

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC SUR L'AVANT-PROJET
DE LOI INSTITUANT LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE
(DISPOSITIONS RELATIVES À L'ARBITRAGE CONVENTIONNEL)**

Par :

Prof. Nabil N. Antaki, C.M.; Prof. Frédéric Bachand; Me Stéphanie Bachand; Me Babak Barin; L'Hon. Jean-Louis Baudouin, Ad. E.; Me Rachel Bendayan; Me Jean G. Bertrand; Me Pierre Bienvenu, Ad. E.; Me René Cadieux; Me Pierre Cimon, Ad. E.; Me Bernard Colas, LL.D.; Me Peter Cullen; Me Laurent Debrun; Me Richard Desgagnés; Me Daniel Desjardins; Me Olivier Després, M.Sc., Med.A., Arb.A.; Me Stephen Drymer; Me Patrick Ferland; Me L. Yves Fortier, C.C., O.Q., c.r., LL.D.;

Prof. Fabien Gélinas; L'Hon. Benjamin J. Greenberg, c.r., Arb. A.; Me Azim Hussain; Me Olivier F. Kott; L'Hon. Marc Lalonde, C.P., O.C., c.r.; Me Andrew de Lotbinière McDougall; Prof. Armand de Mestral; L'Hon. Pierre A. Michaud; Me. Sophie Nappert; L'Hon. Joseph R. Nuss, c.r.; L'Hon. Louise Otis; Me Éric Ouimet, FCI Arb; Me Simon V. Potter; Prof. Alain Prujiner; Me Gil Rémillard; Me Christopher Richter; Prof. Marie-Claude Rigaud; Prof. Geneviève Saumier; Me Stephen G. Schenke; Me David Stollow; Me Martin Valasek; Me James A. Woods

et appuyé par :

ADR Chambers Canada; Aéroplan Canada Inc.; Air Canada; Bombardier Inc.; Bombardier Produits Récréatifs Inc.; CCI Canada (comité national canadien auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale); le Congrès d'arbitrage canadien; Dessau Inc.; Jeunes praticiens canadiens de l'arbitrage

Décembre 2011

1.- En 1986, l'Assemblée nationale a procédé à une réforme majeure du droit de l'arbitrage conventionnel. Cette réforme – qui, contrairement à celle proposée dans l'avant-projet, a été réalisée en étroite collaboration avec les praticiens et universitaires œuvrant dans le domaine – poursuivait trois objectifs : d'abord, consacrer pleinement la légitimité de l'arbitrage conventionnel, qui avait jusque-là posé problème en droit québécois; ensuite, favoriser le développement de l'arbitrage conventionnel en mettant en place un cadre juridique moderne et adapté aux besoins des usagers de la justice arbitrale; enfin, prendre part au mouvement d'harmonisation du droit de l'arbitrage commercial international que venait de lancer la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI ») en adoptant un texte se voulant être le « reflet fidèle »¹ de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985².

2.- À en juger par l'essor qu'a connu l'arbitrage conventionnel au cours des 25 dernières années, il est clair que la réforme de 1986 a – dans l'ensemble – atteint ses objectifs. Les dispositions adoptées en 1986 et l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux judiciaires au fil des ans répondent de manière satisfaisante à la plupart des besoins des usagers de la justice arbitrale concernant la disponibilité de l'arbitrage, l'efficacité de la convention d'arbitrage, l'autonomie de l'instance arbitrale, la flexibilité de la procédure arbitrale et la finalité de la sentence arbitrale.

3.- L'adoption des dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel proposées dans l'avant-projet serait une erreur considérable. Alors que nous nous attendions à ce que le Ministère de la Justice s'en tienne à des modifications ponctuelles ne visant qu'à corriger les quelques lacunes du cadre juridique actuel, on propose une réforme très importante des dispositions pertinentes du Code de procédure civile qui, en plus de ne répondre à aucun besoin réel, risque de créer énormément d'incertitude et – partant – d'affaiblir un cadre juridique qui, dans l'ensemble, demeure satisfaisant. Qui plus est, l'avant-projet contient plusieurs dispositions proposant des modifications de fond importantes mais qui traduisent une profonde méconnaissance non seulement des principes généraux du droit de l'arbitrage conventionnel, mais aussi des besoins et attentes des usagers de la justice arbitrale. Il existe un risque réel qu'au lendemain de l'adoption des dispositions proposées dans l'avant-projet, le droit québécois de l'arbitrage perde la place qu'il occupe actuellement parmi les droits de l'arbitrage modernes et progressistes. Or, par son bijuridisme, son bilinguisme, sa position géographique favorable, sa relative neutralité géopolitique et son coût de la vie relativement bas, le Québec a le potentiel de devenir un acteur important dans le domaine de l'arbitrage international – notamment à l'égard de litiges impliquant une partie américaine et une partie européenne. Afin que ce potentiel puisse être pleinement réalisé, il est essentiel que le Québec se dote d'un cadre juridique d'une qualité irréprochable. Ainsi, la réforme envisagée va clairement à l'encontre de la stratégie de création de richesse que poursuit l'actuel gouvernement.

