en matière d'arbitrage se retrouve également dans le C.c.Q. à l'article 2639 sur l'arbitrabilité de certaines matières. Il est dit que :

Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

Deux commentaires s'imposent. Dans un premier temps, rappelons que l'article 1926.2 du C.c.B.-C., adopté en 1986, utilisait l'expression «questions qui concernent l'ordre public» plutôt que «questions qui intéressent l'ordre public»⁶².

Dans un deuxième temps, soulignons que le second paragraphe reconnaît encore la capacité de l'arbitre d'appliquer des règles d'ordre public, un pouvoir que certaines décisions judiciaires lui avaient catégoriquement refusé en affirmant que

⁵⁹ Art. 3081 et 3155 al. 5 C.c.Q.

⁶⁰ Art. 3079 C.c.Q.

⁶¹ Art. 3155 al. 5 C.c.Q.

⁶² *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, c. 73, art. 1926.2.

tous les différends qui ont un lien avec des considérations d'ordre public ne sont pas arbitrables⁶³. Aujourd'hui, la vapeur est inversée, comme nous pouvons l'observer dans l'arrêt *Condominiums Saint-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*⁶⁴. En effet, ce jugement a favorisé une interprétation «large et libérale» en la matière «comme l'enseigne le professeur Brierley»⁶⁵. Dans cette affaire, un promoteur immobilier, *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc.*, s'oppose à la clause compromissoire incluse dans son contrat avec un constructeur, *Les Constructions Serge Sauvé Inc.*, parce que le défaut du constructeur au contrat est également un défaut à l'ordre public à cause de son non-respect de normes réglementaires d'ordre public et que, par conséquent, l'affaire n'est pas arbitrable. L'étendue du deuxième alinéa du nouvel article 1926.2 C.c.B.-C. d'alors⁶⁶ est précis. Le juge Rothman a estimé qu'il était «clear that the parties intended that any difference between them as to the interpretation of the plans and specifications and their respective obligations under the contract were to be decided by arbitration»⁶⁷. Si le manquement à cette obligation constitue également un manquement à l'ordre public, l'arbitrabilité de la matière n'est pas affectée. «I can see no reason why the arbitrators cannot apply the appropriate rules of law to these claims in the same manner that a court would apply them. The arbitrators are legally bound by the appropriate rules of law (Article 944.10 C.p.c.) and, under clause 1C, 9, 16 of the construction contract, they are bound to apply the relevant provisions of the *Civil Code*»⁶⁸. De plus, «there are rules of public order that cannot be applied in arbitrations as easily and as appropriately as they are by courts. Building codes, zoning by-laws, decrees in labour matters and other similar regulatory rules are all rules of public order. [...] The fact that these regulations are of public order does not deprive arbitrators of their jurisdiction to hear the dispute or require that they be heard by the ordinary courts»⁶⁹. Le juge Monet explique aussi que

⁶³ Voir *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Company et al.*, [1976] 565 C.A. Dans cet arrêt, une compagnie pétrolière avait intenté une action contre un entrepreneur et un sous-traitant en raison de dommages survenus aux réservoirs qu'ils avaient construits ensemble. La Cour d'appel a refusé d'appliquer la clause compromissoire. La Cour fait une claire distinction entre les matières contractuelles et les matières délictuelles pour déterminer l'arbitrabilité du différend. Si une matière était délictuelle, il était contre l'ordre public de l'arbitrer : «cette clause [compromissoire] n'a pas d'application puisqu'il ne s'agit pas d'une action sur le contrat. [...] mais il s'agit d'une action fondée d'une part sur la responsabilité légale de l'article 1688 C.c.B.-C. et d'autre part, sur la responsabilité due à la faute en vertu des articles 1053 et 1054 du *Code civil [du Bas-Canada]*. En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel de Procon».

⁶⁴ *Condominiums Saint-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), en ligne : QL (A.Q.) [ci-après *Condominiums Saint-Sauveur*]. Cet arrêt a été mentionné dans plusieurs autres arrêts subséquents et a été suivi dans *Clavel c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183, en ligne : QL (A.Q.), 114 D.L.R. (4^e) 441 et dans *Montgrain c. St-Germain*, [1992] R.J.Q. 1864.

⁶⁵ *Condominiums Saint-Sauveur*, *ibid.* à la p. 5. Voir Brierley, *supra* note 45 aux pp. 525, 553-554.

⁶⁶ «Toutefois, il ne peut faire obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public». Voir en ce sens art. 2639 para. 2 C.c.Q.

⁶⁷ *Condominiums Saint-Sauveur*, *supra* note 64 à la p. 13.

⁶⁸ *Ibid.* à la p. 18.

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 23. Voir S. Thuilleaux et D.M. Proctor, «L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale» (1992) 37 R.D. McGill 470 à la p. 492 : «Quant à l'aspect délictuel du recours du propriétaire, M. le juge Rothman retint le critère du lien de connexité pour conclure que la demande fondée sur la responsabilité

«l'argumentation de l'appelante touchant la question de l'ordre public suppose, me semble-t-il, que l'arbitrage soit une dérogation au droit commun. Soit dit avec déférence, tel n'est pas le cas. L'arbitrage créant une juridiction privée est maintenant un contrat autonome, nommé et réglementé au *Code*»⁷⁰.

Les juges expriment dorénavant beaucoup de confiance envers les arbitres en ce qui concerne l'application des normes d'ordre public en décidant, à la lumière du deuxième alinéa de l'article 2639, que les différends qui présentent des règles ayant un caractère d'ordre public peuvent être arbitrables. Certains auteurs ont craint un recul de cette position dans l'arrêt *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman*⁷¹. Ils vont même jusqu'à affirmer que «les progrès réalisés [par la cour dans *Condominiums Saint-Sauveur*] furent annihilés par la Cour d'appel dans l'affaire *C.C.I.C. Consultech*. [...] [L]’arrêt *C.C.I.C. Consultech* constitue un net recul et laisse à penser qu’au Québec, ces solutions sont loin d’être acquises»⁷².

