
L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale

Sabine Thuilleaux* et Dean M. Proctor**

Afin de mesurer l'impact des réformes législatives depuis 1986 sur le développement de l'arbitrage au Canada, les auteurs ont choisi d'examiner la jurisprudence tant québécoise que des provinces de *common law* traitant de l'application des conventions d'arbitrage. Les auteurs dirigent leurs investigations sur le degré de contrôle effectué par le juge lorsque, saisi en dépit d'une convention d'arbitrage valide, il doit apprécier si le litige porté devant lui entre dans le champ d'application de cette convention. C'est à ce stade préliminaire que le respect par le juge étatique du principe de la compétence *ratione materiae* prend toute sa signification. En effet, il ne devrait se contenter que d'un contrôle *prima facie* de l'objet du litige et du champ d'application de la convention d'arbitrage, sous peine de la priver de toute effectivité. La jurisprudence canadienne montre que les juges étatiques sont encore réticents à accorder à l'arbitrage une place parallèle à la leur pour résoudre les différends.

To assess the impact of the federal and provincial legislative reforms since 1986 on the development of arbitration in Canada, the authors examine jurisprudence from Quebec and from the common law provinces that has dealt with the application of arbitration agreements. The authors analyse the scope of review which a judge, faced with a valid arbitration agreement, may apply when deciding whether or not the issues before him fall within arbitral jurisdiction. At this preliminary stage, a judge's compliance with the principle of jurisdiction *ratione materiae* becomes significant: the judge should only make a *prima facie* determination of the nature of the cause of action and of the scope of the arbitration agreement, failing which the agreement loses much of its effect. The authors suggest that case law reveals a reticence on the part of Canadian courts to recognise arbitration as a method of resolving disputes parallel to their own.

* Maîtrise en droit, D.E.A. (Nanterre), B.C.L., LL.M. (McGill).

** B.A. (Sask.), LL.B., B.C.L. (McGill). Avocat, McCarthy Tétrault, Montréal.

*Sommaire***Introduction**

- I. Le type de véhicule procédural utilisé par le juge saisi en violation d'une convention d'arbitrage**
 - A. En common law : le système du sursis des procédures judiciaires*
 - B. Au Québec : le renvoi des parties à l'arbitrage*

- II. Le principe de la compétence de l'arbitre à statuer sur sa propre compétence : applications pratiques**
 - A. Au Québec : de la définition de la cause d'action et la compétence arbitrale*
 1. Jurisprudence retenant une définition étroite de la cause d'action : conséquences sur l'arbitrage
 2. Respect de la compétence *ratione materiae* des arbitres et nécessité d'une définition large de la cause d'action
 - a. Remarques sur les conditions d'option entre les régimes de responsabilité en droits québécois et français*
 - b. Jurisprudence française sur l'application de la règle du « non-cumul » aux fins d'effectivité d'une convention d'arbitrage*
 - c. Les incertitudes de la jurisprudence québécoise malgré l'arrêt de la Cour d'appel Condominiums Mont St-Sauveur c. Constructions Serge Sauvé Ltée*
 - B. En common law : de la démarcation de l'étendue des conventions d'arbitrage et la compétence arbitrale*
 1. Tendence restrictive : réticence à reconnaître la compétence de l'arbitre à statuer sur sa propre compétence
 - a. Arbitrage interne*
 - b. Arbitrage international*
 2. Tendence libérale : vers une reconnaissance de la compétence de l'arbitre à statuer sur sa compétence
 - a. Arbitrage interne : le critère de la généralité des termes de la convention d'arbitrage*
 - b. Arbitrage international : l'article 8 de la Loi-type de la CNUDCI*

Conclusion

* * *

Introduction

Les relations entre les tribunaux étatiques et les tribunaux d'arbitrage constitués par convention revêtent une importance toute particulière en droit de l'arbitrage¹. Pour pallier au manque de pouvoir de contrainte des arbitres², les tribunaux étatiques peuvent être amenés à intervenir dans le processus arbitral à plusieurs stades : pour faciliter la mise en route ou régler divers problèmes dans la conduite du processus arbitral, ou pour rendre exécutoire ou refuser de rendre exécutoire une sentence arbitrale. La question dès lors est de savoir quelle doit être la mesure de l'intervention des tribunaux étatiques propre à préserver à l'arbitrage la place qui lui revient comme moyen « parallèle »³ à ces tribunaux de régler les différends. C'est dire que le développement de l'arbitrage conventionnel ne peut se faire qu'à l'abri d'une certaine « complicité » des tribunaux de l'ordre judiciaire. Une complicité que ces derniers peuvent être tentés de ne dispenser qu'avec parcimonie s'ils perçoivent l'arbitrage comme une menace directe à leur juridiction.

À ce propos, le contrôle effectué par les tribunaux de l'ordre judiciaire lors de l'application des conventions d'arbitrage constitue un bon point d'étude pour mesurer l'impact des réformes législatives intervenues ces six dernières années au Canada visant à favoriser le développement de l'arbitrage tant interne qu'international.