¹ Québec, Assemblée Nationale, *Journal des débats* (30 octobre 1986), à la p. 3674 (propos du Ministre de la Justice Herbert Marx).

² *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, disponible à http://www.cnucci.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

I. Une réécriture et une réorganisation non souhaitables des dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel

4.- L'avant-projet accorde une place très importante aux modes privés de résolution de différends. Il s'en dégage un désir très net de promouvoir davantage le recours à la médiation et à l'arbitrage. Il s'agit d'un objectif que nous partageons. Nous sommes cependant fortement en désaccord avec la prémisse qui sous-tend les dispositions de l'avant-projet relatives à l'arbitrage conventionnel, soit que la promotion de l'arbitrage passe notamment par une réécriture et une réorganisation des dispositions pertinentes du Code.

5.- La réforme de 1986 – qui, comme nous le soulignons en introduction, a été réalisée en étroite collaboration avec les praticiens et universitaires œuvrant dans le domaine – a conduit à l'adoption d'un texte moderne, assez proche de celui de la Loi type de la CNUDCI, et dans l'ensemble relativement satisfaisant. De plus, au fil des ans, la jurisprudence a permis de préciser les textes législatifs afin de raffiner le cadre juridique relatif à l'arbitrage conventionnel et d'en accroître la prévisibilité. Bien que les soussignés soient d'avis que ce cadre juridique comporte certaines lacunes, aucun d'entre nous n'est d'avis que les dispositions pertinentes du Code actuel sont problématiques à un point tel qu'il faille les réécrire et les réorganiser comme le propose l'avant-projet.

6.- En fait, nous sommes convaincus que non seulement une telle démarche ne contribuerait pas en elle-même à atteindre l'objectif poursuivi – qui est de promouvoir davantage le recours à l'arbitrage conventionnel –, mais qu'elle aurait certainement l'effet contraire. En effet, la réécriture et la réorganisation des dispositions du Code régissant l'arbitrage conventionnel entraîneraient d'inévitables difficultés d'interprétation et de coordination des nouveaux textes. Il s'agirait d'un net recul étant donné que la plupart des ambiguïtés des textes actuels ont été levées par la jurisprudence. Ce problème est loin d'être théorique en raison de la grande importance qu'accordent les usagers de la justice arbitrale à la prévisibilité du cadre juridique applicable. Des difficultés d'interprétation et de coordination seraient acceptables si la réécriture et la réorganisation des textes répondaient à un besoin réel, mais comme nous venons de le souligner, ce n'est pas le cas.

7.- Qui plus est, tout exercice de réécriture et de réorganisation des textes comme celui auquel se sont livrés les auteurs de l'avant-projet comporte des risques d'erreurs non négligeables. Ces risques, qui sont d'autant plus importants lorsque les experts œuvrant dans le domaine ne sont pas impliqués, se sont malheureusement concrétisés en espèce. On peut citer en exemple l'inclusion de la disposition relative au renvoi d'une action à l'arbitrage (article 631) dans un chapitre consacré à « La nomination et le mandat des arbitres », une solution que tous les experts n'hésiteraient pas à qualifier d'aberrante.

8.- En somme, bien qu'il soit souhaitable de promouvoir davantage le recours à l'arbitrage conventionnel, la réécriture et la réorganisation des dispositions du Code actuel ne contribueraient aucunement à atteindre cet objectif et risqueraient même

d'affaiblir le cadre juridique de l'arbitrage et, partant, son attrait aux yeux des justiciables.

II. Plusieurs modifications substantielles qui posent problème

9.- En plus de proposer une réécriture et une réorganisation non souhaitables des dispositions du Code relatives à l'arbitrage conventionnel, l'avant-projet propose de nombreuses modifications de fond dont plusieurs sont hautement condamnables.

a) *L'annulation/non-homologation de la sentence qui « déconsidère l'administration de la justice »*

10.- L'aspect le plus critiquable de l'avant-projet de loi concerne l'ajout d'un nouveau motif d'annulation et de refus d'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice.