Dans cette affaire, la Cour d'appel a rejeté une exception déclinatoire de compétence fondée sur une convention d'arbitrage. Les appelantes ont conclu un contrat de vente de la totalité de leurs actions dans la société C.C.I.C. Consultech International Corp. en échange de l'embauche par Consultech de l'intimé Silverman et de son associé Silverberg, en plus d'une clause d'arbitrage. Les acheteurs ont entamé des procédures arbitrales pour demander la nullité du contrat de vente à cause de fausses représentations de la part des vendeurs sur la valeur réelle de l'achat. Ils demandaient également à l'arbitre de confirmer le congédiement de Silverman. Les intimés ont, pour leur part, intenté une action devant la Cour supérieure pour le solde du prix de vente des actions, atteinte à la réputation et congédiement injustifié. La Cour supérieure a jugé que le motif de la clause d'arbitrage impose certaines restrictions à l'arbitre qui la rendent illégale et contraire à l'ordre public. Bref, «la Cour supérieure rejette l'exception déclinatoire de compétence au motif que l'action est partiellement basée sur un délit»⁷³. Après avoir expliqué qu'une clause d'arbitrage doit recevoir une interprétation large et libérale, le juge Dussault de la Cour d'appel du Québec conclut à des «indices sérieux qu'au moment de l'entente, les parties ont voulu soumettre à l'arbitrage les seuls désaccords portant sur le transfert de propriété des actions, notamment sur le calcul de la valeur et de leur prix. C'est, à mon avis, ce que les parties ont voulu exprimer par l'expression "material matter of substance relating hereto", laquelle exclut ainsi une demande comme celle qui est présentée par l'intimé en Cour supérieure, fondée sur des faits de nature délictuelle». Bref, la Cour d'appel confirme la décision de la Cour supérieure et juge la matière inarbitrable parce qu'elle porte en partie sur la responsabilité civile. En somme, les auteurs n'avaient pas tort d'appréhender les répercussions sur la validité des clauses d'arbitrage dont la matière à arbitrer a une incidence sur la matière délictuelle.

délictuelle du constructeur telle que formulée par l'appelant était "intimately connected with the claims for faulty performance of the work under the contract"».

⁷⁰ *Condominiums Saint-Sauveur*, *supra* note 64 à la p. 5.

⁷¹ *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman* (1991), R.D.J. 500, en ligne : QL (A.Q.) [ci-après *C.C.I.C. Consultech*].

⁷² Thuilleaux et Proctor, *supra* note 69 à la p. 483.

⁷³ *Ibid.* à la p. 494.

Aujourd'hui, nous savons qu'à l'image du droit français, le législateur a abandonné la théorie de l'option en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle⁷⁴. Par conséquent, le recours à la clause d'arbitrage devrait se faire en tout premier lieu. Toutefois, dans l'arrêt *Cima Société d'Ingénierie c. Immeuble Marton Ltée*⁷⁵, la Cour a plutôt considéré l'article 1434 C.c.Q. pour faire prévaloir la clause d'arbitrage, lequel édicte que :

[I]e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

La société d'ingénieurs s'était opposée à la compétence de l'arbitre puisque la réclamation, à son avis, était fondée sur la responsabilité extracontractuelle de l'ingénieur qui aurait commis des erreurs, omissions et imprécisions dans ses plans. «Cima [société d'ingénieurs] prétend que le recours de Marton est extracontractuel puisqu'on aurait qualifié sa faute d'erreur, d'omission et négligence. Le Tribunal ne peut pas voir, dans la lecture des 93 premiers paragraphes de la réclamation, d'autres griefs que ceux qui relèvent des obligations professionnelles qu'avaient souscrites Cima aux termes de son contrat. Il est utile de rappeler que le contrat conclu entre les parties, comme tout contrat, «oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité et la loi»⁷⁶.

À la lumière de ces jugements, nous pouvons donc affirmer que, d'une part, les juges estiment que les arbitres sont compétents pour appliquer correctement certaines normes d'ordre public d'apparence «interne». D'autre part, il est utile de rappeler qu'au cas où les arbitres n'appliqueraient pas correctement les normes d'ordre public, leur décision risquerait de ne pas être homologuée et donc, de ne pas être exécutoire comme un jugement de tribunal. En effet, le tribunal peut refuser d'office l'homologation «s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public»⁷⁷.

Nous avons vu des cas d'arbitrage interne sur l'arbitrabilité. Toutefois, observons que le critère d'«ordre public», tel qu'utilisé dans les cas étudiés, ne nous permet pas de savoir si les juges distinguent l'ordre public interne de l'ordre public international en matière d'arbitrage interne et d'arbitrage international.

⁷⁴ L'article 1458 C.c.Q. abolit l'option entre la responsabilité contractuelle et délictuelle qui avait été instaurée par l'arrêt *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578 reproduit dans Groffier, *supra* note 21 à la p. 226.

Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.

⁷⁵ *Cima Société d'Ingénierie c. Immeuble Marton Ltée*, [1995] A.Q. n° 1189, en ligne : QL (A.Q.).

⁷⁶ *Ibid.* au para. 21.

⁷⁷ Art. 946.5 C.p.c. Or, l'article 946 C.p.c. prévoit que «La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été homologuée» et à l'article 946.6, le même *Code* stipule que «La sentence arbitrale telle qu'homologuée est exécutoire comme un jugement du tribunal».

En France, la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international est claire. L'arbitrabilité d'un différend présentant un élément d'extranéité est jugée suivant l'ordre public international en toute déférence envers l'arbitre⁷⁸. Un arrêt de 1964 de la Cour de cassation reconnaissait la capacité de l'État français de compromettre dans des contrats internationaux alors qu'ils étaient contre l'ordre public interne français pour l'État français de compromettre. En effet, «si la prohibition résultant des articles 83 et 1004 du *Code de procédure civile* est d'ordre public interne, elle n'est pas d'ordre public international et ne met pas obstacle à ce qu'un établissement public soumette, comme pourrait le faire tout autre contractant, la convention de droit privé qu'il passe à une loi étrangère admettant la validité de la clause compromissoire, lorsque ce contrat revêt le caractère d'un contrat international [...]»⁷⁹.

1. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN TANT QUE LIMITE À L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DANS LES CONTRATS D'EMPLOI ET DE CONSOMMATION

Le droit international privé nouveau ajoute certaines conditions d'arbitrabilité en faisant prévaloir la compétence des autorités québécoises sur l'arbitrage international dans les actions fondées sur les contrats de consommation ou sur les contrats de travail, où la renonciation des travailleurs et celle des consommateurs à la compétence des autorités québécoises ne peut leur être opposée. En effet, l'article 3149 C.c.Q. édicte que :

3149. [L]es autorités québécoises sont, en outre, compétentes à connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

Il s'agit d'une exception à la règle générale qui énonce que le droit international privé ne reconnaît pas la compétence des autorités québécoises

3148 (5). [...] lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique

⁷⁸ Voir l'arrêt Paris, 29 mars 1991, *Société nationale des Chemins de fer tunisiens*, reproduit dans (1991) Rev. arb. 478 :

[...] en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international, et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation; [...] hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière – en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage – l'arbitrage international dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi.

⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 14 avril 1964, reproduit dans (1966) 55 Rev. cri. dr. internat. privé 67 à la p. 69.

déterminé, à une autorité étrangère (...), à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises⁸⁰.

Un récent jugement de la Cour supérieure du Québec a expliqué que s'il devait y avoir un conflit entre l'article 940.1 C.p.c., qui consacre la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté des parties qui choisissent l'arbitrage comme mode de résolution des différends, et l'article 3148 C.c.Q., qui présume une renonciation à l'arbitrage si le défendeur reconnaît la compétence des autorités québécoises, «[d]ans telle éventualité, l'article du *Code de procédure civile* doit céder le pas devant les dispositions du *Code civil* en matière de droit international privé»⁸¹.

En effet, dans l'arrêt récent de la Cour supérieure du Québec, *Dominion Bridge*, une convention d'arbitrage au contrat d'emploi du défendeur prévoyait un arbitrage suivant les lois de l'État du Delaware et l'arbitrage devait avoir lieu à New York au *American Arbitration Association*. La demanderesse, à la suite du congédiement du défendeur, intente une action à la Cour supérieure du Québec pour certains montants. Le défendeur engage lui-même une demande reconventionnelle pour atteinte à la réputation et demande des dommages punitifs. Pour faire suite à cette demande reconventionnelle, la demanderesse a inscrit une requête alléguant que le défendeur devait procéder par arbitrage. Le défendeur prétend plutôt que la demanderesse, en intentant une action à la Cour supérieure du Québec, avait renoncé à la stipulation d'arbitrage contenue dans le contrat d'emploi et que, de toute façon, les causes d'action alléguées en défense et dans la demande reconventionnelle ne relevaient pas de la compétence arbitrale déterminée par les parties. Il allègue également que l'article 3149 C.c.Q. s'applique en l'espèce et que, par conséquent, une renonciation à la compétence des autorités québécoise ne peut lui être opposable.

Le juge D. Lévesque rappelle qu'«antérieurement à la promulgation de l'article 940.1, tant en droit international privé qu'en droit interne, il suffisait que le défendeur comparaisse ou produise une procédure ultérieure à celle-ci pour conclure à un acquiescement (*Alimport c. Victoria Transport*, [1977] 2 R.C.S. 858)». Il note également que le législateur «qui voulait favoriser l'arbitrage, a adopté l'article 940.1. L'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux a été très large comme le reflètent les affaires *Peintures Lanvin inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, [1987] R.D.J. 402 (C.A.), [1988] R.J.Q. 5, *Condominiums Mont Saint-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, et surtout *Ville de La Sarre c. Gabriel Auto*, [1992] R.D.J. 273». Puis le juge D. Lévesque précise que «[t]outes ces causes ont été jugées avant la mise en vigueur de l'article 3148 C.c.Q. d'une part, et d'autre part, la partie qui a demandé l'arbitrage était toujours une partie défenderesse à l'action».

Enfin, le juge D. Lévesque tranche :

Quelque libérale que soit l'interprétation que l'on puisse donner à l'article 940.1 C.p.c., je ne crois pas qu'elle permette aujourd'hui en droit international privé à un demandeur qui a opté de soumettre son droit

⁸⁰ Art. 3148 al. 5 C.c.Q.

⁸¹ *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1997] A.Q. n° 1319 au para. 14, en ligne : QL (A.Q.) [ci-après *Dominion Bridge*]. Voir aussi Talpis et Castel, *supra* note 28 à la p. 908, aux n°s 448-449.

d'action à une autorité québécoise, plutôt que d'aller à l'arbitrage, de retirer cette option si le défendeur l'a suivi sur ce terrain comme c'est le cas ici. C'est en ce sens que le second alinéa du paragraphe 5 ne réfère qu'au défendeur et non pas au demandeur. Dans cette mesure, le mot partie à l'article 940.1 ne peut permettre au demandeur d'opter pour l'arbitrage, même si la cause n'est pas inscrite, si le demandeur ou la demanderesse a reconnu la compétence comme c'est le cas ici. Autrement, il existerait un conflit entre l'article 3148 C.c.Q. [...] et l'article du *Code* de procédure civile doit céder le pas devant les dispositions du *Code civil* en matière de droit international privé⁸².

De plus, le juge D. Lévesque a jugé qu'aux termes de l'article 3149 C.c.Q., la demanderesse ne pouvait pas se prévaloir de la clause d'arbitrage prévue au contrat, même si le for désigné par celle-ci est situé à l'extérieur du Québec. «Donner une autre interprétation à l'article 3149 C.c.Q. aurait pour effet d'annuler la protection assurée au consommateur ou au travailleur par la simple insertion d'une clause d'arbitrage qui doit être tenue hors Québec»⁸³.

En revanche, nous estimons qu'une convention d'arbitrage ne peut vraiment équivaloir à une renonciation à la compétence des tribunaux québécois puisque, comme nous l'avons vu, la sentence arbitrale doit être homologuée ou reconnue et exécutée au Québec pour emporter des effets au Québec. Par conséquent, nous estimons que l'article 3149 C.c.Q. s'adresse donc difficilement aux conventions d'arbitrage qui ne constituent pas une renonciation définitive à la compétence des tribunaux québécois. Il semble plutôt s'adresser aux clauses d'élection de for autre que le for québécois que peuvent contenir les contrats de consommation ou d'emploi. Le législateur québécois semble avoir voulu préserver la compétence des tribunaux québécois dans ces cas afin de protéger des travailleurs et consommateurs québécois qui souhaitent poursuivre au Québec, mais qui ont signé une telle clause de renonciation aux tribunaux québécois. Le juge Lévesque a peut-être eu tort de présumer que l'article 3149 C.c.Q. concerne les conventions d'arbitrage. De même, l'article 3148 exclut la compétence des tribunaux quand il y a une convention d'arbitrage, alors que les tribunaux demeurent en réalité compétents dans une certaine mesure, pour contrôler la sentence.

Bref, suivant l'interprétation du juge D. Lévesque, le droit international privé québécois est une source importante d'interprétation des limites de l'arbitrage international qui émanent de l'ordre public du for québécois en matière de contrat d'emploi et de contrat de consommation⁸⁴, puisqu'il considère qu'une convention d'arbitrage équivaut à une renonciation à la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois. Le nouveau droit international privé québécois, tel qu'interprété par le juge Lévesque, quoiqu'il se targue d'une ouverture à la mondialisation des échanges en

⁸² *Dominion Bridge*, *ibid.* au para. 14.