Au Canada, le contrôle opéré par le juge saisi en violation d'une convention d'arbitrage sera plus ou moins poussé suivant qu'il s'agit d'arbitrage interne ou international. En matière d'arbitrage international, l'article 8 de la *Loi-type de la CNUDCI*⁴ prévoit le renvoi des parties à l'arbitrage sauf si le juge constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. Il s'agit là d'une politique claire de déférence à l'arbitrage qui a été entérinée au Canada, du moins en ce qui concerne l'arbitrage international. En effet, ces motifs de refus de renvoi à l'arbitrage ont été repris tant en droit québécois⁵ que dans les nouvelles lois sur l'arbitrage commercial international des

¹Voir à ce sujet M. Kerr, « Arbitration and the Courts : The UNCITRAL Model Law » (1985) 34 I.C.L.Q. 1. Voir aussi M.J. Mustill et S.C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1989 à la p. 154 [ci-après Mustill].

²Voir notamment sur ce point C. Jarrosson, « Arbitrage et juridiction » (1989) 9 Droits[:] Revue française de théorie juridique 107 à la p. 110 et s.

³Selon l'expression de J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne » [1987] C.P. du N. 507 à la p. 524. Voir aussi L. Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990) 21 R.D.U.S. 303.

⁴*Loi-type sur l'arbitrage commercial international*, adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dans le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa 18ème session*, Doc. off. AG NU, 40e sess., Supp. n° 17, Annexe 1, Doc. NU A/40/17 (1985), Gaz. C. 1986.I.5153 Supp. [ci-après *Loi-type de la CNUDCI*]. Voir L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, « L'adaptation de la loi-type de la CNUDCI dans les provinces de *common law* au Canada » [1989] Rev. arb. 3.

⁵Sous le motif général de la nullité de la convention d'arbitrage, voir l'art. 940.1 *C.p.c.* : 940.1 Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les par-

provinces de *common law* qui reprennent en annexe⁶ ou en substance⁷ la *Loi-type de la CNUDCI*.

Au Québec, l'article 940.1 *C.p.c.*, qui s'applique aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, reprend la substance de l'article 8 de la *Loi-type de la CNUDCI*. Dans les provinces de *common law*, les lois sur l'arbitrage interne qui n'ont pas été récemment modifiées⁸ sont encore basées sur l'*Arbitration Act of 1889* britannique⁹. Cette loi permet une grande discrétion aux juges, non seulement quant à la décision même de surseoir aux procédures judiciaires, mais aussi quant aux motifs de refus de sursis. Le juge saisi en dépit d'une convention d'arbitrage peut ordonner la suspension des procédures judiciaires « s'il est convaincu qu'aucun motif suffisant ne s'oppose à ce que l'affaire soit renvoyée conformément au compromis et que l'auteur de la demande était, au moment où la poursuite a été introduite, et est encore disposé et consentant à faire tout ce qui est nécessaire pour la bonne marche de l'arbitrage »¹⁰.

En Colombie-Britannique, la première province à réformer son droit de l'arbitrage interne par une loi spécifique¹¹, les motifs de refus de sursis à statuer restaient nombreux lors de l'introduction de cette loi en 1986 et laissaient une grande marge de manœuvre au juge, bien que le sursis fût désormais manda-

ties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué [...] (adopté par la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, entrée en vigueur le 11 novembre 1986, L.Q. 1986, c. 73).

⁶Voir ALBERTA : *International Commercial Arbitration Act*, S.A. 1986, c. I-6.6, art. 10 ; ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5, art. 10 ; MANITOBA : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, S.M. 1986-87, c. 32, art. 10 ; NOUVEAU-BRUNSWICK : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.N.-B. 1986, c. I-12.2, art. 10 ; NOUVELLE-ÉCOSSE : *International Commercial Arbitration Act*, S.N.S. 1986, c. 12, art. 11 ; ONTARIO : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I.9, art. 8 ; SASKATCHEWAN : *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. I-10.2, art. 9 ; TERRE-NEUVE : *International Commercial Arbitration Act*, S.N. 1986, c. 45, art. 11.

⁷COLOMBIE-BRITANNIQUE : *International Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 14, art. 8 ; CANADA : *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.C. 1986, c. 22, art. 8 [ci-après *Code d'arbitrage commercial*].

⁸Il s'agit du Manitoba, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve.

⁹R.-U., c. 49, art. 4.

¹⁰Voir l'art. 7 de la *Loi sur l'arbitrage* du Manitoba, L.R.M. 1987, c. A-120. Les lois suivantes contiennent pratiquement la même disposition : ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD : *Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. A-16, art. 7 ; NOUVEAU-BRUNSWICK : *Loi sur l'arbitrage*, L.R.N.B. 1973, c. A-10, art. 7 ; NOUVELLE-ÉCOSSE : *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1989, c. 19, art. 7 ; SASKATCHEWAN : *Arbitration Act*, R.S.S. 1978, c. A-24, art. 5 ; TERRE-NEUVE : *Arbitration Act*, S.N. 1985, c. 8, art. 4.

¹¹*Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 3, mod. par S.B.C. 1988, c. 46, art. 7(17). Cela malgré l'hostilité ouverte des tribunaux de l'ordre judiciaire aux modes alternatifs de résolution des différends en général. Voir à ce sujet B. Daisley, « B.C. Chief Justice Puts Boots to Alternative Dispute Resolution », *The Lawyers Weekly* (24 février 1989) 2.

toire¹². Une modification ultérieure de cette loi¹³ a éliminé la plupart des motifs par lesquels le juge étatique pouvait refuser le sursis des procédures judiciaires afin de s'aligner sur la *International Commercial Arbitration Act*¹⁴. L'Alberta¹⁵ et l'Ontario¹⁶ ont récemment adopté des lois sur l'arbitrage interne qui sont entrées en vigueur respectivement le 1er septembre 1991 et le 1er janvier 1992 et qui reprennent dans leurs articles 7 respectifs¹⁷ les motifs de refus de sursis

¹²Art. 15 du *Commercial Arbitration Act* tel qu'il se lisait en 1986 :

15. (1) Where a party to a commercial arbitration agreement commences legal proceedings claiming relief in respect of a matter that was agreed to be resolved by arbitration, any other party to the arbitration agreement may apply to the court for an order to stay the proceedings.