11.- D'abord, il ne fait aucun doute que l'application d'un tel motif de refus aux demandes d'homologation de sentences visées par la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères³ (« Convention de New York ») placerait le Canada en violation de ses obligations internationales. En effet, la Convention de New York dresse une liste des motifs pour lesquels l'homologation d'une sentence peut être refusée, et cette liste est universellement considérée comme étant exhaustive⁴. Or, l'article 652 reprend un à un les motifs énumérés à l'article V de la Convention, mais en ajoute un autre – le fait que la sentence déconsidère l'administration de la justice. En vertu du principe d'interprétation voulant que le Législateur ne parle pas pour ne rien dire⁵, cet ajout serait assurément interprété comme traduisant l'intention de l'Assemblée nationale d'aller au-delà des motifs énumérés dans la Convention de New York. En plus de faire fi de règles de droit international claires, cette démarche marquerait un recul important du soutien du Québec au système d'arbitrage international. Il ne fait aucun doute dans notre esprit que la réputation du Québec comme place d'arbitrage international s'en trouverait fortement entachée. Qui plus est, il est possible que le non-respect par le Québec de la Convention de New York conduise certains pays ayant choisi d'appliquer la Convention sous condition de réciprocité – tels la Chine – à refuser de reconnaître et d'exécuter des sentences arbitrales rendues au Canada.

12.- En ce qui concerne l'homologation de sentences non visées par la Convention de New York ainsi que le recours en annulation de sentences (lequel n'est pas régi par la Convention de New York, qui ne s'intéresse qu'au recours en homologation), le contrôle judiciaire fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice serait tout aussi condamnable. Un des indicateurs clés de la qualité d'une loi moderne sur l'arbitrage est l'étendue du contrôle qu'elle permet aux tribunaux judiciaires d'effectuer sur le fond des

³ 330 R.T.N.U. 3.

⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, La Haye, Kluwer, 2009, pp. 2721-2722.

⁵ Sur ce principe, voir notamment : *P.G. (Qué.) c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30.

sentences arbitrales. Il est universellement reconnu que le contrôle judiciaire du fond doit en principe être supprimé, et la tendance très nette dans les lois jugées progressistes et favorables à l'arbitrage conventionnel est de ne permettre qu'une seule exception à ce principe : le contrôle de la conformité du résultat de la sentence à l'ordre public substantiel. Toute autre forme de contrôle judiciaire du fond de la sentence tend à être condamnée en droit comparé au motif qu'elle déjoue les attentes des usagers de la justice arbitrale, et ce, sans raison valable puisque le contrôle de la conformité du résultat de la sentence à l'ordre public suffit afin de servir les intérêts de l'État⁶. Cette idée est acceptée depuis longtemps dans la jurisprudence québécoise et la Cour suprême l'a consacrée de manière explicite dans son arrêt de principe dans l'affaire *Desputeaux*⁷.

13.- Ajouter un motif d'annulation ou de refus d'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice – un concept de surcroît flou et imprécis – affecterait grandement la finalité de l'arbitrage et, partant, son attrait aux yeux des justiciables. Par ailleurs, il est à prévoir que la majorité des experts internationaux verraient d'un très mauvais œil cet élargissement des motifs d'annulation ou de refus d'homologation et cesseraient de considérer que le droit québécois de l'arbitrage a sa place parmi les droits de l'arbitrage modernes et progressistes. Enfin – et surtout –, un tel élargissement des motifs d'annulation et de refus d'homologation ne répond à aucun besoin réel, puisqu'à notre connaissance la réserve dont ont fait preuve les tribunaux judiciaires en ce qui a trait au contrôle du fond des sentences n'a entraîné aucun problème ou injustice en pratique.

b) *L'apparent abandon de la règle énoncée à l'article 940.3 du Code actuel*

14.- L'article 940.3 du Code actuel, qui est calqué sur l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, se lit comme suit :

« **940.3** Pour toutes les questions régies par le [Titre I du Livre VII du Code], un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit. »

Cette disposition vise à répondre au très grand besoin de certitude et de prévisibilité que ressentent les usagers de la justice arbitrale quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux judiciaires sont susceptibles d'intervenir dans un arbitrage conventionnel⁸. Les juges québécois ont bien compris l'importance de cette disposition, comme en font foi plusieurs décisions dans lesquelles furent jugées irrecevables des demandes d'intervention judiciaire fondées sur d'autres dispositions du Code que celles se trouvant au Titre I du Livre VII, ou encore sur les pouvoirs inhérents que possèdent les juges⁹.