⁸³ *Ibid.* au para. 18.

⁸⁴ Rappelons ici l'exemple de H.P. Glenn sur la protection des consommateurs en tant qu'émanation de l'ordre public interne : «Pour reprendre l'exemple de la législation sur la protection des consommateurs, cette législation est obligatoire et d'ordre public pour les causes purement internes; son caractère obligatoire s'affaiblit cependant dans la mesure où la cause présente un élément d'extranéité. On ne protège pas tous les consommateurs du monde». Glenn, *supra* note 10 à la p. 682.

ayant introduit un critère d'ordre public international, semble demeurer un outil de promotion de l'ordre public interne dans cet exemple, un outil qui affecte même le libéralisme accru que connaissait le traitement de l'arbitrage international au Québec, depuis 1986. Notons que cette limite typique d'ordre public interne nous convainc un peu plus d'un standard d'ordre public interne en matière d'arbitrage même international, tel qu'il est interprété par le juge Lévesque, à moins que l'article 3149 C.c.Q. ne soit en fait considéré comme une dérogation à un ordre public international présumé par le juge Lévesque. Bref, l'utilisation de cette disposition exceptionnelle du droit international privé par le juge Lévesque semble trahir l'application d'un «ordre public interne» en matière d'arbitrage même international.

Nous maintenons toutefois notre réserve quant à la véritable applicabilité de l'article 3149 C.c.Q. Une convention d'arbitrage ne saurait équivaloir à une renonciation à la compétence des tribunaux québécois ni en matière de contrat de consommation ou de travail, ni dans tout autre contrat.

C. L'ordre public dans la procédure arbitrale

L'article 2643 C.c.Q. dispose ainsi de la procédure d'arbitrage :

Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou, à défaut, par le *Code de procédure civile*.

L'ordre public, sous la forme de «dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger», est aussi considéré dans la procédure de l'arbitrage. La Cour suprême du Canada a confirmé ce principe :

Dans notre régime de droit civil, sous réserve de ce qui est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, pourvu que les parties aient la capacité de contracter, la convention des parties fait loi⁸⁵.

Comme le notait la Cour suprême du Canada :

[...] le législateur peut laisser une très grande liberté contractuelle aux parties, dans l'aménagement de leurs rapports juridiques. Lorsque des valeurs aussi fondamentales que la privation du droit de recourir à la justice publique sont en cause, d'autres considérations s'imposent. Le principe d'indépendance doit être respecté à l'égard de ce qui demeure un acte juridictionnel destiné à trancher un litige, même si le renvoi à cette juridiction repose ultimement sur la volonté des parties⁸⁶.

⁸⁵ *Sports Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1 R.C.S. 564 à la p. 580 [ci-après *Sports Maska*]. Ainsi, «sauf les dispositions impératives de la loi, en toute matière concernant l'arbitrage, il faut s'en remettre à la convention des parties. La convention d'arbitrage est soumise aux règles générales régissant tous les contrats». Voir aussi *Télébec Ltée c. Société Hydro-Québec*, [1997] A.Q. n° 1431, en ligne : QL (A.Q.).

⁸⁶ *Desbois c. Industries A.C.Davie Inc.*, J.E. 90-994 (C.A.) aux pp. 5-6 du jugement, tel que cité dans *Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik*, [1997] A.Q. n° 1165 au para. 23. Voir également *Sports Maska*, *ibid.* : «Si cette intervention judiciaire devait être écartée, toutefois, le législateur devait s'assurer que le processus garantirait aux justiciables la même mesure de justice que

Ces deux sources consacrent l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle des parties en matière de procédure de l'arbitrage, mais elles subordonnent également ces principes à l'ordre public qui, selon toute vraisemblance, semblent être de nature interne, mais les juges ne distinguent pas l'arbitrage international de l'arbitrage interne.

En France, le *Code de procédure civile français* [ci-après C.p.c.f.] réglemente restrictivement la procédure arbitrale. Notons par exemple l'article 1471 du C.p.c.f. qui nécessite que la sentence arbitrale soit motivée en tant qu'exigence de l'ordre public⁸⁷. Cette même condition, par contre, n'est pas applicable aux sentences arbitrales étrangères si les parties en décident autrement, reconnaissant ainsi un ordre public «autre» s'appliquant aux procédures des sentences arbitrales présentant un élément d'extranéité ou aux sentences arbitrales qui recherchent une reconnaissance et une exécution en France. En effet, l'obligation de motiver la décision figure au titre troisième intitulé «La sentence arbitrale» du Livre quatrième intitulé «L'arbitrage». L'article 1495 C.p.c.f. dans le titre cinquième intitulé «L'arbitrage international» décrète que «[l]orsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I^{er}, II^e et III^e du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494». Il est donc «possible de déroger à l'ensemble des dispositions applicables à l'arbitrage lorsqu'il s'agit d'arbitrage international, si ce n'est pour l'intervention du juge en cas de difficulté quant à la constitution du tribunal arbitral (Article 1495 C.p.c.f.)»⁸⁸. En 1966, un arrêt de la Cour de cassation a reconnu une sentence arbitrale non motivée, alors qu'une telle sentence allait à l'encontre de l'ordre public interne français. L'exigence de la motivation de la sentence arbitrale n'existait pas dans le pays où la sentence avait été rendue⁸⁹.

Par contre, Béguin affirme, à cet égard, «[q]u'on a surtout des décisions de cette nature qui ne nous éclairent pas beaucoup sur ce que serait une application effective de l'ordre public international»⁹⁰. Il conclut toutefois que «[l]e fait qu'il y ait peu d'applications effectives de l'exception d'ordre public international n'enlève aucunement son importance à l'existence de cette exception. C'est une arme dont l'utilité tient principalement à son caractère de prévention dissuasive»⁹¹. Nous entérinons cette opinion. Les relations commerciales internationales n'existent certes pas sans normes. Ces normes ne ressortent pas nécessairement d'un for en particulier, mais tous les fors les reconnaissent. Elles émanent de la pratique des contrats commerciaux internationaux et elles régissent les bonnes relations commerciales internationales, le *fair play*. Les règles d'ordre public international servent une fonction de préserver le *fair play* en matière de contrats commerciaux internationaux.

celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration des règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles fondamentales telle la règle *audi alteram partem*».

