

COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET COMPÉTENCE ARBITRALE : ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE AU QUÉBEC

Alain Prujiner

Volume 12, Number 2, 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100328ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100328ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Prujiner, A. (1999). COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET COMPÉTENCE ARBITRALE : ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE AU QUÉBEC. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 12(2), 79–98. <https://doi.org/10.7202/1100328ar>

Article abstract

Since the 1958 New York Convention, the judicial regime at the arbitration level has been constantly evolving. This mode of alternative dispute resolution required the adoption of new laws by all Canadian provinces and territories as well as by the federal parliament. This article presents the positive attitude adopted by courts and individuals towards arbitration. Increased use of arbitration methods was not done without difficulty especially with respect to jurisdiction matters concerning judges and arbitrators. The author analyses five different decisions illustrating concrete problems that the judicial world still faces. Finally the author brings a critical view to the actual situation and proposes some changes that would clarify the jurisdiction of both judges and arbitrators.

COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET COMPÉTENCE ARBITRALE : ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE AU QUÉBEC

*Par Alain Prujiner**

Depuis la Convention de New York en 1958, le régime juridique de l'arbitrage a constamment évolué. Ce mode de résolution des litiges a nécessité l'adoption de législations dans l'ensemble des provinces et des territoires du Canada, en plus du Parlement fédéral. Cet article présente l'attitude favorable des tribunaux et des particuliers envers l'arbitrage. L'utilisation accrue de l'arbitrage ne s'est toutefois pas faite sans heurts particulièrement en ce qui a trait à la détermination de la compétence des juges et des arbitres. L'auteur analyse cinq jugements qui illustrent bien les problèmes concrets auxquels le monde judiciaire doit encore faire face. Finalement, l'auteur porte un regard critique sur la situation actuelle tout en proposant des modifications qui permettraient de clarifier les compétences judiciaires et arbitrales.

Since the 1958 New York Convention, the judicial regime at the arbitration level has been constantly evolving. This mode of alternative dispute resolution required the adoption of new laws by all Canadian provinces and territories as well as by the federal parliament. This article presents the positive attitude adopted by courts and individuals towards arbitration. Increased use of arbitration methods was not done without difficulty especially with respect to jurisdiction matters concerning judges and arbitrators. The author analyses five different decisions illustrating concrete problems that the judicial world still faces. Finally the author brings a critical view to the actual situation and proposes some changes that would clarify the jurisdiction of both judges and arbitrators.

* Professeur à l'Université Laval, Conseiller juridique, *JoliCoeur Lacasse*.

Il est désormais admis que l'arbitrage est devenu le mode de résolution de litige le plus habituel dans les relations commerciales internationales. Le Canada et le Québec se sont joints au mouvement assez tardivement, en 1986 précisément, lorsqu'ils ont adhéré à la *Convention de New York de 1958*¹, l'épine dorsale du régime juridique de l'arbitrage international.

Au même moment, les autorités canadiennes et québécoises ont décidé de moderniser leur droit de l'arbitrage international en s'inspirant de la loi modèle que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international venait d'adopter².

Cette opération a exigé l'adoption de législations dans toutes les provinces et tous les Territoires du Canada, en plus du Parlement fédéral. Au Québec, cette initiative a pris la forme d'une modification du *Code civil* et du *Code de procédure civile*, le législateur s'inspirant du modèle international pour modifier en même temps le régime juridique de l'arbitrage interne. C'est ce qui permet de traiter en même temps d'arbitrage interne et d'arbitrage international en droit québécois, leur régime juridique étant globalement identique³.

On peut considérer que cette nouvelle orientation en faveur de l'arbitrage a été bien accueillie dans l'ensemble, tant par les usagers qui ont inséré plus facilement des clauses compromissoires dans leurs contrats, que par les tribunaux qui ont adopté une jurisprudence fondée sur un principe favorable au respect des clauses d'arbitrage. Comme le dit la Cour d'appel dans *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée*⁴ : «une interprétation large et libérale s'impose en la matière»⁵.

Cette attitude nouvelle des tribunaux à l'égard de l'arbitrage répond aux vœux unanimes de la doctrine et elle a permis un accroissement réel du recours à l'arbitrage, surtout dans le domaine commercial, tant interne qu'international.

Ce développement, positif à bien des égards, provoque aussi des difficultés nouvelles et des problèmes d'ajustement entre les compétences judiciaires et arbitrales. En effet, il arrive de plus en plus que les parties s'affrontent sur leurs options de modalités de règlement des litiges, l'une privilégiant l'arbitrage tandis que l'autre voulant recourir aux tribunaux. En présence d'une clause d'arbitrage, la réponse semble évidente, mais les conditions de sa mise en œuvre amènent à des situations délicates.

¹ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 3, (entrée en vigueur au Canada : 12 mai 1986), en ligne : <<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>>.

² *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. NU A/CN.9/264 F/87.V.4. (1985), en ligne : <<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>>.

³ Pour l'arbitrage international, voir art. 940.6 C.p.c.

⁴ [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), [1991] R.D.I. 8 (C.A.) [ci-après *Condominium St-Sauveur*].

⁵ *Ibid.* à la p. 2785, référant aux vœux de la doctrine, en l'espèce de John I.E. Brierley, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne» [1987] C.P. du N. 507.

Il m'a semblé intéressant de retenir cinq cas jurisprudentiels récents qui illustrent bien les difficultés concrètes que doivent affronter juges et arbitres pour déterminer leurs champs d'action réciproques. L'analyse de ces cas devrait permettre de dégager les éléments qui pourraient guider les jurisprudences à venir, ou même justifier certaines clarifications législatives. Je vais présenter ces dossiers par ordre chronologique.

I. *Guns N' Roses*⁶

Cette affaire découle d'une soirée au Stade Olympique qui a défrayé les annales. Le 8 août 1992, lors d'un spectacle rock du groupe Guns n' Roses, le chanteur Axl Rose mit fin abruptement à la prestation du groupe, suscitant la frustration des 54, 000 spectateurs, ce qui provoqua une émeute.

Une spectatrice, Maryse Clavel, décida d'exercer un recours collectif contre l'organisateur du spectacle, Donald K. Donald, et contre la Régie des installations olympiques pour obtenir le remboursement de son ticket, et de celui des 54,000 autres spectateurs. Donald K. Donald décida alors d'appeler en garantie Guns n' Roses, considérant que le groupe était le seul responsable des événements de cette soirée.

C'est alors que Guns n' Roses opposa à cet appel en garantie la clause compromissoire incluse dans le contrat les liant à Donald K. Donald qui se lit comme suit :

Any claim or dispute arising out of or related to this agreement or the breach thereof shall be settled by arbitration in accordance with the rules and regulations then obtaining of the American Arbitration Association governing three-member panels. The parties hereto agree to be bound by the award of such arbitration and judgment upon the award rendered by the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction thereof.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont rejeté l'objection de Guns n' Roses à la compétence judiciaire.