⁶ G.B. Born, *op. cit.*, note 4, pp. 2827 et suiv. et 2865 et suiv.

⁷ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, 2003 CSC 17.

⁸ Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville/Paris, Éditions Yvon Blais/LGDJ, 2005, pp. 105-109 (n° 160-166).

⁹ Voir surtout l'arrêt *Compagnie nationale Air France c. MBaye*, [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.).

15.- L'avant-projet ne contient aucune disposition reprenant l'article 5 de la Loi type aussi clairement que l'article 940.3 du Code actuel. La première phrase de l'article 631, al. 1 est en partie formulée de manière similaire à l'article 940.3, mais la référence à « une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage » donne à penser que le but de la disposition est non pas d'empêcher toute forme d'intervention judiciaire dans des cas non prévus au Titre III du Livre VII, mais simplement d'énoncer la règle élémentaire selon laquelle les tribunaux judiciaires ne sont pas compétents pour connaître du fond d'un différend que les parties ont soumis à l'arbitrage. Cette interprétation semble d'autant plus fondée que le reste de l'article 631 porte sur le renvoi à l'arbitrage d'une action visée par une convention d'arbitrage.

16.- Les dispositions de l'article 5 de la Loi type, qui ont été à très juste titre reprises dans l'article 940.3 du Code actuel, sont indispensables.

c) L'absence d'un mécanisme de prorogation du délai prévu à l'article 638

17.- L'article 638 innove en imposant au tribunal arbitral l'obligation de rendre sa sentence dans un délai de trois mois suivant le début du délibéré. L'idée d'encadrer dans le temps une partie de la mission des arbitres est bonne, car cette initiative est susceptible de promouvoir l'objectif de célérité poursuivi par la plupart des usagers de la justice arbitrale. L'Assemblée nationale pourrait néanmoins être plus audacieuse et encadrer dans le temps l'ensemble de l'instance arbitrale, comme le fait par exemple le nouveau droit français de l'arbitrage interne, qui impose au tribunal arbitral l'obligation de rendre sa sentence dans un délai de six mois à partir de sa saisine¹⁰.

18.- Cependant, le problème le plus important en ce qui a trait à ce nouvel article 638 est l'absence d'un mécanisme de prorogation du délai y étant prévu. Il est essentiel que le Code prévoie une règle supplétive permettant soit au tribunal arbitral, soit à un tribunal judiciaire (sur demande du tribunal arbitral) de proroger ce délai lorsque la reddition d'une sentence dans les trois mois s'avère impossible ou non souhaitable à la lumière des circonstances de l'espèce. En l'absence d'un tel mécanisme, il est possible que les tribunaux judiciaires considèrent illégale une sentence rendue hors délai, et ce même dans des situations où l'on ne pourrait raisonnablement s'attendre à ce que les arbitres complètent leur mission dans le délai imparti.

d) Des limites injustifiées au pouvoir du tribunal arbitral de rendre une sentence complémentaire ou d'interprétation

19.- L'article 641, al. 2 de l'avant-projet assujettit la reddition d'une sentence complémentaire ou d'interprétation au consentement de toutes les parties à l'arbitrage. Cette limite, qui s'écarte des règles qui tendent à faire consensus en droit comparé, nous semble ne reposer sur aucune justification valable. Bien qu'il soit essentiel que toutes les

¹⁰ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, disponible à <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>, article 1463.

parties soient entendues sur une demande recherchant qu'une sentence arbitrale soit complétée ou clarifiée, exiger de la partie intimée à une telle demande qu'elle consente à la démarche de la partie requérante nous semble inutilement contraignant.

III. Une solution nettement préférable à la réécriture et à la réorganisation des dispositions pertinentes du Code : l'adoption de la Loi type de la CNUDCI

20.- Dans la mesure où l'Assemblée nationale est convaincue de la nécessité d'adopter de nouvelles dispositions régissant l'arbitrage conventionnel dans le but d'en promouvoir davantage le développement, la solution la plus simple et la plus efficace serait d'adopter la Loi type de la CNUDCI en intégrant au Code de procédure civile des dispositions respectant le plus possible la lettre et la structure de celle-ci.