[...]

(3) In an application under subsection (1), the court *shall stay* the court proceedings unless the party opposing the stay shows a good reason why the court proceedings should continue in place of the arbitration, and, in determining whether good reason exists, the court may consider

- (a) whether the commercial arbitration agreement was freely made,
- (b) whether the matters in dispute are factually or legally complex,
- (c) whether the intended arbitrator is qualified to settle the factual and legal matters in dispute,
- (d) the comparative expense and delay as between the court proceedings and the arbitration under the agreement,
- (e) the wishes of other parties to the commercial arbitration agreement who have been joined in the action,
- (f) whether there are other parties to the court proceedings who are not parties to the commercial arbitration agreement,
- (g) the state of the court proceedings,
- (h) the extent to which the applicant has participated in the court proceedings by delivering pleadings or taking other steps,
- (i) potential bias on the part of the intended arbitrator,
- (j) whether fraud has been alleged by a party to the court proceedings,
- (k) whether the applicant, at the time the court proceedings were commenced and at the date of the hearing, remains ready and willing to do all things necessary for the proper conduct of the arbitration, and
- (l) any other matter the court considers significant [nos italiques].

¹³*Miscellaneous Statutes Amendment Act (no. 2)*, S.B.C. 1988, c. 46, art. 11 qui remplace le texte de l'ancien art. 15 par le texte suivant :

15. (1) Where a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the legal proceedings.

(2) In an application under subsection (1), the court shall make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed [...].

¹⁴Voir *supra*, note 7, art. 8.

¹⁵*Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1. Voir à propos de l'introduction de cette loi W.C. Graham, « Proposals for a New Alberta Arbitration Act » (1990) 16 Can. Bus. L.J. 185 sur le projet de l'Alberta Institute of Law Research and Reform, *Proposals for a New Alberta Arbitration Act*, Report n° 51, Edmonton, AILRR, octobre 1988.

¹⁶*Loi portant révision de la Loi sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17.

¹⁷L'art. 7 de la loi ontarienne, *ibid.*, prévoit :

7. (1) Si une partie à une convention d'arbitrage introduit une instance à l'égard d'une question que la convention oblige à soumettre à l'arbitrage, le tribunal judiciaire

des procédures judiciaires de nullité de la convention d'arbitrage, en en ajoutant deux autres.

Mais avant même d'examiner ces motifs de refus de renvoi à l'arbitrage, le juge devra de façon préliminaire vérifier s'il est saisi d'un différend au sujet duquel les parties ont conclu une convention d'arbitrage. Cette étape préliminaire est particulièrement délicate parce qu'elle permet à un tribunal de l'ordre judiciaire réticent à l'arbitrage de définir, voire même de circonscrire l'objet du différend de façon à restreindre la juridiction de l'arbitre. Dans un système juridique qui souhaite faire de l'arbitrage tant interne qu'international un moyen à part entière de résolution des différends, il est essentiel de laisser aux arbitres le soin de statuer sur leur propre compétence. Or, c'est à cette étape préliminaire que la méconnaissance de ce principe est la plus flagrante, comme en témoigne la jurisprudence du Québec et des provinces de *common law*.

En effet, si les tribunaux de l'ordre judiciaire retiennent une certaine appréciation de l'objet de la demande afin de voir s'il y a lieu de renvoyer les parties à l'arbitrage, cette appréciation doit être faite *prima facie* afin de ne pas réduire à néant l'effectivité de la convention d'arbitrage par ailleurs librement conclue par les parties avec l'appui du législateur. Cette question préliminaire est ainsi intimement liée au principe de la compétence *ratione materiae* des arbitres¹⁸. Bien que cette étude ne porte que sur le droit canadien, des références au droit comparé, notamment aux droits français et britannique de l'arbitrage, seront aussi effectuées de temps à autre.

I. Le type de véhicule procédural utilisé par le juge saisi en violation d'une convention d'arbitrage

À cet égard, la différence entre les régimes juridiques de l'arbitrage interne et international, au Québec et dans les provinces de *common law*, est notable. L'article 8 de la *Loi-type de la CNUDCI* prévoit le principe de la déférence à l'arbitrage en ces termes :

(8) Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le

devant lequel l'instance est introduite doit, sur la motion d'une autre partie à la convention d'arbitrage, surseoir à l'instance.

(2) Cependant, le tribunal judiciaire peut refuser de surseoir à l'instance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

1. Une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique.
 2. La convention d'arbitrage est nulle.
 3. L'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.
 4. La motion a été présentée avec un retard indû [*sic*].
 5. La question est propre à un jugement par défaut ou à un jugement sommaire.
- [...]

L'art. 7 de la loi albertaine (*supra*, note 15), dont il n'existe pas de version française, reprend *mutatis mutandis* l'art. 7 de la loi ontarienne.