Le jugement de la Cour supérieure⁷ avait adopté une approche trop influencée par l'ancienne jurisprudence qui considérait que les clauses d'arbitrage devaient être considérées restrictivement⁸. La Cour d'appel a heureusement réagi pour réaffirmer son changement d'orientation, rappelant sa position dans *Condominium Mont St-Sauveur* :

⁶ *Guns N' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.) [ci-après *Guns N' Roses*].

⁷ *Ibid.* (15 décembre 1993), Montréal 500-06-000010-922, (C.S.).

⁸ Voir la citation faite à partir du jugement *Ouellet c. Forage moderne à diamant Inc.* (12 février 1986), Abitibi 615-05-000032-841, J.E. 86-431 (C.S.) dans laquelle il est affirmé que « la clause compromissoire constitue ici une dérogation au droit qu'ont les parties de recourir aux tribunaux de droit commun pour régler leurs différends et qu'en conséquence une telle clause doit être interprétée restrictivement »; voir aussi *Guilbert c. Vacances Sans Frontières*, C. S. Montréal.

Arbitration clauses of this kind should therefore be approached positively and purposefully, and they should be interpreted so as to give them the effect the legislature and the parties intended⁹.

Reste cependant le problème de l'opposabilité d'une clause d'arbitrage à un appel en garantie lié à une poursuite intentée par une tierce partie.

La Cour d'appel refusa de prendre une position de principe sur la question de la présence d'un tiers dans les procédures par rapport au respect de la clause d'arbitrage. Comme le dit le juge Rothman :

I do not believe that the presence of a third party in the dispute, or even the fact that a third party has initiated proceedings, should, in itself, render the arbitration clause inapplicable and deprive the parties of a forum for the settlement of their disputes which they have chosen in their contract¹⁰.

Il reste que l'article 71 du *Code de procédure civile* a pour objectif de donner compétence à un tribunal qui ne serait autrement pas compétent pour entendre le litige, et que cette attribution collatérale de compétence a été étendue au plan international par la Cour suprême lors de son jugement dans *A.S.G. Industries Inc. c. Corp. Superseal*¹¹. Ici, la Cour d'appel ne considère pas que l'article 71 est nécessairement inopposable à une convention d'arbitrage, mais elle refuse aussi d'établir qu'il permet d'écarter systématiquement l'effet de cette clause.

I do not wish to suggest that the mere initiation of a suit by a third party will permit a party to an arbitration clause to defeat the purpose and intention of the clause by exercising warranty proceedings. There will doubtless be cases where the parties should be referred to arbitration, notwithstanding the existence of a suit by a third party. Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case¹².

Or, ce sont les circonstances du litige qui justifient, dans ce cas, l'application de l'article 71, malgré la clause d'arbitrage, car toute la cause d'action est entièrement fondée sur la conduite d'Axl Rose. Le respect de la clause d'arbitrage priverait alors Donald K. Donald de son droit de voir ce litige réglé en un seul jugement, alors qu'il serait «manifestly unfair» de le laisser seul faire face aux conséquences des agissements du groupe Guns n' Roses.

La Cour d'appel est donc parvenue au même résultat que la Cour supérieure dans ce dossier, mais à l'aide d'un raisonnement plus complexe et moins menaçant pour l'efficacité des conventions d'arbitrage. L'article 71 du *Code de procédure civile* peut permettre d'écarter l'incompétence de principe du tribunal face à une clause d'arbitrage, mais seulement lorsque les circonstances le justifient. Il restera à préciser quelles sont les circonstances qui permettent de maintenir l'efficacité de la clause d'arbitrage contre un appel en garantie.

⁹ *Supra* note 6 aux pp. 1185-1186, juge Rothman.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 1186.

¹¹ [1983] 1 R.C.S. 781.

¹² *Supra* note 6 à la p. 1187.

II. *Décarel*¹³

Dans ce dossier, c'est aussi la présence de tierces parties dans les procédures qui cause des difficultés. Le litige est lié à l'exécution de certains travaux au Casino de Montréal. Concordia et Décarel, deux sociétés, ont passé un contrat de coentreprise pour ces travaux. Puis, comme le dit la Cour d'appel, «les choses tournent au vinaigre»¹⁴ et Concordia décide d'intenter des poursuites judiciaires contre Décarel et ses deux dirigeants (et principaux actionnaires), messieurs Chiniara et Salico. Concordia se ravise ensuite et demande le renvoi du litige en arbitrage sur la base d'une clause compromissoire insérée dans le contrat entre les deux entreprises. Ce faisant, elle demande aussi le renvoi à l'arbitrage des poursuites intentées contre les deux personnes physiques, même si celles-ci n'ont pas de convention d'arbitrage avec Concordia.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont ordonné le renvoi du dossier complet devant l'arbitre, mais avec une dissidence en Cour d'appel.

Une question fait l'unanimité : le renvoi en arbitrage du litige entre Concordia et Décarel. Le changement d'orientation de Concordia s'est fait assez rapidement pour que les questions de renonciation à l'arbitrage n'aient pas été soulevées dans ce dossier. Ce qui est plus difficile, c'est de soumettre à l'arbitrage messieurs Chiniara et Salico, qui ne sont pas liés expressément par la convention d'arbitrage, puisqu'ils y sont tiers.

La position majoritaire, exprimée par le juge Vallerand, se fonde d'abord sur un rappel de la nouvelle orientation résolument libérale de la Cour d'appel et de l'appréciation des circonstances de chaque cas adopté dans *Guns n' Roses*.

Or les deux personnes en question sont les deux administrateurs de Décarel et tout le litige repose sur leur comportement :

Écarter l'application de la clause compromissoire en pareilles circonstances au motif qu'elle ne concerne que les personnes morales serait, du moins à mon avis, un non-sens fondé sur une technicité aveugle et sciemment ignorante des circonstances particulières de l'affaire et cela, quoiqu'il en soit du voile corporatif en d'autres contextes¹⁵.

Conclusion : tous les intéressés doivent se retrouver devant l'arbitre, «en application de la clause compromissoire à laquelle ont présidé ceux qui cherchent aujourd'hui à s'y soustraire»¹⁶.

Le juge Chamberland n'accepte pas ce raisonnement. Pour lui, «les principes que cette Cour applique en matière de renvoi à l'arbitrage ne vont pas, à mon avis, jusqu'à permettre que nous ordonnions à un individu de se soumettre personnellement

¹³ *Décarel Inc. c. Concordia Project Management Ltd.*, [1996] R.D.J. 484 (C.A.) [ci-après *Décarel*].

¹⁴ *Ibid.* à la p. 485.

¹⁵ *Ibid.* à la p. 487.

¹⁶ *Ibid.*

à une juridiction d'arbitrage qui prend naissance dans un contrat, et une clause compromissoire, auxquels il n'est pas personnellement lié»¹⁷. Même si le litige entre Concordia et Décarel est fondé sur les agissements de ces deux personnes, il n'en demeure pas moins qu'elles n'ont accepté de se soumettre à l'arbitrage que dans le cadre du contrat passé entre les deux sociétés. Jamais elles n'ont passé de convention d'arbitrage pour une action portant sur leurs fautes personnelles. Elles ont donc droit à ce qu'un litige portant sur cette question soit tranché par la Cour supérieure.