a) La pertinence d'adopter la Loi type

21.- Bien qu'en 1986 l'Assemblée nationale ait cherché à assurer que les nouveaux textes régissant l'arbitrage soient le « reflet fidèle » de la Loi type, elle ne l'a pas adoptée à proprement parler. Ce choix était compréhensible. Ayant été finalisée par la CNUDCI en 1985, la Loi type était à l'époque un texte très récent qui n'avait pas encore fait ses preuves. De plus, certains se demandaient si elle était compatible avec la tradition civiliste et s'il n'était pas préférable, dans un ressort civiliste, de s'en inspirer sans toutefois aller jusqu'à l'adopter intégralement. Cependant, tous s'entendent aujourd'hui pour reconnaître que la Loi type – qui fut adoptée, avec quelques ajustements mineurs, dans plus de 70 ressorts¹¹ – fut un franc succès. Par ailleurs, l'objection quant à sa possible incompatibilité avec la tradition civiliste se heurte en 2011 au fait que la plupart des pays dans lesquels elle fut adoptée sont des pays civilistes. L'expérience démontre donc de manière éloquente que la Loi type peut facilement être intégrée à un code de procédure civile de tradition civiliste. Bref, les objections ayant pu conduire l'Assemblée nationale à ne pas adopter la Loi type en 1986 ne tiennent plus.

22.- La question qui se pose est donc de savoir si le meilleur moyen de promouvoir l'arbitrage conventionnel est d'adopter la Loi type ou plutôt d'adopter de nouvelles dispositions compatibles avec la Loi type mais ne l'adoptant pas à proprement parler.

23.- On pourrait penser que parce qu'elle remonte à 1985, la Loi type ne constitue plus un cadre juridique moderne et bien adapté aux besoins des usagers de la justice arbitrale. Or, rien n'est plus faux. Au début des années 2000, la CNUDCI – avec l'aide d'un groupe d'experts internationaux – a procédé à un réexamen approfondi de la Loi type. Suite à ces travaux, qui se sont étalés sur plusieurs années, la CNUDCI a conclu que la Loi type demeurerait un excellent modèle législatif et qu'il était seulement nécessaire de procéder à quelques ajustements sur la forme des conventions d'arbitrage ainsi que sur les mesures provisoires et conservatoires, ce que la CNUDCI fit dans des modifications

¹¹ Pour une liste à jour, voir : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

adoptées en 2006¹². Il est également très révélateur que lors de réformes législatives adoptées au cours des deux dernières années, Hong Kong et Singapour – deux ressorts où la pratique de l'arbitrage tant interne qu'international est particulièrement développée – aient réitéré leur appui au modèle législatif proposé par la CNUDCI¹³. Il est donc indéniable que la Loi type, telle que modifiée en 2006, constitue – d'un point de vue substantiel – un excellent modèle législatif.

24.- En plus de consacrer des solutions adaptées aux besoins des usagers de la justice arbitrale, l'adoption de la Loi type garantirait la prévisibilité du droit de l'arbitrage conventionnel en vigueur au Québec. La Loi type a été abondamment commentée en doctrine et ses dispositions ont fait l'objet de très nombreuses décisions judiciaires qui sont analysées en détail dans un précis de jurisprudence que la CNUDCI va publier au cours des prochains mois. Les juges québécois disposeraient donc immédiatement de sources doctrinales et jurisprudentielles qui leur permettraient de résoudre rapidement, et à moindre coût pour les justiciables, les difficultés interprétatives auxquelles ils seraient confrontés.

25.- Nous sommes également convaincus que l'adoption de la Loi type serait un bien meilleur moyen d'accroître l'attrait du Québec comme siège d'arbitrages internationaux. La vive concurrence à laquelle se livrent les principales places d'arbitrages internationaux – Paris, Londres, Genève, Stockholm, Singapour et Hong Kong – montre de manière éloquentes à quel point le développement de l'arbitrage international dans un État donné peut contribuer à la croissance de l'économie locale et, partant, à la création de richesse. Par son bijuridisme, son bilinguisme, sa position géographique favorable, sa relative neutralité géopolitique et son coût de la vie relativement bas, le Québec a le potentiel de devenir un acteur important dans le domaine de l'arbitrage international – notamment à l'égard de litiges impliquant une partie américaine et une partie européenne. Or, afin que ce potentiel puisse être pleinement réalisé, il est essentiel que les entreprises étrangères qui considèrent choisir le Québec comme siège d'arbitrage aient la conviction que, dans l'éventualité où l'intervention des tribunaux judiciaires québécois était sollicitée, ceux-ci rendront des décisions compatibles avec les attentes des opérateurs du commerce international. Il ne fait aucun doute qu'une entreprise étrangère sera davantage encline à choisir le Québec comme siège d'un arbitrage si la Loi type y était adoptée. Face à un texte original – même un texte se voulant compatible avec la Loi type –, une entreprise étrangère aura toujours certaines interrogations quant à la qualité du cadre juridique en place et la prévisibilité des solutions auxquelles sont susceptibles d'arriver les tribunaux judiciaires locaux.