¹⁸Voir Marquis (*supra*, note 3 à la p. 305) dans son commentaire de la décision de la Cour supérieure, *Lincor Metal Inc. c. H. d'Amours et associés Inc.*, [1990] R.J.Q. 402.

demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué¹⁹.

La version anglaise de cet article utilise l'expression « shall refer » pour traduire le mot « renverra » que l'on trouve au premier alinéa. Les travaux préparatoires montrent que ces deux expressions ont été choisies pour leur neutralité afin de ne pas avoir à déterminer si, en présence d'une convention d'arbitrage valide, les tribunaux étatiques n'ont pas compétence ou s'abstiennent seulement de l'exercer²⁰. Cette question varie d'un système juridique à l'autre et l'on a décidé de la laisser à l'appréciation de chaque système. Par ailleurs, cette terminologie neutre permet un alignement sur l'article II(3) de la *Convention de New York*²¹.

A. *En common law : le système du sursis des procédures judiciaires*

Les provinces de *common law*, suivant en cela le droit britannique²², ont opté pour le sursis des procédures judiciaires (*stay of judicial proceedings pending the arbitration proceedings*). Il s'ensuit que l'existence d'une convention d'arbitrage valide ne constitue pas en *common law* une objection à la juridiction des tribunaux étatiques. Ces derniers retiennent leur juridiction, mais s'abstiennent de l'exercer²³ et leur pouvoir se limite à suspendre les procédures judiciaires²⁴. Le but de la suspension des procédures judiciaires étant de donner effet à la convention d'arbitrage, on ne surseoira à ces procédures que dans cette mesure seulement. Les tribunaux étatiques recouvreraient leur juridiction s'il s'avérait, par exemple, que la convention d'arbitrage devenait nulle, caduque, inopérante ou incapable d'être exécutée après que la suspension ait été accordée²⁵.

En soi, le choix d'un tel système, par opposition à celui du droit québécois de l'incompétence des tribunaux étatiques, laisse subsister un certain interventionnisme de ces mêmes tribunaux. Ce phénomène existe en dépit du fait que l'on distingue la suspension obligatoire des procédures judiciaires, qui ne laisserait aucune discrétion au juge, de la suspension discrétionnaire. Cette distinction constitue l'une des différences principales entre les régimes juridiques de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international en *common law*.

¹⁹*Supra*, note 4.

²⁰Voir H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer, 1989 à la p. 304 n. 1, ainsi que les extraits des travaux préparatoires à la p. 316 et s.

²¹Voir Holtzmann et Neuhaus, *ibid.* à la p. 318. Voir également le texte de la *Convention de New York (Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 39, 21 U.S.T. 2518, T.I.A.S. n° 6997).

²²Voir Mustill, *supra*, note 1 aux pp. 8 et s., 14 et s., 461 et s.

²³Voir Mustill, *ibid.* aux pp. 8, 14.

²⁴Voir W.C. Graham, « The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction » (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 2 à la p. 16.

²⁵Sur ce point, voir Mustill, *supra*, note 1 à la p. 466.

En effet, les différentes lois sur l'arbitrage international adoptées dans les provinces de *common law* retiennent le système de la suspension obligatoire²⁶ des procédures, puisqu'elles reprennent en annexe ou en substance la *Loi-type de la CNUDCI*. En droit britannique, le sursis des procédures judiciaires par le juge saisi en dépit d'une convention d'arbitrage est obligatoire dans le cas d'un arbitrage international²⁷.

Par contre, dans le cas d'un arbitrage interne, le droit britannique²⁸, ainsi que les lois des provinces de *common law* toujours basées sur l'*Arbitration Act of 1889* britannique, prévoient tous que la suspension des procédures judiciaires peut s'effectuer à la discrétion des juges²⁹. Seuls l'Alberta³⁰, l'Ontario³¹ et la Colombie-Britannique³² ont récemment appliqué à l'arbitrage interne le système du sursis obligatoire.

Cependant, la portée du caractère obligatoire du sursis des procédures judiciaires est limitée par le nombre et la nature des différents motifs de refus d'une suspension prévus par la législation considérée³³. Le langage de l'article 7 des lois sur l'arbitrage interne de l'Ontario³⁴ et de l'Alberta³⁵ tient compte de cette ambiguïté dans la mesure où le paragraphe 1 prévoit le principe du sursis obligatoire, tandis que le paragraphe 2 spécifie que le tribunal *peut* surseoir à statuer dans certains cas.

B. Au Québec : le renvoi des parties à l'arbitrage

À la différence des provinces de *common law*, au Québec, l'existence d'une convention d'arbitrage valide oblige le juge devant qui des procédures judiciaires sont entamées à se déclarer incompétent *ratione materiae* en vertu de l'article 940.1 *C.p.c.*³⁶

Au Québec³⁷ comme en France³⁸, la loi interdit toute dérogation conventionnelle aux règles de compétence territoriale des tribunaux étatiques³⁹. Toutefois, comme le précisait M. le Doyen Brierley, « [l']arbitrage s'analyse [...],

²⁶Voir les législations ainsi que les articles pertinents, *supra*, notes 6 et 7.

²⁷Art. 1 de la *Arbitration Act 1975*, c.3. Voir Mustill, *supra*, note 1 à la p. 462 et s.

²⁸Voir Mustill, *supra*, note 1 à la p. 467 et s.

²⁹Voir les références à ces différentes législations, *supra*, note 10.

³⁰*Supra*, note 15.

³¹Voir le texte de l'art. 7 de la *Loi portant révision de la Loi sur l'arbitrage*, *supra*, note 17.