Un élément important qui motive la position du juge Vallerand est le souci d'éviter une possibilité de décisions contradictoires entre arbitres et juges dans ce dossier. Pour le juge Chamberland, c'est là un risque nécessairement assumé par ceux qui signent des conventions d'arbitrage.

Ce dossier traite donc bien de l'impact de la présence de tiers dans un litige relié à une clause arbitrale. La solution apportée est cependant originale et plutôt surprenante. Il est vrai que l'approche choisie dans *Guns n' Roses* privilégie une appréciation concrète de la situation pour décider du maintien ou non de l'opposabilité de la clause d'arbitrage à la compétence du tribunal. Dans le dossier *Décarel*, où il y a des codéfendeurs, et non une action en garantie, il est certain que cette seule présence n'aurait pu justifier que l'on écarte la compétence de l'arbitre entre Concordia et Décarel. Mais de là à étendre la compétence de l'arbitre à des parties ou des responsabilités non couvertes par la clause d'arbitrage, il y a une marge, que la majorité semble avoir franchie un peu rapidement. Que se passerait-il si l'arbitre devait ensuite se déclarer incompétent à l'égard des litiges portant sur les deux personnes physiques? Or, cela me semble être un risque réel dans les circonstances et les tribunaux ne peuvent pas obliger un arbitre à exercer une compétence qu'il n'a pas.

III. *Dominion Bridge*¹⁸

La société Dominion Bridge a congédié monsieur Knai et a ensuite intenté contre lui une poursuite devant la Cour supérieure de Montréal pour obtenir le remboursement de certaines sommes qu'elle lui avait versées. L'épouse du défendeur est aussi poursuivie.

Le défendeur a alors produit une défense et une demande reconventionnelle réclamant des dommages-intérêts. Il s'ensuit plusieurs requêtes, dont une de la partie demanderesse de renvoyer le litige à l'arbitrage, en application d'une clause d'arbitrage insérée dans le contrat d'emploi de monsieur Knai qui se lit ainsi :

All controversies which may arise between the parties hereto including, but not limited to, those arising out of or related to this Agreement shall be determined by binding arbitration applying the laws of the State of Delaware as set forth in section 6.3 hereof. Any arbitration pursuant to this

¹⁷ *Ibid.* à la p. 488.

¹⁸ *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1997] R.J.Q. 1637 (C.S.), conf. par [1998] R.J.Q. 321 (C.A.) [ci-après *Dominion Bridge*].

Agreement shall be conducted in New York, New York before the American Arbitration Association in accordance with its arbitration rules. The arbitration shall be final and binding upon all the parties (so long as the award was not procured by corruption, fraud or undue means) and the arbitrator's award shall not be required to include factual findings or legal reasoning. Nothing in this Section 6.9 will prevent either party from resorting to judicial proceedings if interim injunctive relief under the laws of the State of Delaware from court is necessary to prevent serious and irreparable injury to one of the parties¹⁹.

Remarquons, en passant, que cette clause offre un bel exemple de ces conventions d'arbitrage qui dispensent l'arbitre de motivation, une pratique plus répandue aux États-Unis qu'au Québec, même si notre *Code* la permet aussi.

La difficulté sur laquelle la Cour doit trancher vient d'ailleurs. Elle vient des circonstances qui amènent une partie qui a initié la procédure judiciaire à soudain vouloir la désertir alors que les procédures sont déjà assez avancées. Le texte du *Code de procédure*, à l'article 940.1, semble le permettre jusqu'à l'inscription de la cause²⁰.

En première instance, le juge Denis Lévesque résiste à cette application du texte. Pour cela, il invoque surtout le dernier paragraphe de l'article 3148 du nouveau *Code civil*²¹.

Quelque libérale que soit l'interprétation que l'on puisse donner à l'article 940.1 C.P., je ne crois pas qu'elle permette aujourd'hui en droit international privé à un demandeur qui a opté de soumettre son droit 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 ici²².

Selon lui, le fait que l'article 3148 du *Code civil* ne réfère qu'au défendeur, et non aux «parties» comme l'article 940.1 C.P., «ne peut permettre au demandeur d'opter pour l'arbitrage même si la cause n'est pas inscrite si le [défendeur] a reconnu la compétence comme c'est le cas ici»²³. Et il ajoute :

Autrement, il existerait un conflit entre l'article 3148 C.C.Q. et l'article 940.1 C.P. Dans une telle éventualité, l'article du *Code de procédure* doit céder le pas devant les dispositions du *Code civil* en matière de droit international privé²⁴.

¹⁹ *Ibid.* à la p. 1638.

²⁰ «Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention» [nos italiques].

²¹ «Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises» [nos italiques].

²² *Supra* note 18 à la p. 1640.

²³ *Ibid.* Une malheureuse inversion fait que le texte du jugement fait référence ici au demandeur à la place du défendeur.

²⁴ *Ibid.*

En appel, cette prise de position va provoquer un débat entre les juges. La majorité va appuyer l'analyse du juge Denis Lévesque, le juge Rothman statuant que :

In my opinion, once the plaintiff had submitted to the jurisdiction of the Superior Court by taking the action and the defendant had submitted to its jurisdiction by pleading to the action, jurisdiction was established in the Court (art. 3148 par. 5 C.C.Q.) and the plaintiff was no longer free to change his mind²⁵.

Le juge Brossard partage son opinion en l'espèce, mais il exprime une réserve:

La situation pourrait être différente si, par exemple, l'action intentée par la partie demanderesse se situait complètement en dehors de la relation employeur-employé et que cette relation ainsi que les termes du contrat d'emploi n'étaient introduits dans l'instance en cours que par le plaidoyer²⁶.

Autrement dit, si la partie du litige couverte par la clause d'arbitrage n'est pas présente au début des procédures, mais apparaît seulement ensuite, peut-être même après la soumission du défendeur à la compétence judiciaire, le demandeur pourrait toujours demander le respect de la clause jusqu'à l'inscription de la cause, parce qu'il n'y aurait alors pas eu vraiment renonciation.

Le juge Beauregard se distingue de ses collègues en considérant qu'il n'y a pas de conflit entre les textes des articles des deux codes. Selon lui :

L'article 3148 tient pour acquis que le demandeur ne désire pas aller à l'arbitrage et c'est pour cela qu'il ne traite que du droit du défendeur à cet égard²⁷.

Il préfère donc s'en tenir à ce qui lui paraît être l'intention du législateur lorsque l'article 940.1 du *Code de procédure* fut adopté :

Le législateur aurait pu décider qu'en intentant son action devant le tribunal judiciaire le demandeur renonçait à l'arbitrage. Il aurait pu également décider qu'en produisant une défense au fond le défendeur faisait de même. Mais, de fait, il a décidé que, quelles que soient les procédures incidentes qu'auraient pu faire les parties, quels que soient les appels interlocutoires interjetés par l'une ou l'autre, les deux parties pouvaient demander le renvoi de la cause à l'arbitre aussi longtemps que la cause n'était pas inscrite²⁸.