¹² La version amendée de la Loi type est disponible ici : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf.

¹³ *International Arbitration Act* (Singapour) : http://www.siac.org.sg/images/stories/documents/INTERNATIONAL_ARBITRATION_ACT.pdf;
Arbitration Ordinance (Hong Kong) : [http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/\\$FILE/CAP_609_e_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075/$FILE/CAP_609_e_b5.pdf).

b) *Les avantages d'une approche moniste*

26.- Se pose ensuite la question de savoir si la Loi type ne devrait être appliquée qu'aux arbitrages commerciaux internationaux, ou si elle devrait aussi être appliquée aux arbitrages internes.

27.- D'abord, il importe de savoir que la CNUDCI a elle-même toujours été d'avis que la Loi type constituait aussi un excellent modèle législatif pour l'arbitrage interne¹⁴. De plus, la majorité des assemblées législatives ayant adopté la Loi type ont, à l'instar du Parlement fédéral canadien, choisi de l'appliquer aussi aux arbitrages internes¹⁵. Fait particulièrement intéressant, la très grande majorité des pays civilistes ayant adopté la Loi type – dont l'Allemagne, l'Autriche, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, la Hongrie, le Mexique, la Norvège et la Thaïlande – ont privilégié cette approche. Aussi, un examen des lois de mise en œuvre de la Loi type adoptées depuis le début des années 2000 montre une tendance très nettement favorable à l'adoption d'un régime moniste, abandonnant donc toute distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage commercial international¹⁶. Selon nous, le choix fait par l'Assemblée nationale en 1986 d'opter pour un régime moniste demeure tout à fait judicieux. Une telle approche a notamment le grand avantage d'éviter des problèmes de qualification potentiellement complexes et coûteux, et nous estimons qu'il n'existe en principe aucune raison valable d'opter pour des régimes législatifs distincts.

28.- Cela dit, nous tenons à préciser qu'en raison des nombreux et très sérieux problèmes qu'engendrerait l'application des dispositions de l'avant-projet à l'arbitrage commercial international, nous estimons que – dans l'éventualité où l'Assemblée nationale n'était pas convaincue qu'il serait préférable soit de maintenir le *statu quo*, soit de rendre la Loi type applicable à tous les arbitrages conventionnels – l'ajout de dispositions rendant la Loi type applicable seulement à l'arbitrage commercial international serait nettement préférable à l'adoption *in extenso* de l'avant-projet. En effet, il est selon nous indéniable que, dans ce contexte, les bénéfices d'une telle approche sur le développement de l'arbitrage commercial international au Québec l'emporteraient largement sur les désavantages liés aux problèmes de qualification susceptibles de survenir.

¹⁴ Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf>, par. 9; Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international – Rapport du Secrétaire général, A/CN.9/264, 25 mars, 1985, disponible à <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/201/96/PDF/V8520196.pdf?OpenElement>, article 1, par. 22-23.

¹⁵ En effet, 46 des 86 lois de mise en œuvre de la Loi type dont nous avons pu consulter le texte la rendent applicable aux arbitrages internes.

¹⁶ Soit 23 lois sur 35.

IV. Quelques modifications substantielles proposées dans l'avant-projet et qui emportent notre adhésion

29.- En terminant, nous tenons à souligner que l'avant-projet de loi propose certaines modifications de fond au cadre juridique actuel qui vont selon nous dans le bon sens. Nous serions donc favorables à ce que ces modifications soient apportées aux dispositions du Code actuel, ou encore à ce qu'elles soient reflétées dans de nouvelles dispositions intégrant au nouveau Code la Loi type de la CNUDCI.

30.- Nous saluons notamment l'intention du Ministère de la Justice de clarifier l'état du droit au sujet de la confidentialité de l'arbitrage (articles 4 et 609), quoiqu'à notre avis la règle ne devrait pas être impérative – autrement dit, elle devrait pouvoir être écartée par les parties –, puisque nous ne voyons pas en quoi l'intérêt public requerrait que tout arbitrage soit assujéti au principe de confidentialité. D'ailleurs, la pratique en matière d'arbitrages relatifs à des investissements internationaux montre qu'il est parfois souhaitable – voire nécessaire –, lorsqu'un litige met en cause des questions d'intérêt public, que la procédure arbitrale soit publique et même accessible aux acteurs de la société civile¹⁷.