⁸⁷ Art. 1471(2) C.p.c.f.: «La décision doit être motivée». Les commentaires rapportent que «[l]'obligation de motiver est d'ordre public».

⁸⁸ A. Dorais, «L'arbitrage commercial – Développements législatifs» (1987) R. du B. 273 à la p. 276.

⁸⁹ Voir l'arrêt *Gerstlé*, 22 novembre 1966, (1967) J.D.I. 631 note Goldman. Voir aussi J.C.P. 1968.II.15318.

⁹⁰ Béguin, *supra* note 17 à la p. 122.

⁹¹ *Ibid.*

En somme, l'ordre public international est nécessaire pour dissuader certains comportements qui n'assurent pas la prévisibilité des échanges commerciaux internationaux.

Enfin, l'article 1498 C.p.c.f. témoigne de l'acceptation de l'ordre public international dans les situations d'arbitrage international. En effet, cet article dit que

[I]es sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

Certains auteurs jugent qu'il s'agit là d'«une des réalisations les plus importantes du législateur français en ce qui a trait à l'arbitrage»⁹². Aujourd'hui, une sentence arbitrale étrangère relative au commerce international est exécutée en France «à la seule condition que sa reconnaissance ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public international»⁹³.

Par conséquent, certains auteurs se sont alarmés de l'absence du critère d'ordre public international dans les cas d'arbitrages internationaux au Québec, en arguant que cet état de fait risquait de nuire à l'image internationale du Québec⁹⁴. Un auteur cite la condition impérative à la tenue de l'arbitrage voulant qu'une stipulation ne confère pas à une partie une situation privilégiée quant à la désignation de l'arbitre⁹⁵. Il maintient que cette condition entrave directement la reconnaissance et l'exécution de sentences conclues dans des États où cette considération s'avère moins importante⁹⁶. Il conclut qu'il s'agit d'un domaine «où la notion d'ordre public international aurait été utile»⁹⁷. Mais nous souhaitons doser cette inquiétude en soulignant que les nouveaux articles du C.c.Q. et du C.p.c. sur l'arbitrage,

⁹² Dorais, *supra* note 88 à la p. 281.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.* C'est aujourd'hui l'article 2641 C.c.Q. qui énonce : «Est nulle la stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres». À défaut d'autre stipulation, le mode de nomination doit respecter l'article 941 C.p.c. : «Les arbitres sont au nombre de trois. Chaque partie nomme un arbitre et ces arbitres désignent le troisième». Un récent cas d'arbitrage interne référé à la Cour du Québec confirme l'article 2641 C.c.Q. (Chambre civile) : *Location d'équipement Jalon-Simplex c. Animation Proludik*, [1997] A.Q. n° 1165, en ligne : QL (A.Q.), où il a été jugé que la clause compromissoire prévoyant que l'Institut du Québec devait nommer l'arbitre était invalide parce que la requérante et cet institut étaient liés contractuellement. «Le processus d'arbitrage se doit d'être juste et équitable». Voir aussi *Desbois c. Industries A.C. Davie*, [1990] A.Q. n° 616, en ligne : QL (A.Q.) :

L'arbitrage constitue un acte juridictionnel. Une qualité primordiale de celui-ci est l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre. Une clause qui, non seulement, confère une situation privilégiée à une partie dans la désignation de l'arbitre, ce qu'interdit maintenant 1926.4, mais fait de celle-ci le juge du différend avec ses co-contractants, contredit de façon fondamentale la notion même de l'arbitrage. Cette institution suppose le renvoi, par deux parties, d'un différend à un tiers, qui se trouve étranger au conflit.

⁹⁶ Il note à l'époque l'exemple des autorités publiques des pays du bloc socialiste. «Ces autorités hésitaient avant de choisir des fournisseurs québécois, sachant qu'une sentence obtenue contre eux ne pourrait pas être exécutée dans la juridiction où se situent leurs biens» Dorais, *supra* note 88 à la p. 281.

⁹⁷ *Ibid.*

contrairement aux outils législatifs similaires français, se sont fortement inspirés de la *Loi type* et de la *Convention de New York*, déjà à saveur internationale; de plus, ces outils figurent comme outils d'interprétation des dispositions québécoises sur l'arbitrage. L'arbitrage interne au Québec ne semble pas aussi strictement conçu qu'en France, ce qui pose d'énormes difficultés lors d'arbitrages internationaux.

Par ailleurs, nous constatons le chevauchement sur les autres facettes de l'arbitrage qu'une reconnaissance d'un ordre public international pourrait causer. L'ordre public est une conception fluide. S'il était qualifié d'international dans un cas de procédure d'arbitrage international, nous nous attendrions à ce que le standard de l'ordre public devienne «international», comme en droit international privé, dans les autres aspects de l'arbitrage, de l'arbitrabilité au choix de la loi applicable et à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

D. Le choix de la loi applicable par l'arbitre et la considération de l'ordre public

Le choix de la loi applicable en arbitrage, interne ou international, ainsi qu'en droit international privé, est une émanation directe du principe de l'autonomie de la volonté. Dans tous les cas, les parties sont autorisées à choisir les normes applicables à la résolution du différend ou du litige : «[L]a plus grande liberté leur est traditionnellement accordée en droit civil et le droit nouveau ne fait que confirmer cette vieille tradition civiliste»⁹⁸.

Dans le cas où les parties n'ont pas spécifié le droit applicable à la résolution de leur différend, comment l'arbitre détermine-t-il la loi applicable à ce différend?

Dans un premier temps, le choix de la loi applicable par l'arbitre est régi par l'article 3121 C.c.Q. qui se situe dans le livre X du C.c.Q. sur le droit international privé. Cet article énonce qu' «[e]n 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». Nous imaginons que cet article s'adresse directement aux arbitres. Nous nous questionnons quant à la pertinence de cet article ainsi isolé dans le Chapitre sur le droit international privé, dans le titre deuxième sur les conflits de lois puisque l'arbitrage est régi dans un tout autre chapitre, celui des contrats nommés, en plus d'être régi extensivement dans le C.p.c., d'autant plus que le droit international privé a des interlocuteurs et des destinataires étatiques⁹⁹. Nous espérons toutefois qu'une telle inclusion de l'article sur le choix de la loi applicable en matière d'arbitrage dans le droit international privé convaincra les juges d'appliquer le standard de l'ordre public «tel qu'il est entendu dans les relations internationales», comme il est explicité en tant que disposition générale du choix de la loi applicable en droit international privé dans l'article 3081 C.c.Q., du moins dans les cas d'arbitrage international, même si l'article

⁹⁸ Brierley, *supra* note 45 à la p. 557.