Cette question entraîne donc trois prises de positions différentes à la Cour d'appel. Il y a, heureusement, moins de divergences sur le second motif de rejet de la requête de *Dominion Bridge*, fondé sur l'inopposabilité de la clause d'arbitrage à un travailleur, prévue à l'article 3149 du *Code civil*. Cet article établit la compétence des tribunaux québécois sur toute action fondée sur un contrat de travail lorsque «le

²⁵ *Supra* note 18 à la p. 326.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.* à la p. 323.

²⁸ *Ibid.* à la p. 324.

travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec», en précisant que la renonciation du travailleur à cette compétence «ne peut lui être opposée». Sur ce point, les juges sont unanimes à considérer que la clause d'arbitrage insérée dans le contrat était donc, en l'espèce, inopposable au défendeur.

Nous reviendrons sur la source des divergences, la difficile juxtaposition des articles 940.1 du *Code de procédure* et 3148 *in fine* du *Code civil*. En ce qui touche l'article 3149, tout en approuvant la décision de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sur ce chef, on peut noter que les juges semblent ajouter une condition supplémentaire, celle que le siège de l'arbitrage doit se situer à l'étranger pour que cet article puisse être appliqué²⁹. Cela ne semble pourtant pas indispensable au regard du texte. Ce chapitre du *Code* concerne la compétence internationale «des autorités du Québec», autrement dit des tribunaux québécois. Bien entendu, elle est en relation avec celle des autres tribunaux, qui eux, se trouvent nécessairement à l'étranger, mais le caractère international de l'arbitrage n'est pas obligatoirement relié à la localisation du siège. Rappelons que l'article 940.6 du *Code de procédure* traite des arbitrages «mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international». Dans ces conditions, il ne semble pas indispensable que l'applicabilité de l'article 3149 dépende de la localisation du siège de l'arbitrage hors du Québec. La rédaction de la clause d'arbitrage du dossier suivant donne d'ailleurs un bel exemple de clause avec une localisation autre que celle du siège de l'arbitrage, et n'oublions pas que de nombreuses clauses ne fixent aucune localisation, surtout en arbitrage institutionnel.

IV. *Lac d'amiante*

Le litige entre les sociétés Lac d'amiante du Canada (LAC), une société québécoise et Lac d'amiante du Québec (LAQ), une société américaine incorporée au Delaware et filiale d'Asarco, est une affaire complexe naissant d'un ensemble de contrats passés de 1989 à 1991 entre ces deux compagnies et plusieurs autres coentreprises ou holdings reliés à l'exploitation de la mine de Black Lake, dont une convention d'achat d'actions du 27 juillet 1989. Celle-ci comporte une clause d'arbitrage sous les auspices de la Chambre de commerce internationale et cet arbitrage doit avoir lieu à New York si la procédure est intentée par LAC et à Montréal si elle l'est par LAQ.

L'origine du litige se trouve dans les conditions du retrait d'un partenaire, Camchib, en 1991. Les conditions de ce retrait vont entraîner un conflit entre LAQ d'une part et LAC et une compagnie à numéro du Québec d'autre part, cette compagnie se substituant à Camchib et étant contrôlée par le propriétaire de LAC.

Ce conflit mène à une action en justice, intentée par LAQ contre LAC et la compagnie à numéro en 1992, devant la Cour supérieure de Montréal. Après diverses

²⁹ *Ibid.* à la p. 325, le juge Beaugard précise, «J'accepte [...] la proposition de l'intimé suivant laquelle le fait que l'arbitrage doit avoir lieu à New York constitue un élément d'extranéité qui provoque l'application de l'article 3149».

procédures, cette action est inscrite pour enquête et audition le 18 juillet 1996. Le montant du litige est d'environ 12 millions de dollars.

Le 5 décembre 1996, LAC intente à son tour une action contre LAQ, fondée sur des motifs différents de ceux qui sont en cause dans le dossier de la Cour supérieure, devant un tribunal d'arbitrage CCI en application de la clause du contrat de 1989. Cette poursuite porte sur 3,4 millions de dollars.

Presque en même temps, le 13 décembre 1996, LAQ intente une action qui est la suite de celle intentée en 1992, une réclamation additionnelle de 32 millions de dollars contre les mêmes parties défenderesses, LAC et la compagnie à numéro, toujours devant la Cour supérieure de Montréal.

C'est alors que, le 21 février 1997, LAQ se porte demanderesse reconventionnelle en arbitrage pour 44 millions de dollars, soit l'ensemble des réclamations présentées en Cour supérieure. LAQ admet que c'est la même action que celles en cours à Montréal, et elle demande simultanément à la Cour supérieure (le 26 février) de suspendre ses procédures jusqu'au jugement des arbitres dans ce dossier, invoquant en particulier la litispendance.

La Cour supérieure rejette cette requête le 30 avril 1997³⁰ puisqu'il ne peut y avoir de litispendance lorsque les conditions de l'article 3137 C.c.Q. ne sont pas remplies, en particulier du fait que la compagnie à numéro n'est pas partie à l'arbitrage, ce qui fait qu'il n'y a pas identité des parties. La juge Diane Marcellin refuse aussi l'interprétation étrangement extensive proposée de cet article pour l'appliquer à toute action présentée à l'étranger, même si elle est postérieure à celle du tribunal québécois. Elle note avec raison que le résultat serait d'encourager indûment le *forum shopping*. Elle établit aussi que le texte de l'article 3155. 4° C.c.Q. explicite bien la règle d'antériorité qu'il faut respecter. La Cour d'appel refuse la permission d'appel de ce jugement le 3 juillet 1997.

La décision de la Cour supérieure paraît bien fondée. En effet, le recours à la litispendance pour faire suspendre une action déjà inscrite parce qu'elle vient d'être déposée devant des arbitres est, pour le moins, paradoxale. C'est aussi une incongruité : si les arbitres sont compétents, le tribunal ne peut pas l'être, peu importe le moment de sa saisine. Par contre, si le tribunal est compétent, les arbitres ne peuvent pas l'être en même temps. La question de la litispendance ne peut se présenter qu'entre deux autorités qui peuvent être toutes deux compétentes simultanément, ce qui est exclu en matière d'arbitrage. C'est pourquoi l'article 3137 C.c.Q. traite «d'autorité étrangère», ce que ne sont pas les arbitres. C'est une expression identique qui est utilisée dans l'article 3135 C.c.Q., autorité «d'un autre État», qui exclut la possibilité d'un raisonnement fondé sur le *forum non conveniens* avec des arbitres pour les mêmes raisons qu'en matière de litispendance. Pour recourir à l'article 3135, il faut que le tribunal soit d'abord compétent, et qu'il existe un autre tribunal simultanément compétent. Cette simultanéité de compétence est impossible en arbitrage.

³⁰ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, (30 avril 1997), Montréal 500-05-027806-965, J.E. 97-1167 (C.S.).