31.- Nous saluons également l'intention du Ministère de consacrer expressément la faculté des parties de confier au tribunal arbitral la mission de trancher le différend sur le fondement de normes et critères non juridiques (article 5). Une telle disposition s'inscrit parfaitement dans la tendance moderne particulièrement favorable à l'autonomie de la volonté en ce qui a trait au droit applicable au fond du différend. Cela dit, il serait souhaitable de préciser, premièrement, le lien entre cette disposition et l'article 626, al. 2 – qui permet le recours à l'amiable composition – et, deuxièmement, qu'en matière internationale, les limites à l'autonomie de la volonté sont celles issues de l'ordre public international visé par les dispositions du Code civil relatives au droit international privé.

32.- La modification de la règle supplétive relative au nombre d'arbitres, qui passerait de trois à un (article 625) en matière d'arbitrage interne, va dans le bon sens en ce qu'elle est susceptible de réduire considérablement les coûts et les délais lorsque les parties s'en remettent simplement aux dispositions du Code de procédure civile. Cela dit, la meilleure solution serait selon nous de prévoir que le tribunal arbitral sera en principe composé d'un seul arbitre dans tout arbitrage – y compris un arbitrage commercial international –, mais que le tribunal judiciaire compétent pourra, exceptionnellement et sur demande d'une partie, ordonner que le tribunal arbitral soit plutôt composé de trois arbitres.

33.- L'article 633, al. 2 de l'avant-projet va dans le bon sens en consacrant la possibilité de demander le contrôle par un juge d'une décision du tribunal arbitral accueillant une objection à sa propre compétence. À l'instar de l'article 16(3) de la Loi type, l'article 943.1 du Code actuel ne permet un tel recours que si le tribunal arbitral rejette une objection à sa propre compétence. Cette limite fut souvent critiquée en doctrine et

¹⁷ Voir par ex. J. Anthony VanDuzer, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and *Amicus Curiae* Participation », (2007) 52 R.D. McGill 681.

certaines juges québécois ont même choisi de l'ignorer en raison des conséquences malheureuses qu'elle entraîne pour le demandeur dans l'hypothèse où le tribunal arbitral se trompe en lui bloquant l'accès à la justice arbitrale¹⁸.

34.- L'article 608 propose de codifier le principe de l'immunité de l'arbitre tout en précisant les circonstances dans lesquelles sa responsabilité peut exceptionnellement être engagée. Il s'agit d'une clarification utile et souhaitable des règles relatives à une question d'une très grande importance.

35.- Enfin, l'article 637, qui traite des mesures provisoires ou conservatoires, corrige une lacune importante dans le droit actuel en prévoyant que le tribunal arbitral peut rendre toute mesure provisoire ou propre à sauvegarder les droits des parties. Présentement, un tribunal arbitral ne dispose de ce pouvoir que si la convention d'arbitrage le prévoit expressément¹⁹; il s'agit d'une approche archaïque, à contre-courant de la tendance moderne et qui est susceptible d'affecter de manière importante l'efficacité de l'arbitrage conventionnel dans certains types de litiges. D'autre part, ce même article 637, ainsi que les articles 644 et 650, permettraient l'homologation de telles mesures; il s'agit d'un autre ajout qui corrigerait une lacune importante du cadre juridique actuel. Nous constatons avec satisfaction que les modifications proposées dans les articles 637, 644 et 650 de l'avant-projet vont dans le même sens que les dispositions sur les mesures provisoires ou conservatoires adoptées par la CNUDCI en 2006.

Conclusion

36.- Nous prions donc la Commission des institutions :

- a) de ne pas réécrire ni réorganiser les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage conventionnel comme le propose l'avant-projet;
- b) de reprendre dans le nouveau Code les dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel qui se trouvent dans le Code actuel, ou – dans l'éventualité où l'Assemblée nationale était convaincue de la nécessiter d'adopter de nouvelles dispositions régissant l'arbitrage conventionnel – d'intégrer au nouveau Code des dispositions calquées sur celles de la Loi type de la CNUDCI;