⁹⁹ La suggestion que la *Convention d'arbitrage* soit régie dans un Chapitre distinct avait été faite en 1977 par l'Office de révision du Code civil : *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra* note 7, c. 19, art. 1206-1239, aux pp. 535-540.

3121 C.c.Q. ne distingue pas entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne. Il s'agit donc peut-être d'une reconnaissance formelle de l'un des objectifs que chacun semble partager, soit de favoriser les échanges internationaux, quoique leurs procédés soient différents.

Dans un deuxième temps, le choix de la loi applicable effectué par l'arbitre est régi à l'article 944.10 C.p.c., et ce, de manière supplétive¹⁰⁰. Cet article précise :

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

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

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

Nous observons que cet article semble accorder beaucoup plus de latitude aux arbitres que l'article 3121 C.c.Q. quant au choix de la loi applicable. Annihile-t-il l'effet de l'article 3121 C.c.Q.? Nous montrerons que cette latitude est toutefois considérablement limitée par des considérations pragmatiques de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale. En effet, les arbitres doivent s'interroger sur le droit du lieu de l'arbitrage et sur le droit du lieu où la sentence arbitrale sera exécutée afin que sa décision reçoive sa pleine force.

1. LES LIMITES AU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EFFECTUÉ PAR L'ARBITRE

D'une part, comme le mentionne le Professeur Brierley, «[l']autonomie des parties ou de l'arbitrage lui-même doit, bien sûr, s'incliner devant les dispositions d'ordre public du droit québécois, mais l'idée de l'autonomie des parties et des arbitres reçoit une expression maximale dans la nouvelle législation»¹⁰¹. L'arbitre est donc en premier lieu astreint dans son choix de la loi applicable à des considérations d'«ordre public» sans plus de précision sur son caractère «interne» ou «international».

L'ordre public prend tout son sens dans l'article 3121 C.c.Q. Cet article reprend la *Convention de New York* qui exige que le choix de la loi applicable se fasse en fonction du lieu où l'arbitrage a eu lieu¹⁰². Il semble bien qu'il s'agisse d'une

¹⁰⁰ Cet article n'apparaît pas dans la liste d'articles auxquels «on ne peut déroger» de l'article 940 C.p.c. Comme l'indique d'ailleurs un auteur, cette liste énumère des articles ayant surtout un rapport avec l'intervention limitée des tribunaux avant, pendant ou après la procédure arbitrale. «Ils n'ont pas pour fonction de restreindre la liberté des parties mais plutôt de permettre le déroulement de la procédure». Voir Tremblay, *supra* note 55 à la p. 403. Comme le mentionne également le professeur Brierley, «La réforme de 1986 accepte aussi l'idée qu'il soit permis aux parties de prévoir les normes qui seront applicables à la solution de leur différend par leurs arbitres et les règles de procédure que ceux-ci observeront dans le déroulement de l'arbitrage lui-même. Ce n'est qu'en l'absence de telles stipulations que le droit québécois envisage la mise en application de sources supplétives»: Brierley, *supra* note 46 à la p. 264.

¹⁰¹ Brierley, *ibid.* à la p. 263.

¹⁰² *Convention de New York*, *supra* note 40, art. 5.1(d)-(e) :

tendance à laquelle l'Europe adhère¹⁰³. Toutefois, «[t]here is a discernible trend that the choice of forum, may be unrelated to the applicable substantive law»¹⁰⁴. Par conséquent, en vue de rendre exécutoire la sentence arbitrale, l'arbitre doit considérer à la fois le droit du lieu de l'arbitrage et le droit du lieu où la sentence arbitrale sera exécutée¹⁰⁵. «If certain provisions in the law of the place of arbitration have an imperative character, they must be followed»¹⁰⁶.

Par exemple, nous observons dans le C.c.Q. des dispositions particulières qui font primer les dispositions impératives de la loi de l'État où le consommateur a sa résidence¹⁰⁷ et les dispositions impératives de la loi de l'État où l'employé accomplit habituellement son travail¹⁰⁸, et ce, même si les parties ont désigné une autre loi, dans les deux cas. Les «dispositions impératives» ci-mentionnées peuvent être ou internes ou étrangères. Par conséquent, l'arbitrage, qui a lieu au Québec ou qui veut se faire reconnaître ou exécuter au Québec, doit tenir compte de ces dispositions au risque de voir sa sentence arbitrale nulle et sans effet¹⁰⁹.

En revanche, il est utile de rappeler que la *Loi type* de la CNUDCI ne lie pas les arbitres aux règles de conflits de lois du for dans lequel il exerce sa fonction d'arbitre¹¹⁰. Certains auteurs appuient cette position, puisqu'ils considèrent que leur mandat est basé sur la soumission des parties à sa juridiction. Dès lors, l'arbitre, selon eux, n'est pas lié par des règles de conflits de lois de n'importe quel pays. Il peut choisir la règle de conflit de loi qui lui sied¹¹¹. D'autres estiment plutôt que l'arbitre

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

(d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

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

¹⁰³ Notamment la Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne.

¹⁰⁴ S.J. Stein, «The Drafting of Effective Choice-of-Law Clauses» (1995) 12 J. Int'l Arb. 69 à la p. 70.

¹⁰⁵ Voir M.R. Baniassadi, «Do mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law In International Commercial Arbitration?» (1992) 10 Int'l Tax & Bus. Law. 59.

¹⁰⁶ Stein, *supra* note 104 à la p. 71.

¹⁰⁷ Art. 3117 C.c.Q.

¹⁰⁸ Art. 3118 C.c.Q.

¹⁰⁹ Voir à ce sujet D. Hochtrasser, «Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration» (1994) 11 J. Int'l Arb. 57.

¹¹⁰ Art. 28(2) : «Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict-of-law rules which it considers applicable». La *Convention européenne sur l'arbitrage commercial* à l'article VII «authorise[s] the arbitrator to apply conflict-of-law rules which he (the arbitrator) deems applicable. He is not bound to apply the choice-of-law rules of the forum country» Voir P. Sarcevic, dir., *Essays on International Commercial Arbitration*, London, Martinus-Nijhoff, 1989 à la p. 137. «The ICC Rules or the UNCITRAL Rules of 1976 [also] authorise him to do so».