³²Voir le texte de l'art. 15, *supra*, note 12.

³³Voir par exemple, le texte de l'ancien art. 15 (*supra*, note 12) de la *Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique qui prévoyait bien un sursis obligatoire, mais où les motifs de refus d'un tel sursis étaient très nombreux et parfois très discrétionnaires comme le motif suivant : « (1) any other matter the court considers significant ».

³⁴Voir le texte de l'art. 7, *supra*, note 17.

³⁵*Supra*, note 15.

³⁶Voir le texte de l'art. 940.1, *supra*, note 5.

³⁷Art. 68 *C.p.c.* : « Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et *nonobstant convention contraire*, l'action purement personnelle peut être portée : [...] » [nos italiques]

³⁸Voir l'art. 48 du *Nouveau Code de procédure civile* français [ci-après *Nouv. C.p.c.*].

³⁹En France, cependant, les clauses dérogatoires de compétence territoriale sont admises lorsqu'elles sont conclues entre commerçants et pourvu qu'elles soient spécifiées de manière très apparente. Voir J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 21e éd., Paris, Dalloz, 1987 à la p. 279.

dans les termes techniques de la procédure civile, comme une prorogation conventionnelle de la compétence ordinaire des tribunaux de l'État »⁴⁰. Or la faculté de conclure une convention d'arbitrage qui défère à une juridiction privée des litiges relevant normalement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire s'avère *a priori* incompatible avec l'interdiction posée par l'article 68 *C.p.c.* D'où la question de la compatibilité de l'interdiction posée à l'article 68 *C.p.c.* avec la licéité des clauses compromissaires soulevée tant à propos de l'ancien article 951 *C.p.c.* de 1966⁴¹, que du nouvel article 1926.1 *C.p.c.*⁴²

Mais cette incompatibilité perd sa raison d'être dès lors que l'on qualifie de *ratione materiae* l'incompétence du tribunal étatique saisi en violation d'une convention d'arbitrage, comme l'a fait la Cour suprême dans l'arrêt *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*⁴³, bien avant la réforme du droit de l'arbitrage en 1986. En effet, dans cet arrêt⁴⁴, la Cour suprême décida que pour décliner la juridiction d'un tribunal étatique saisi en violation d'une convention d'arbitrage, il fallait procéder par voie d'exception déclinatoire de compétence *ratione materiae* en vertu de l'article 164 *C.p.c.*, laquelle « [pouvait] être soulevée en tout état de cause »⁴⁵.

Il ne saurait dès lors y avoir de problème d'incompatibilité entre l'article 68 *C.p.c.* et l'article 1926.1 *C.c.B.-C.*⁴⁶ En effet, les règles de compétence *ratione materiae* déterminent l'ordre et le degré de la juridiction à saisir en raison de la matière du différend⁴⁷. Elles concernent « la structure de l'administration de la justice » ou l'organisation judiciaire et sont donc en principe « d'ordre public, rigoureusement impératives »⁴⁸. Comme le précise l'article 1926.1 *C.c.B.-C.*, en concluant une convention d'arbitrage, les parties excluent de la compétence des tribunaux ordinaires un différend, donc une matière. Les tribunaux étatiques saisis en violation d'une convention d'arbitrage devront se déclara-

⁴⁰*Supra*, note 3 à la p. 541.

⁴¹Ancien art. 951 *C.p.c.*, avant la modification de L.Q. 1986, c. 73, art. 2 : « La clause compromissoire doit être constatée par écrit. » Voir aussi J.E.C. Brierley, « La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois ? » [1975] *Rev. arb.* 154.

⁴²Art. 1926.1 *C.c.B.-C.* : « La convention d'arbitrage est un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. »

⁴³[1983] 1 R.C.S. 529, [1983] R.D.J. 277 [ci-après *Zodiak* cité aux R.C.S.]. Voir sur cet arrêt M. Lalonde, J.N. Buchanan et J.C. Ross, « Domestic and International Commercial Arbitration in Quebec: Current Status and Perspectives for the Future » (1985) 45 R. du B. 705 à la p. 715 [ci-après Lalonde].

⁴⁴Cet arrêt affirma aussi pour la première fois la validité de la clause compromissoire jusque-là considérée comme contraire à l'ordre public. Pour un exposé du droit antérieur, voir *Zodiak*, *ibid.* à la p. 536 et s.

⁴⁵*Ibid.* à la p. 550, M. le juge Chouinard. S'il s'était agi d'une action déclinatoire de compétence *ratione personae* suivant l'art. 68 *C.p.c.*, l'action aurait dû être intentée au plus tard dans les cinq jours impartis pour produire un avis de comparution en vertu de l'art. 161 *C.p.c.*

⁴⁶Voir cependant E. Groffier, « Jurisprudence récente en matière d'arbitrage » (1983) 43 R. du B. 928 à la p. 932 et s.

⁴⁷*Zodiak*, *supra*, note 43 à la p. 545.

⁴⁸H.P. Glenn, « Prorogation volontaire et compétence internationale » (1977) 23 R.D. McGill 125 à la p. 126. Voir aussi, P. Tessier *et al.*, *Cours de formation pratique du Barreau du Québec : Preuve et procédure*, Montréal, Barreau du Québec, 1991 à la p. 208.

rer incompétents *ratione materiae* en raison du caractère arbitral de l'objet du différend envisagé dans la convention, sous réserve des questions qui ne sont pas arbitrables parce que d'ordre public⁴⁹ et d'une façon plus générale, sous réserve de la nullité de la convention d'arbitrage⁵⁰.