Pendant ce temps, LAC conteste l'arbitrabilité de la demande reconventionnelle devant le tribunal d'arbitrage, invoquant d'une part le texte de la convention d'arbitrage et d'autre part la renonciation découlant des procédures en cours.

Le Tribunal d'arbitrage rend une sentence en décembre 1997. La majorité des arbitres considèrent que la clause est ambiguë, mais que cette ambiguïté peut leur donner compétence tandis que l'arbitre dissident considère que la clause est très claire et ne couvre pas l'objet de la demande reconventionnelle. L'aspect du dossier lié à la renonciation est traité de manière beaucoup plus rapide dans la sentence et les arbitres semblent considérer qu'ils peuvent être saisis tant que le tribunal judiciaire ne s'est pas prononcé sur le fond du litige.

La réaction de LAC, qui doit alors faire face simultanément à deux poursuites identiques, est de réclamer une injonction à la Cour supérieure, interdisant à LAQ de maintenir sa demande reconventionnelle en arbitrage (le 22 janvier 1998) tout en demandant aux arbitres de surseoir jusqu'à ce que la décision sur la demande d'injonction soit rendue (le 2 février 1998). Les arbitres refusent, ce qui amène la Cour supérieure à émettre une injonction provisoire le 20 février 1998. La Cour d'appel refuse d'accorder une permission d'appel contre l'ordonnance provisoire le 9 mars 1998.

Entre temps, LAQ présente une requête de renvoi à l'arbitrage de sa deuxième action fondée sur l'article 940.1 C.P. La Cour supérieure refuse en constatant que cette action n'est que la suite du premier dossier qui est déjà inscrit. Il serait donc contraire aux intérêts de la justice de renvoyer cette partie du litige aux arbitres, alors que la première partie ne peut plus leur être soumise. Le juge Guibault s'appuie alors sur la décision rendue dans *Dominion Bridge* pour considérer qu'il y a des circonstances pouvant justifier un refus de référer à l'arbitrage nonobstant une clause à cet effet, même si la cause n'est pas inscrite, pour certains dossiers qui ont fait l'objet d'un long débat devant un tribunal³¹.

L'ordonnance provisoire sera renouvelée jusqu'en juillet 1999, lorsque la Cour supérieure accordera l'injonction demandée contre la demande reconventionnelle, tout en permettant la poursuite de l'arbitrage sur la demande initiale³². Ce jugement sera confirmé en Cour d'appel par un jugement accueillant une requête de rejet d'appel le 6 décembre 1999³³.

L'injonction émise par le juge Pierre Dalphond est fondée à la fois sur la présence d'un codéfendeur, sur le fait que les arbitres «ont conclu erronément à la majorité qu'ils avaient juridiction pour entendre la demande reconventionnelle»³⁴ et surtout que :

³¹ *Ibid.* (16 mars 1998), Montréal 500-05-027806-965, J.E. 98-898 (C.S.).

³² *Lac d'amiante du Canada Ltée c. Lac d'amiante du Québec Ltée*, (9 juillet 1999) Montréal 500-09-008465-999, J.E. 99-1577 (C.S.).

³³ *Lac d'amiante du Québec Ltée c. Lac d'amiante du Canada Ltée*, (6 décembre 1999) Montréal 500-05-008465-999, J.E. 2000-30 (C.A.), juge Lebel, juge Beaudoin et juge Philippon (ad hoc).

³⁴ *Supra* note 32 à la p. 9.

[...] par les différents gestes posés devant la Cour supérieure depuis 1992, LAQ et LAC ont définitivement renoncé à l'application de la clause d'arbitrage en ce qui a trait aux réclamations de LAQ en vertu de contrat de coparticipation, si applicable, et que, suite à une telle renonciation mutuelle, LAQ ne peut plus changer d'idée et demander l'arbitrage quant à ces réclamations³⁵.

La Cour d'appel appuie sa décision sur le fait qu'intenter une nouvelle action en arbitrage dans le même litige est incompatible avec «l'introduction, la continuation et le maintien d'actions portant sur les mêmes objets» et constitue «un abus de procédure, dont l'acceptation favoriserait une forme de *forum shopping* et la multiplication inutile des recours»³⁶.

Voilà une affaire qui offre un exemple particulièrement instructif des difficultés qui peuvent surgir lorsque des parties essayent d'utiliser simultanément des procédures judiciaires et des procédures arbitrales dans le même dossier. Deux éléments y jouent un rôle : la présence d'une tierce partie et surtout la question de la renonciation au bénéfice de la clause d'arbitrage.

La présence d'un codéfendeur dans l'action judiciaire a peu d'influence dans ce dossier. C'est l'un des motifs considérés dans la question de litispendance, mais avec un impact plutôt marginal. Sinon, cette présence n'a pas d'effet important sur la compétence arbitrale ; même s'il est évoqué par le juge Dalphond en Cour supérieure, il n'est pas mentionné par la Cour d'appel. Voilà un exemple qui s'inscrit bien dans la jurisprudence récente où la seule intervention d'un codéfendeur ou codemandeur ne permet pas d'écarter l'effet d'une convention d'arbitrage entre les parties qui l'ont signée.

La question de la renonciation est beaucoup plus centrale. Ici, le changement d'orientation du demandeur intervient tardivement. La première action est déjà inscrite pour enquête et audition et le demandeur ne peut donc plus invoquer l'article 940.1 C.P. pour en demander le renvoi à l'arbitrage. Sa tentative d'obtenir une suspension des procédures judiciaires au nom de la litispendance pendant l'arbitrage intenté postérieurement heurte la logique et son rejet est bien justifié par la Cour supérieure.

Le recours à l'article 940.1 C.P. pour obtenir le renvoi de la seconde action pose un problème plus délicat car cette action n'est effectivement pas inscrite et elle devrait donc pouvoir être référée aux arbitres. Il n'y a cependant pas de contestation sur le fait que cette seconde action n'est que la suite de la première, pour couvrir les montants accumulés pendant la période de la première procédure. De ce point de vue, on pourrait considérer que la renonciation à l'arbitrage de ce litige³⁷, faite dans la première action, vaut pour l'ensemble du litige et n'est pas restreinte par certains aspects techniques des procédures en cause. Cela me semble un argument qui rejoint

³⁵ *Ibid.* à la p. 7.

³⁶ *Supra* note 33 à la p. 5.

³⁷ S'il est effectivement couvert par la clause en question, ce qui n'est pas évident dans ce dossier, mais c'est là une autre question.

celui de l'intérêt de la justice retenu par les juges de la Cour supérieure dans les décisions du 11 décembre 1998 et du 9 juillet 1999.

Ce qui reste difficile, c'est la détermination des modalités de la renonciation implicite à l'arbitrage : quand est-elle effective ? Quelle est sa portée ?

La réponse des tribunaux québécois semble prendre forme, du moins dans le domaine international. Lorsqu'une partie a choisi de leur soumettre un litige et que l'autre partie a accepté le choix fait, la première partie ne peut plus changer de forum à sa guise et obliger l'autre partie à recommencer toutes les procédures devant des arbitres. Le texte de l'article 940.1 C.P. entraîne des difficultés à cet égard, mais les tribunaux semblent prêts à l'écarter.