¹¹¹ Voir Sarcevic, *ibid.* à la p. 137. Voir aussi Stein, *supra* note 104 à la p. 72 : «While the conflict of law rules indicate the sovereign's view of the judicial power of the State, there is no indication that these rules were intended to be imposed upon arbitrators». Voir toutefois Baniassadi *supra* note 105 aux pp. 65-66 :

An international arbitration tribunal has no national forum and hence no *lex fori* : it derives authority from the agreement of the parties and therefore has an

ne tient sa compétence que de l'autorité de l'État et que, par conséquent, il est lié par ses règles de conflits de loi¹¹². De la même manière, l'article 944.10 du C.p.c. ne lie pas les arbitres aux règles de conflits de lois québécoises, puisque cet article est inspiré de la *Loi type*. Soulignons que cet article doit également être interprété à l'aide de cet instrument dans les cas d'arbitrage «extraprovincial ou international»¹¹³.

En somme, nous estimons que la détermination du droit applicable par l'arbitre est inévitablement astreinte à l'ordre public du lieu où l'arbitrage se déroule et à l'ordre public du lieu où la sentence arbitrale sera exécutée¹¹⁴. Il est difficile de préciser si l'on fait référence à l'ordre public dit «international». Peu importe sa qualification, l'arbitre est limité dans son choix de la loi applicable à la résolution du différend qui oppose les parties devant lui. Si l'ordre public s'avère «interne», le choix de l'arbitre est d'autant plus limité. Il est possible que les arbitres considèrent eux-mêmes l'ordre public «interne» afin d'assurer le respect de leur sentence arbitrale et la prévisibilité de ce mode de résolution des différends.

Dans un autre ordre d'idées, soulignons quelques différences dans le choix de la loi applicable en arbitrage et celle qu'on doit appliquer en droit international privé. Rappelons que le standard en droit international privé québécois diffère, quant au choix de la loi applicable aux parties effectué par le juge : «L'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales»¹¹⁵. Rappelons également que le droit international privé ne s'intéresse qu'aux litiges présentant un élément d'extranéité. Toutefois, l'arbitrage confère à la fois aux parties d'un conflit interne et aux parties d'un conflit international une liberté autre qui n'existe pas en droit international privé, celle de permettre à l'arbitre d'agir en qualité d'amiable compositeur. En effet, en arbitrage interne et en arbitrage international, il est admis que les parties choisissent la loi applicable qui régira le fond du différend, mais elles peuvent aussi «prévoir que les arbitres sont autorisés à désigner la loi positive applicable, ou encore l'exclusion de la loi positive étatique par la directive donnée aux arbitres selon laquelle ceux-ci sont habilités à agir comme amiables compositeurs. [...] L'amiable composition s'inscrit dans une tradition déjà ancienne dans les systèmes civilistes en matière

autonomous contractual status. [...] Recent arbitration practice, however, has not completely supported this view. [...] [A]n arbitrator may take into consideration mandatory rules that are foreign to the substantive law specified in the contract. An arbitrator considers mandatory public laws in an effort to guarantee that his award is ultimately enforceable and also to safeguard the credibility of arbitration as an effective mechanism for the settlement of disputes arising from commercial contracts.

¹¹² Voir Sarcevic, *ibid.*

¹¹³ Art. 940.6 C.p.c.

¹¹⁴ Voir Tremblay, *supra* note 55 à la p. 428 :

On notera aussi que pour que la sentence rendue à la suite d'un arbitrage extraprovincial ou international soit susceptible d'exécution à l'étranger, il y a nécessité pour les arbitres d'apporter un soin particulier au respect de l'ordre public des États mis en cause par le différend. Ainsi, la sentence rendue au Québec doit respecter l'ordre public applicable au Québec et, s'il y a lieu, celui de l'État d'où vient la règle de droit choisie par les parties ou déterminée par les arbitres. Les arbitres doivent tenir compte, le cas échéant, d'une exécution possible de la sentence dans un État étranger et voir à respecter l'ordre public de cet État.

¹¹⁵ Art. 3081 C.c.Q.

d'arbitrage»¹¹⁶. De plus, les usages applicables peuvent être formellement considérés par l'arbitre, contrairement à ce qui est le cas dans un tribunal étatique.

E. Le contrôle par les tribunaux du choix de la loi applicable par l'arbitre par l'homologation de sentences arbitrales internes et par la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

Dans un premier temps, il est utile de noter qu'une sentence étrangère n'a pas à satisfaire des conditions supplémentaires pour être reconnue et exécutée relativement à l'homologation d'une sentence arbitrale interne. Ainsi, la sentence étrangère n'a pas à être «confirmée par une autorité compétente étrangère» dans l'État où les arbitres ont rendu leur décision. Cette technique facilite donc la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères et reconnaît que le lieu le plus important n'est pas nécessairement celui où la sentence a été rendue, mais celui où la sentence sera appliquée, mise en œuvre.

Dans un deuxième temps, si les parties ont choisi de voir s'appliquer des règles de droit, «la question du contrôle de la régularité de la sentence en droit se pose» puisque «[c]ontrairement aux systèmes juridiques de la *Common law*, le droit civil québécois ne dispose pas de mécanismes selon lesquels les arbitres pourraient être astreints ou bien à observer les règles de droit pendant le déroulement de l'arbitrage ou bien à formuler un projet de sentence sous la forme d'une question de droit sur laquelle le tribunal étatique sera éventuellement appelé à statuer»¹¹⁷. Quoique le «tribunal saisi d'une requête en homologation ne [puisse] examiner le fond du différend»¹¹⁸ et qu'un appel de la sentence arbitrale [soit] prohibé devant les tribunaux de droit commun¹¹⁹, nous avons vu que le tribunal peut exercer un certain contrôle sur le choix de la loi applicable effectué par l'arbitre via l'ordre public, et ce, à la fois en arbitrage interne et en arbitrage international. En effet, l'article 946.5 C.p.c. dit en matière d'homologation que «[l]e tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public». L'article 949 C.p.c. décrète précisément en matière de «reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec» que «[l]a sentence arbitrale est reconnue et exécutée si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne

¹¹⁶ Brierley, *supra* note 45 à la p. 557.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 558.

¹¹⁸ Art. 946.2 C.p.c.