Quant aux règles de compétence *ratione personae* régies par l'article 68 *C.p.c.*, elles permettent de choisir, entre juridictions du même ordre, celle qui sera compétente en fonction du « rattachement géographique des causes à une circonscription judiciaire »⁵¹. Ainsi l'expression « nonobstant toute convention contraire » de l'article 68 *C.p.c.* ne concerne que les clauses attributives de compétence territoriale et ne vise donc pas les conventions d'arbitrage⁵². La convention d'arbitrage n'implique pas un choix entre juridictions du même ordre puisqu'elle oppose la juridiction du tribunal arbitral à celle de tous les tribunaux ordinaires, de quelque ordre qu'ils soient.

Dans l'arrêt *Importations Cimel Ltée c. Pier Augé Produits de Beauté*, la Cour d'appel précisa, en obiter, la distinction entre une clause d'élection de for et une clause compromissoire en ces termes :

Dans la clause de *Zodiak*, la Cour suprême a décidé que l'inclusion d'une clause compromissoire rend incompétentes les juridictions de droit commun parce qu'il s'agit d'une incompétence *ratione materiae*. L'article 68 qui parle du lieu d'introduction de l'action concerne une juridiction *ratione personae*. Par conséquent, même si nos tribunaux ont juridiction à cause des mots « et nonobstant convention contraire » qu'on trouve à l'article 68, une telle juridiction peut être enlevée s'il existe une clause compromissoire parfaite [...]»⁵³.

Ainsi, une clause compromissoire parfaite ayant pour effet d'enlever aux tribunaux québécois toute juridiction *ratione materiae*, ces derniers ne peuvent avoir compétence *ratione personae* en vertu de l'article 68 *C.p.c.* Malgré cela, M. le Doyen Brierley semble regretter « pour la cohérence de l'ensemble des textes »⁵⁴ que le législateur de 1986 n'ait pas assuré une concordance entre l'article 1926.1 *C.c.B.-C.* et l'article 68 *C.p.c.* en ajoutant à ce dernier les mots suivants : « sous réserve toutefois des dispositions concernant l'arbitrage conventionnel »⁵⁵. Il reconnaît toutefois que cette contradiction n'est qu'apparente et que l'insertion d'une telle modification dans le texte même de l'article 68 *C.p.c.* aurait l'effet adverse d'assimiler la convention d'arbitrage à une exception à la compétence habituelle des tribunaux étatiques.

⁴⁹Voir Brierley, *supra*, note 3 à la p. 542. À ce propos, les travaux préparatoires de la *Loi-type de la CNUDCI* montrent que cette dernière inclut la question de l'arbitrabilité dans la nullité de la convention d'arbitrage ; voir Neuhaus et Holtzman, *supra*, note 20 aux pp. 318, 320.

⁵⁰Voir le texte de l'art. 940.1 *C.p.c.*, *supra*, note 5.

⁵¹Cette expression est de M. le juge Albert Mayrand, cité dans *Zodiak*, *supra*, note 43 à la p. 545. Le rattachement qui définit la compétence *ratione personae* peut s'effectuer suivant des critères tenant à la résidence ou au domicile du défendeur, à la localisation de l'objet du litige ou de l'endroit où ce dernier a pris naissance. L'art. 68 *C.p.c.* se trouve d'ailleurs au Chapitre III intitulé « Du lieu d'introduction de l'action ».

⁵²J. Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987 à la p. 141.

⁵³[1987] R.J.Q. 2345 à la p. 2349 (C.A.) [ci-après *Cimel*].

⁵⁴*Supra*, note 3 à la p. 541.

⁵⁵*Ibid.*

En fait, les hésitations manifestées à propos de la compatibilité des conventions d'arbitrage avec l'article 68 *C.p.c.* viendraient peut-être d'une assimilation hâtive entre incompétences *ratione materiae* et absolue d'une part, et incompétences *ratione personae* et relative, d'autre part⁵⁶.

Cette assimilation doit toutefois être nuancée. D'une part, les règles de compétence *ratione materiae* peuvent être sanctionnées par une incompétence relative⁵⁷, tandis que certaines règles de compétence *ratione personae* peuvent être sanctionnées par une incompétence absolue⁵⁸.

D'autre part, comme le fait remarquer le professeur H.P. Glenn⁵⁹, malgré l'arrêt *Alimport c. Victoria Transport Ltd*⁶⁰, le caractère impératif ou relatif des règles de compétence territoriale interne n'est pas forcément reproduit en matière de compétence internationale des tribunaux québécois⁶¹. Comme il ressort en fin de compte de l'arrêt *Zodiak*⁶² ainsi que des nouvelles dispositions du *Code de procédure civile* sur l'arbitrage, l'incompétence *ratione materiae* des tribunaux québécois saisis en violation d'une convention d'arbitrage est relative. En effet, les parties peuvent remédier à cette incompétence par leur renonciation à l'application de la convention d'arbitrage⁶³. De plus, le juge étatique saisi en violation d'une convention d'arbitrage ne peut soulever d'office le renvoi à l'arbitrage⁶⁴. Il s'agit là d'une exception au principe de l'article 164 *C.p.c.* selon lequel l'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée d'office par le juge.