Il est plus surprenant de voir les arbitres accepter aussi facilement leur saisine d'un litige déjà rendu à un stade avancé de procédures judiciaires. Il faut dire cependant que la jurisprudence internationale sur la caducité des conventions arbitrales n'est ni très développée ni très claire. Quand est-ce que le comportement d'une partie implique une renonciation définitive au bénéfice d'une clause d'arbitrage ? La réponse à cette question en droit comparé n'est pas évidente. C'est cependant un point que les arbitres doivent prendre sérieusement en compte pour assurer l'exécutabilité de leur sentence. Dans ce dossier, si les arbitres avaient continué comme ils l'avaient décidé, leur sentence n'aurait manifestement eu aucune chance de pouvoir être acceptée par les tribunaux québécois, donc d'être exécutée au Québec, principale localisation du dossier. C'est d'ailleurs l'une des raisons invoquées lors de l'émission de l'injonction tant par la Cour supérieure³⁸ que par la Cour d'appel³⁹.

Le problème ne se présentera pas du fait de l'intervention d'une nouvelle arme judiciaire dans les relations entre juges et arbitres : l'*antisuit injunction*, jusqu'ici utilisée dans les conflits entre juridictions étatiques seulement.

Cette injonction particulière ne vise pas directement les arbitres, pas plus que les juges des tribunaux étrangers. Ni les uns, ni les autres ne sont habituellement soumis directement à l'autorité de tribunal qui émet l'injonction. Celle-ci est donc centrée sur l'une ou l'autre des parties, lui interdisant de poursuivre la procédure judiciaire ou arbitrale menée ailleurs, sous peine de condamnation pour outrage au tribunal. C'est là une mesure dissuasive efficace lorsque la partie en question peut effectivement être sujette à une procédure d'outrage sur le territoire du tribunal.

³⁸ *Supra* note 32 à la p. 9 : «[...] considérant que les arbitres ne pouvant adjuger sur le fond de la demande reconventionnelle de L.A.Q., leur décision finale quant à celle-ci ne pourra être exécutable au Québec».

³⁹ *Supra* note 33 à la p. 5 : «En déposant ses actions à Montréal, en mettant l'une d'entre elles en état et en les maintenant devant la Cour supérieure, l'appelante a créé une situation juridique qui ne permettrait pas l'exemplification et la mise en exécution d'une sentence arbitrale qui serait, par hypothèse, rendue en sa faveur par le tribunal d'arbitrage à la suite de son recours arbitral. Le paragraphe 3155 (4) C.c.Q. interdirait en effet au tribunal québécois de lui donner effet».

Dans les circonstances, on peut penser que du fait que les éléments principaux du dossier sont situés au Québec, l'injonction est un moyen efficace, même si la société visée est domiciliée aux États-Unis.

Les conditions d'émission de ces injonctions ont été établies par la Cour suprême du Canada dans *Amchem Products inc. c. C.-B. (W.C.B.)*⁴⁰. Le premier critère mentionné est de laisser le temps au tribunal étranger saisi de se prononcer sur sa compétence, ce qui pourrait rendre l'injonction inutile. La sentence de décembre 1997 remplit cette condition préalable. Il faut ensuite évaluer si le tribunal saisi est le for naturel le plus approprié à l'égard du litige par rapport aux chefs de compétence du tribunal étranger. Ici, l'on se rend compte que l'usage de l'injonction en matière d'arbitrage oblige à poser la question autrement, car il ne peut être question de compétences concurrentes : si le tribunal est compétent, les arbitres ne le sont pas. Tout le processus d'évaluation des avantages et inconvénients comparés des compétences judiciaires en cause n'a plus de sens face à des arbitres. Si ceux-ci ne sont pas compétents, il n'y a aucune raison de refuser d'émettre l'injonction demandée par la partie qui veut éviter les frais et les inconvénients d'une procédure arbitrale inutile.

Un autre exemple d'injonction est donné dans le dernier dossier, mais cette fois nous verrons comment une *antisuit injunction* peut venir au secours d'un arbitrage.

V. *Opron*⁴¹

Les sociétés Opron et Aero ont décidé de s'associer pour faire une soumission à Rolls Royce pour un projet de construction à Lachine. Opron est le «contracteur en chef» et obtient le contrat de Rolls Royce. L'entente entre Opron et Aero comporte toutes les conditions (générales et supplémentaires) du contrat principal avec Rolls Royce, y compris un mécanisme de règlement des litiges qui établit un «comité de surveillance» composé de cadres supérieurs, et le recours ultime à l'arbitrage. Cette clause se lit comme suit :

Any dispute which cannot be resolved by the Disputes Committee [...] shall be referred to arbitration by one arbitrator, under the rules of arbitration in force in the province where the work is being performed. The award made shall be binding on both parties [...]⁴².

Aero contestera ensuite la validité de l'incorporation de cette clause du contrat principal par référence, mais le juge James T. Kennedy de la Cour supérieure écartera cette objection du fait que les circonstances de l'affaire permettent d'établir qu'Aero avait eu connaissance de cette clause lors de l'entente.

⁴⁰ [1993] 1 R.C.S. 897 [ci-après *Amchem*].

⁴¹ *Opron Inc. c. Aero System Engineering Inc.*, [1999] R.J.Q. 757 (C.S.), J.E. 99-623 (C.S.) [ci-après *Opron*].

⁴² *Ibid.* à la p. 785.

Un litige surgit du fait de la résiliation d'une lettre de crédit qui a amené une procédure en Angleterre contre la Banque Royale du Canada, qui fut obligée de payer Opron. C'est alors qu'Aero intente une action au Minnesota contre Opron, pour récupérer les montants versés. Opron se présente devant la Cour de l'État du Minnesota pour contester sa compétence et demander le renvoi du litige à l'arbitrage prévu par le contrat. Le tribunal américain se reconnaît quand même compétent dans cette affaire.

C'est alors qu'Opron saisit la Cour supérieure de Montréal pour lui demander d'émettre une *antisuit injunction* contre l'action en cours au Minnesota et de nommer un arbitre pour trancher le litige.

La Cour supérieure commence alors par établir sa compétence, car elle doit être le for le plus approprié pour pouvoir émettre une telle injonction. Elle considère ensuite le fondement de la compétence que s'est reconnue du tribunal du Minnesota, qui semble assez contestable puisqu'il semble être surtout question de respecter le droit d'une société du Minnesota de saisir un tribunal du Minnesota. Par contre, aucun des chefs de compétence du droit québécois ne semble pouvoir justifier la saisine du tribunal du Minnesota, dont le jugement ne pourrait être reconnu ici. Le tribunal québécois vérifie en particulier le fait qu'Opron n'a pas accepté la compétence des autorités du Minnesota dans ce dossier. En effet, une renonciation à l'arbitrage devant la Cour du Minnesota et l'acceptation, même implicite, de la compétence de cette cour par Opron aurait certainement amené le juge québécois à refuser d'intervenir dans le dossier.