¹⁸ Voir notamment, en doctrine : Pierre Mayer, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", (1989) 217 R.C.A.D.I. 319, aux pp. 352-354 (n° 23-24); Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 430-413 (n° 481); F. Bachand, *op. cit.*, note 8, pp. 303-304 (n° 441); Paulo Fohlin, "A Case for a Right of Appeal from Negative Jurisdictional Rulings in International Arbitrations Governed by the UNCITRAL Model Law", (2008) Asian D.R. 113; et en jurisprudence: *Re/Max Platine inc. c. Groupe Sutton-Actuel Inc.*, 2008 QCCA 1405; *Télébec Ltée c. Société Hydro-Québec*, [1997] Q.J. No. 1431 (C.S.); *Lefebvre c. Habitations d'Angoulême Inc.*, J.E. 2000-1594 (C.S.); *Montgrain c. St-Germain*, [1992] R.J.Q. 1864 (C.S.); *Gilde des musiciens du Québec c Piché*, J.E. 99-2320 (C.S.).

¹⁹ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats – Commission permanente des institutions* (16 septembre 1986), pp. 556 et suiv. et 572 et suiv.; Raymond Tremblay, « Commentaire des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394, à la p. 408.

- c) dans l'éventualité où l'Assemblée nationale n'était pas convaincue qu'il serait préférable soit de maintenir le *statu quo*, soit de rendre la Loi type applicable à tous les arbitrages conventionnels, de modifier l'avant-projet de manière à rendre la Loi type applicable à l'arbitrage commercial international;
 - d) de s'assurer que les dispositions du nouveau Code relatives à l'arbitrage conventionnel intègrent adéquatement les modifications substantielles discutées dans la section IV du présent mémoire.
-

ANNEXE - LISTE DES COAUTEURS

Prof. Nabil N. Antaki, C.M.

Faculté de droit, Université de Montréal

Prof. Frédéric Bachand

Faculté de droit, Université McGill

Me Stéphanie Bachand

Norton Rose OR LLP

Me Babak Barin

BCF s.e.n.c.r.l./LLP

L'Hon. Jean-Louis Baudouin, Ad. E.

Fasken Martineau DuMoulin LLP

Me Rachel Bendayan

Norton Rose OR LLP

Me Jean G. Bertrand

Norton Rose OR LLP

Me Pierre Bienvenu, Ad. E.

Norton Rose OR LLP

Me René Cadieux

Fasken Martineau DuMoulin LLP

Me Pierre Cimon, Ad. E.

Norton Rose OR LLP

Me Bernard Colas, LL.D.

CMKZ s.e.n.c.r.l.

Me Peter Cullen

Stikeman Elliott LLP

Me Laurent Debrun

Kaufman Laramée s.e.n.c.r.l.

Me Richard L. Desgagnés

Norton Rose OR LLP

Me Daniel Desjardins

Bombardier Inc.

Me Olivier Després, M.Sc., Med.C.,

Arb.C.

Arbitre agréé et médiateur agréé

Me Stephen Drymer

Norton Rose OR LLP

Me Patrick Ferland

Heenen Blaikie s.e.n.c.r.l./s.r.l.

Me L. Yves Fortier, C.C., O.Q., c.r.,

LL.D.

Norton Rose OR LLP

Prof. Fabien Gélinas

Faculté de droit, Université McGill

L'Hon. Benjamin J. Greenberg, c.r.,

Arb. A.

Stikeman Elliott LLP

Me Azim Hussain

Norton Rose OR LLP

Me Olivier F. Kott

Norton Rose OR LLP

L'Hon. Marc Lalonde, C.P., O.C., c.r.

Me Andrew de Lotbinière McDougall

Perley-Robertson, Hill & McDougall
LLP/s.r.l.

Prof. Armand de Mestral

Faculté de droit, Université McGill

L'Hon. Pierre A. Michaud

Norton Rose OR LLP

Me Sophie Nappert
3 Verulam Buildings, Gray's Inn

L'Hon. Joseph R. Nuss, c.r.
Woods LLP

L'Hon. Louise Otis

Me Éric Ouimet, FCI Arb
BCF s.e.n.c.r.l./LLP

Me Simon V. Potter
McCarthy Trétault LLP

Prof. Alain Prujiner
Faculté de droit, Université Laval

Me Gil Rémillard
FMC

Me Christopher Richter
Woods LLP

Prof. Marie-Claude Rigaud
Faculté de droit, Université de Montréal

Prof. Geneviève Saumier
Faculté de droit, Université McGill

Me Stephen G. Schenke
McCarthy Trétault LLP

Me David Stolow
Davies Ward Phillips & Vineberg LLP

Me Martin Valasek
Norton Rose OR LLP

Me James A. Woods
Woods LLP