II. Le principe de la compétence de l'arbitre à statuer sur sa propre compétence : applications pratiques

La différence entre les types de véhicules procéduraux utilisés au Québec et dans les provinces de *common law* pour référer les parties à l'arbitrage

⁵⁶Voir sur ce parallèle l'arrêt *Zodiak*, *supra*, note 43 à la p. 544 et la discussion relative à son effet sur la jurisprudence ultérieure dans Lalonde, *supra*, note 43 à la p. 715 et s. Voir enfin Groffier, *supra*, note 46 à la p. 933 et s.

⁵⁷En droit canadien, voir Lalonde, *ibid.* à la p. 717. Voir en droit français, Vincent et Guinchard, *supra*, note 39 à la p. 274.

⁵⁸Telle la nullité d'une clause attributive de compétence territoriale posée par l'art. 68 *C.p.c.* Voir les propos de M. le juge Malouf dans l'arrêt de la Cour d'appel, *Cimel*, *supra*, note 53 à la p. 2350 : Tout ceci m'amène à la conclusion que l'expression « nonobstant toute convention contraire », incluse à l'article 68 *C.p.c.*, a pour effet de pouvoir rendre nulle une clause d'élection de for qui a pour objet de soustraire un litigant à la juridiction des tribunaux québécois.

Voir en droit français l'art. 48 *Nouv. C.p.c.* et Vincent et Guinchard, *supra*, note 39 à la p. 282.

⁵⁹*Supra*, note 48 à la p. 125, commentant le jugement de la Cour supérieure (18 juillet 1974), Montréal 500-05-006111-73, confirmé par la Cour suprême [1977] 2 R.C.S. 858.

⁶⁰[1977] 2 R.C.S. 858. Cet arrêt avait posé le principe selon lequel la compétence internationale des tribunaux québécois est définie par l'extension des règles de compétence territoriale interne que l'on retrouve aux art. 27 *C.c.B.-C.* et 68 *C.p.c.*

⁶¹Glenn, *supra*, note 48 à la p. 130.

⁶²*Supra*, note 43. Comparer Lalonde, *supra*, note 43 à la p. 715 et s.

⁶³Voir les propos de M. le juge Chouinard dans l'arrêt *Zodiak*, *ibid.* à la p. 550 : « Je conviens que puisque l'incompétence découle de la convention entre les parties, celles-ci puissent renoncer à la clause compromissoire comme il fut décidé dans l'arrêt *Caribou Construction*. » Voir aussi Brierley, *supra*, note 3 à la p. 567.

⁶⁴Art. 940.1 *C.p.c.* : « un tribunal renvoie [...] les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles [...] » [nos italiques].

explique peut-être la réticence traditionnelle de ces provinces à reconnaître à l'arbitre la compétence de statuer sur sa propre juridiction. Ce principe est pourtant important lorsqu'une partie liée par une convention d'arbitrage désire en éviter l'application en saisissant les tribunaux étatiques.

A. *Au Québec : de la définition de la cause d'action et la compétence arbitrale*

La convention d'arbitrage investit l'arbitre d'une mission juridictionnelle⁶⁵. Il doit donc pouvoir, comme un juge, se prononcer sur sa propre compétence tel que le reconnaissent le droit québécois⁶⁶ et le droit français⁶⁷. Il s'agit du principe de la « Kompetenz-Kompetenz »⁶⁸. Ce principe est souvent confondu avec celui de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat auquel elle se rattache⁶⁹. Il doit pourtant en être distingué, car l'autonomie de la convention d'arbitrage est une question de fond⁷⁰, tandis que le principe de la « compétence-compétence » est une question de procédure qui subsiste même si l'on reconnaît l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage⁷¹.

L'arbitre a donc en droit québécois la compétence de statuer non seulement sur la validité de sa juridiction⁷², mais aussi sur les limites de cette dernière, c'est-à-dire de vérifier si l'objet du litige dont il est saisi entre dans la mission définie par les parties dans la convention d'arbitrage⁷³.

⁶⁵Voir C. Jarroson, *supra*, note 2 à la p. 108.

⁶⁶Voir l'art. 943 *C.p.c.* : « Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence. » Bien avant la réforme de 1986, la compétence des arbitres de statuer sur l'étendue de leur compétence avait été reconnue par la Cour supérieure dans l'arrêt *Prévost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc.* (12 mars 1980), Montréal 500-05-023495-765, J.E. 80-298 (C.S.) à la p. 2 et s., en ces termes :
S'il s'agit là d'une clause compromissoire valide, non seulement la Cour n'a pas à se prononcer sur la nature du document qui fait l'objet du litige ou sur le bien-fondé des dommages réclamés, mais encore elle ne peut décider si la dispute entre les parties se situe à l'intérieur de la juridiction attribuée à l'arbitre.

⁶⁷Art. 1466 *Nouv. C.p.c.* : « Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou dans son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture. »

⁶⁸Ou principe de la « compétence de la compétence » qui toucherait en réalité davantage à l'étendue des pouvoirs des arbitres qu'à leur compétence *per se* dans la mesure où il s'agit de savoir si l'arbitre peut statuer sur la validité du contrat ou de la convention litigieuse dont il tire son investiture. Sur l'origine de cette expression du droit allemand, voir A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989 à la p. 179. Voir aussi H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974 à la p. 189 et s.

⁶⁹Voir par exemple J. Robert, *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983 à la p. 135. À noter que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire figure à l'art. 16(1) de la *Loi-type de la CNUDCI* consacré à la « compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence ».