De plus, l'existence d'une clause d'arbitrage valide aurait dû être prise en compte par le juge du Minnesota. Sur ce point, l'article 3165 C.c.Q. est très clair : la compétence des autorités étrangères n'est pas reconnue «lorsque le droit du Québec reconnaît une convention par laquelle la compétence exclusive a été attribuée à un arbitre». Or la convention d'arbitrage passée entre les parties est valide selon le droit québécois. Par conséquent, le jugement du Minnesota ne pourrait pas être reconnu et exécuté au Québec.

Ayant ainsi établi que le Québec est le for judiciaire le plus approprié pour voir au respect de la clause d'arbitrage et que le tribunal du Minnesota n'a pas de chef de compétence valide sur le litige, la Cour supérieure estime que les conditions fixées par la Cour suprême dans *Amchem* sont respectées et qu'elle doit émettre l'injonction demandée pour arrêter une procédure abusive. Elle réserve cependant la compétence de l'arbitre de décider de l'arbitrabilité du litige et elle met en place un processus de désignation de cet arbitre, conformément au *Code de procédure civile*.

Ce dossier offre l'exemple intéressant d'un tribunal utilisant ses pouvoirs pour empêcher une partie de contourner une convention d'arbitrage en recourant aux services d'un for judiciaire étranger un peu trop accueillant. Il faut cependant noter que dans les circonstances, la position de la Cour supérieure de Montréal comme for naturel de l'arbitrage en cause était assez claire : le droit applicable à l'arbitrage est celui du Québec, le lieu d'exécution du contrat est Montréal, de même que le siège de l'arbitrage, suivant la clause passée. On peut se demander ce qui se serait passé si le

siège et le droit applicable à la procédure arbitrale n'avaient pas été aussi bien identifiés.

Par ailleurs, l'usage de l'*antisuit injunction* peut paraître paradoxal : l'objectif initial de ce moyen est de protéger l'exercice de la compétence du tribunal saisi. Or, ici, le tribunal n'est pas, par définition, compétent pour entendre le litige, puisque ce dernier relève de l'arbitrage. Le tribunal utilise donc ses pouvoirs pour protéger une procédure arbitrale. Son seul titre à le faire peut alors venir de la relation privilégiée qu'il entretient avec cette procédure arbitrale, en fait parce qu'il en est le tribunal du siège dans ce cas.

Enfin, on retrouve la difficulté de la transposition d'un instrument conçu pour régler des conflits de compétences judiciaires concurrentes à une situation dans laquelle la compétence des arbitres implique nécessairement l'incompétence des tribunaux et vice-versa. De ce point de vue, le jugement dans *Opron* semble prendre trop de précautions dans la vérification des fondements possibles d'une compétence judiciaire au Minnesota. Même si le tribunal du Minnesota avait eu un rattachement juridictionnel acceptable en droit québécois, l'un des facteurs admis dans l'article 3168 du C.c.Q. par exemple, est-ce que l'émission de l'injonction n'aurait quand même pas été justifiée sur la seule base de l'article 3165 établissant l'incompétence radicale de tout tribunal en l'espèce ? De ce point de vue, par contre, la vérification de la non-renonciation à l'arbitrage par *Opron* au Minnesota est entièrement justifiée.

* * *

Quelles conclusions tirer de ces développements jurisprudentiels ? Surtout une exigence de clarification des frontières entre les compétences judiciaires et arbitrales pour que juges et arbitres les fixent de la même manière. Cela permettrait d'éviter des duplications procédurales coûteuses et dangereuses.

Cette clarification ne pourra cependant être totale. La matière exige une certaine flexibilité pour permettre de répondre à des circonstances extrêmement variées. Des balises bien placées pourraient quand même augmenter la prévisibilité et la sécurité juridique des méthodes de règlement des litiges. Il devient paradoxal de voir parfois les conflits sur le mode de règlement des litiges prendre le pas sur l'objet initial du litige. Il ne faut pas permettre l'épuisement procédural de la partie la plus faible, une technique qui se développe déjà trop à l'ombre du *forum non conveniens*. Les tribunaux doivent donc à la fois respecter les clauses d'arbitrage et empêcher les abus de procédure, selon l'expression de la Cour d'appel⁴³.

Pour cela, il faut noter avec satisfaction les progrès réalisés par la jurisprudence que nous venons d'analyser, même si certaines incertitudes demeurent. Elles concernent les effets de la présence de tiers dans la procédure judiciaire sur la compétence arbitrale et les conditions de la renonciation implicite au recours à

⁴³ *Supra* note 33 à la p. 5.

l'arbitrage. Nous terminerons avec une réflexion sur la nouvelle intervention des *antisuit injunctions* dans ce domaine.

A. L'intervention des tiers

Tout d'abord, en ce qui concerne la présence de tierces parties dans les procédures judiciaires, il est maintenant clair qu'elle ne suffit pas à écarter l'application d'une clause d'arbitrage. C'est là un bon principe, qui permet d'éviter des manœuvres procédurales qui n'auraient pour objectif que d'essayer d'éviter d'avoir à respecter un engagement compromissaire.

Cette présence de tiers peut quand même conduire à une mise de côté de la convention d'arbitrage lorsqu'elle est liée à d'autres facteurs qui mènent à ce résultat. La Cour d'appel privilégie manifestement une appréciation *in concreto* des conditions d'évaluation de l'opportunité du maintien ou non de la compétence arbitrale et il est donc difficile de dégager des règles précises à cet égard. Il faudra que la jurisprudence se développe pour permettre d'identifier les éléments les plus pertinents dont les juges tiendront compte. Ce qu'il faut espérer, c'est que le niveau d'exigence sera très élevé pour écarter une clause d'arbitrage et que le souci de la respecter le plus possible restera prédominant.

Sur ce point, je crois que les directives de la Cour d'appel sont rassurantes et je considère, suivant le juge Chamberland, qu'il ne faut pas que les juges craignent trop les risques de contradiction de décision. C'est un risque d'une portée assez limitée dans la plupart des cas et il découle nécessairement du choix de l'arbitrage comme moyen de règlement des litiges. Il est donc sciemment assumé par les parties à la convention d'arbitrage.

Ce qui peut toujours se produire, c'est qu'un tribunal d'arbitrage soit formé et se reconnaisse compétent sur le même litige car les motifs retenus par les tribunaux pour écarter la clause ne seront pas nécessairement opposables aux arbitres. Il y aurait alors certainement des difficultés de reconnaissance et d'exécution de la sentence et du jugement dans les divers pays concernés. Mais il est aussi possible que les arbitres considèrent alors que la clause est devenue «inopérante ou non susceptible d'être appliquée»⁴⁴. Il me semble important que les arbitres fassent leur part pour décourager les abus de procédure lorsqu'ils les constatent. C'est un devoir qui s'applique encore plus en cas de renonciation à l'arbitrage.

⁴⁴ *Supra* note 1, art. 2, al. 3.