¹¹⁹ Brierley, *supra* note 45 à la p. 558. En effet, La Cour d'appel du Québec, dans un jugement portant sur l'exécution de la sentence arbitrale à laquelle s'applique les lois du Canada (*Loi de mise en œuvre de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, L.C. 1986, c. 21 [ci-après *Loi de mise en œuvre*] et *Loi concernant l'arbitrage commercial*, L.C. 1986, c. 22), a refusé de considérer les arguments sur un prétendu dol puisque «c'est donc aux arbitres qu'il appartient, le cas échéant, de reprendre l'affaire et la Cour supérieure, saisie de l'"exemplification", n'a rien à y voir [...] [L]a Cour supérieure est sans compétence à statuer sur le fond de la question». *Industrial Bulk Carriers c. Transport de Cargaison (Cargo Carriers) (Kasc-Co)*, [1990] A.Q. n° 1089 (A.Q.) [ci-après *Industrial Bulk Carriers*].

sont pas contraires à l'ordre public»¹²⁰. De plus, rappelons que «[l]a demande de reconnaissance et d'exécution est présentée par voie de requête en homologation au tribunal qui, au Québec, aurait été compétent à statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres» (article 949.1 C.p.c.). Nous constatons donc que, potentiellement, l'outil de l'ordre public, en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales étrangères, s'applique à répétition. Comme le constate le professeur Brierley, «[l]es deux types de sentences sont régis par l'ordre public québécois. [...] Les sentences étrangères et [les sentences] internes sont donc en principe, traitées sur un pied d'égalité»¹²¹.

Par conséquent, nous réitérons que le choix de la loi applicable effectué par l'arbitre, quoiqu'il apparaisse sans entrave sérieuse, semble en fait borné par des considérations pragmatiques de mise en œuvre des sentences, puisqu'un choix de la loi applicable peut conduire à une sentence dont le résultat est contraire à l'ordre public. Notons que le critère de l'ordre public semble être utilisé de la même façon qu'en droit international privé, c'est-à-dire qu'il détermine la validité du résultat à la fois de la sentence arbitrale et de la décision d'autorités étrangères, et non du fond des règles de droit étrangères utilisées par les arbitres et les juges.

Comme le mentionnent certains auteurs, «[l]e choix des arbitres ne doit pas être effectué d'une façon déraisonnable mais plutôt par la recherche des règles de droit avec lesquelles les litiges à trancher présentent les liens les plus étroits. Ils doivent aussi tenir compte du type d'arbitrage : la solution peut être différente dans le cas d'un arbitrage interne et dans le cas d'un arbitrage interprovincial ou international»¹²². Cette considération s'avère particulièrement pertinente dans notre étude comparative de l'arbitrage et du droit international privé.

En arbitrage international, il semble que les règles de droit international privé fournissent un appui considérable au choix de la loi applicable effectué par l'arbitre en vue de l'homologation de la sentence ou de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, comme en témoigne le passage de l'auteur sur la recherche des «liens les plus étroits». En effet, rappelons l'article 3112 C.c.Q. qui, «[e]n 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

¹²⁰ Parallèlement, l'article V de l'Annexe de la *Loi de mise en œuvre*, *ibid.*, prévoit que

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

b) que la reconnaissance et l'exécution de la sentence seraient contraires à l'ordre public de ce pays.

Par conséquent, dans *Industrial Bulk Carriers*, *ibid.*, où l'arbitrage est régi par les lois canadiennes, le juge Vallerand conclut qu'il «n'hésiterai[t] guère, pour [s]a part, à appliquer la disposition concernant l'ordre public du Canada si en l'espèce les arbitres avaient statué qu'il s'agissait en effet d'un pot-de-*vin* et néanmoins condamne Transport de Cargaison à rembourser le triporteur. Mais, il n'en est rien». (à la p. 6) Dans la détermination des situations qui peuvent soulever des considérations d'ordre public, les tribunaux semblent donc déférents envers la détermination de l'arbitre, puisqu'il ne peut juger sur le fond de l'affaire, mais que sur l'ordre public de situations prédéterminées par arbitrage.

¹²¹ Brierley, *supra* note 46 à la p. 269.

¹²² Tremblay, *supra* note 55 à la p. 426.

nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte». Les arbitres pourraient même s'inspirer de la présomption de l'article 3113 C.c.Q. afin de déterminer la loi qui a les liens les plus étroits avec le contrat¹²³. L'article 3081 C.c.Q. nous apparaît également comme reflété dans le C.p.c. en matière d'arbitrage, mais à la différence qu'en arbitrage, on considère l'«ordre public» et non l'«ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales» comme en droit international privé québécois, si une telle distinction s'avère pertinente.

* * *

En comparant le droit international privé québécois et les dispositions du C.c.Q. et du C.p.c. sur l'arbitrage, nous déplorons que la notion d'«ordre public» en matière d'arbitrage interne et d'arbitrage international ne soit pas davantage définie, comme elle l'est en droit international privé «tel qu'entendu dans les relations internationales».

En ne précisant pas si le standard d'ordre public en arbitrage doit être interne ou international, on ne précise pas à quel point les tribunaux sont justifiés d'envahir la compétence arbitrale en refusant d'homologuer, de reconnaître et d'exécuter des sentences arbitrales. C'est donc ouvrir la porte à l'arbitraire, à un risque de dégénérescence de la volonté législative québécoise de 1986 de favoriser la tenue de modes privés de résolution de différends sur le plan interne et sur le plan international. En France, les juges sont tenus de justifier le standard d'ordre public appliqué pour limiter l'arbitrage interne et international. Ainsi, leur choix est soumis à la critique. Il est discuté. Au Québec, on s'en remet à l'arbitraire et à l'imprécision.

Nous encourageons vivement les tribunaux québécois à ne pas se laisser influencer par les imprécisions du C.c.Q. émanant d'une rédaction qui apparaît désorganisée. Nous jugeons que l'ordre public qui doit limiter l'arbitrage international est celui qui doit être entendu comme tel dans les relations internationales, à la lumière du droit international privé québécois. Si les échanges commerciaux doivent être avantagés dans notre ère de libéralisation et de mondialisation des échanges, nous ne voyons pas pourquoi des parties étrangères devraient éprouver un malaise à s'engager dans l'arbitrage international au Québec ou avec des parties québécoises, et craindre que l'ordre public interne ne restreigne l'homologation ou la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale en leur faveur. Pour éviter ce malaise, les tribunaux devraient clamer haut et fort que c'est l'ordre public international qui doit prévaloir dans les cas d'arbitrage international. En précisant ainsi la portée de l'ordre public international en arbitrage international, les juges devront, par la suite, motiver les limites à cet arbitrage suivant ce standard «international», et ce, en toute transparence. Les parties à une convention d'arbitrage international, reliées de près ou

¹²³ Art. 3113 C.c.Q. : «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».

de loin au Québec, seraient alors sûrement rassurées. Le for québécois ne s'en porterait que mieux sur le plan de l'arbitrage international.