B. La renonciation

Comment déterminer les conditions concrètes qui entraînent une présomption de renonciation au bénéfice de la convention d'arbitrage : voici la question la plus difficile qui se pose en ce moment, tant aux juges qu'aux arbitres.

La rédaction de l'article 940.1 C.P. complique, au Québec, cette question toujours délicate. La divergence entre le texte du *Code de procédure* et celui de la loi type s'explique mal, sinon par le souci de désigner un moment plus facilement identifiable dans la procédure. Mais elle ajoute alors une période pendant laquelle les motifs d'une décision de changement de mode de règlement du litige peuvent soulever une certaine inquiétude, sans compter les coûts encourus. En plus, il y a maintenant le conflit avec l'article 3148 du nouveau *Code civil*.

La question de l'encadrement juridique de la compétence internationale des tribunaux a été traitée dans ses grandes lignes par notre collègue Geneviève Saumier dans une note publiée dans la *Revue du Barreau*⁴⁵ et j'en partage les conclusions. Pour s'en tenir à l'arbitrage, je proposerais d'étendre la suggestion de modification législative à l'arbitrage interne autant qu'international et de modifier en conséquence l'article 940.1 du *Code de procédure civile*⁴⁶. Je suis par ailleurs d'accord pour qu'une règle identique soit adoptée pour les clauses d'élection de for.

Dans le cadre de la révision en cours du *Code de procédure civile*, il faudrait aboutir à un texte nouveau qui fixerait de manière beaucoup plus précise la phase procédurale qui entraîne renonciation à la possibilité d'intenter un recours en arbitrage, que ce soit pour le demandeur ou pour le défendeur.

Ce qui me paraît être la solution la plus justifiable et la plus pratique est de placer cette frontière au même moment pour les deux parties, lors de leur accord explicite ou implicite pour substituer la compétence judiciaire à l'arbitrage initialement prévu. La convention d'arbitrage est un contrat que les parties peuvent modifier en tout temps par un nouvel accord, explicite ou implicite. Elles peuvent donc en tout temps décider de s'entendre explicitement pour renoncer à l'arbitrage. En ce cas, les tribunaux ne peuvent que prendre acte du nouvel accord et exercer ensuite la compétence qu'il leur reconnaît.

La renonciation implicite présente plus de difficultés, car les parties ne sont pas nécessairement conscientes des effets de leurs actions. On peut cependant établir que les parties qui ont soumis l'étude du fond de leur différend à un tribunal ont nécessairement abandonné l'idée de le soumettre à des arbitres, que ce soit en toute conscience de cause ou pas. L'aspect volontaire de cette renonciation n'est d'ailleurs

⁴⁵ Voir G. Saumier, «Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure», (1998) 58 R. du B. 145.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 161, elle propose le libellé suivant : «L'autorité québécoise saisie d'un litige international sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage ou toute autre clause juridictionnelle ayant pour effet d'exclure la compétence des autorités québécoises, renvoie les parties devant l'arbitre ou se déclare incompétente, selon le cas, à la demande de l'une des parties, au plus tard lorsque celle-ci soumet ses premières conclusions quant au fond du litige, à moins que ladite convention ou clause ne soit caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

pas plus garanti par l'inscription, comme en témoignent les arguments présentés par LAQ dans le dossier du *Lac d'amiante*. On ne voit pas l'intérêt de retarder jusqu'à la fin de la procédure écrite l'incertitude sur la compétence judiciaire⁴⁷. Cette particularité du droit québécois devrait donc disparaître pour l'aligner sur la position de la loi type des Nations Unies, la position par ailleurs la plus répandue dans le monde : demandeur et défendeur ne peuvent plus demander un renvoi à l'arbitrage lorsque le défendeur a produit sa défense. Les présentations de la demande et de la défense constituent un nouvel accord qui rend caduque la convention d'arbitrage antérieure.

Cette justification, liée à la logique de la convention d'arbitrage elle-même, a l'avantage de ne pas introduire de distinction inutile entre les arbitrages internes et internationaux, et d'éviter les interférences superflues du dilemme entre les compétences *ratione personae* et *ratione materiae* qui sont inadaptées à la compétence internationale des tribunaux tout autant qu'à l'arbitrage.

Ce raisonnement a l'avantage supplémentaire de fournir aussi une base juridique intéressante aux arbitres lorsqu'ils sont confrontés au même problème. La compétence des arbitres ne peut pas dépendre, de leur point de vue, du simple fait qu'un tribunal se soit déclaré compétent sur le même litige. Ce serait une abdication de leur responsabilité à l'égard des parties. Par contre, ils peuvent, et je dirais même doivent, vérifier que la convention d'arbitrage invoquée est encore valide, qu'elle n'est pas caduque, pour reprendre le terme utilisé dans la *Convention de New York*. À cet égard la production de plaidoiries au fond dans une procédure judiciaire sur un litige devrait être considérée comme une renonciation opposable autant aux arbitres qu'aux juges sur le litige visé par ces plaidoiries.

C. Les *antisuit injunctions*

Reste à apprécier l'usage des *antisuit injunctions* dans les relations entre tribunaux et arbitres. Le risque d'un tel instrument est qu'il présente très clairement la disparité des moyens des juges et des arbitres en cas de conflit de compétences. Il ne semble pas souhaitable que le tribunal qui se déclare compétent ait recours trop facilement à une mesure aussi extrême pour empêcher la tenue des arbitrages. Il faut cependant relativiser l'impact concret de la mesure si elle est utilisée par un tribunal qui n'a pas de liens très forts avec le dossier car son efficacité est très limitée territorialement. Il est aussi heureux de constater que ces injonctions peuvent aussi servir à protéger un arbitrage contre des interférences judiciaires indues.

Ce qu'il faut noter, c'est que la logique initiale de ces injonctions, qui relève de la logique du *forum conveniens*, n'est pas entièrement adaptée à la situation de l'arbitrage. Il ne peut s'agir, en effet, d'apprécier le poids relatif de juridictions concurrentes car les compétences judiciaires et arbitrales sont mutuellement exclusives. La compétence de l'un exclut nécessairement la compétence de l'autre. Lorsqu'un tribunal établit sa compétence sur un litige, il doit nier celle que voudrait

⁴⁷ Voir aussi *supra* note 45 à la p. 159.

exercer un arbitre et, en cas de besoin, il sera prêt à émettre une injonction pour éviter une duplication qui constitue un abus de procédure. À l'inverse, une partie qui entend recourir à l'arbitrage et qui fait face à une intrusion judiciaire malgré une clause d'arbitrage valide devrait pouvoir obtenir une injonction contre la procédure judiciaire, quels que soient les rattachements juridictionnels en faveur du tribunal qui n'a pas respecté la convention d'arbitrage. Il faut alors identifier le tribunal le mieux placé pour émettre cette injonction.

Voici donc quelques pistes de réflexion pour faciliter une coexistence harmonieuse de l'exercice des compétences judiciaires et arbitrales. Il est acquis qu'elles doivent être vues comme plus complémentaires que concurrentes, mais cette complémentarité demande des aménagements parfois délicats.