⁷⁰Samuel, *supra*, note 68 à la p. 184. Voir aussi *Juris-classeur de procédure civile*, vol. 8, fasc. 1032, par É. Loquin, n° 61 [ci-après *Fasc. 1032*].

⁷¹Voir R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 à la p. 265. Voir aussi Samuel, *ibid.*

⁷²Voir sur ce point S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne, droit international privé*, Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1991 à la p. 56 et s.

⁷³À noter qu'en droit français, par l'effet de l'art. 1458 *Nouv. C.p.c.*, la compétence des arbitres de statuer sur leur propre compétence est exclusive lorsque ceux-ci ont déjà été saisis.

Dès lors, lorsqu'un juge est saisi d'un litige dont le défendeur allègue qu'il fait l'objet d'une convention d'arbitrage valide, se pose la question suivante : comment concilier le respect de la compétence *ratione materiae* des arbitres avec la vérification par le juge qu'il s'agit effectivement d'un différend qui fait partie du champ d'application d'une convention d'arbitrage. La question est d'autant plus délicate que le principe fondamental du caractère optionnel du système judiciaire québécois implique qu'il appartient au demandeur d'articuler la cause d'action de façon à fonder la compétence du tribunal auquel il s'adresse. Or, dans l'arrêt *Wabasso Ltd c. National Drying Machinery Co.*⁷⁴, la Cour suprême a ouvert la voie à une extension de la compétence internationale des tribunaux québécois⁷⁵, en permettant au demandeur de définir étroitement la cause d'action afin de fonder leur compétence⁷⁶. Comme le souligne le professeur H.P. Glenn :

[L]a cause d'action est limitée à ce que le demandeur présente, et à ce que le demandeur *doit prouver* [...]. L'arrêt *Wabasso* en donnant une définition étroite de la 'cause d'action', permet simplement de tirer le maximum de compétence territoriale du texte de l'article 68 *C.p.c.*⁷⁷

On conçoit aisément le danger que présente l'application par les tribunaux québécois du raisonnement de l'arrêt *Wabasso* non plus aux fins d'étendre leur compétence internationale, mais pour éviter qu'une convention d'arbitrage ne leur enlève une compétence qu'ils auraient sans cette convention. Cette démarche est contestable, non seulement parce qu'elle est susceptible d'anéantir l'effectivité de toute convention d'arbitrage, mais encore parce qu'une convention d'arbitrage touche à la compétence *ratione materiae* des tribunaux étatiques et non pas à leur compétence *ratione personae*. Elle a néanmoins été suivie par trois arrêts de la Cour d'appel⁷⁸, dont deux postérieurs à la loi de 1986 sur l'ar-

⁷⁴[1981] 1 R.C.S. 578, 19 C.C.L.T. 177 [ci-après *Wabasso* cité aux R.C.S.], inf. [1979] C.A. 279. Pour des discussions sur cet arrêt, voir les actes d'un colloque de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit dans (1982) 27 R.D. McGill 788 et notamment H.P. Glenn, « De la cause d'action et de la compétence internationale » (1982) 27 R.D. McGill 788 à la p. 793.

⁷⁵On entend par compétence internationale des tribunaux québécois une compétence qui serait susceptible d'être attribuée à un tribunal étranger. Cet arrêt permet au demandeur, dans une action en responsabilité du fabricant-vendeur, d'attirer le défendeur devant un tribunal qui n'est pas du ressort de son domicile. En effet, le dommage se produit souvent au lieu d'utilisation du produit, soit dans le ressort du domicile du demandeur.

⁷⁶Les faits sont les suivants : l'appelante, une société québécoise, tentait d'amener devant la Cour supérieure du District de Trois-Rivières une société américaine. Cette dernière alléguait l'incompétence des tribunaux québécois au motif qu'aucun des cas prévus par l'art. 68 *C.p.c.* ne pouvait s'appliquer en l'espèce. L'appelante fondait son recours sur une faute qui aurait été commise par l'intimée en ne l'informant pas suffisamment sur les conditions d'entretien de la machine que l'intimée lui avait vendue. Elle alléguait qu'il s'agissait d'une faute délictuelle de façon à écarter le contrat entre les parties qui, ayant été conclu à l'étranger, n'aurait pas permis de fonder la compétence de la Cour supérieure. La Cour suprême a donné raison à l'appelante parce que « toute la cause d'action telle que libellée a pris naissance dans le district de Trois-Rivières » remplissant l'un des chefs de compétence prévu par l'art. 68 *C.p.c.* (*supra*, note 74 à la p. 592).

⁷⁷*Supra*, note 74 aux pp. 797, 799.

⁷⁸*Procon (Great Britain) Ltd c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565 [ci-après *Procon*] ; 136067 *Canada Inc. c. Watson Computer Products Inc.* (9 avril 1987), Montréal 500-09-000231-878 (C.A.), [ci-après *Watson Computer*], M.M. les juges Montgomery, Jacques et Vallerand conf. (21 janvier 1987), Montréal 500-05-009903-863, J.E. 87-403 (C.S.) ; *Sico c. Ripolin* (10 janvier 1989),

bitrage. Par la suite, l'arrêt *Condominiums Mont St-Sauveur c. Constructions Serge Sauvé Ltée*⁷⁹ adopta une attitude plus favorable à l'arbitrage. Mais les progrès réalisés furent annihilés par la Cour d'appel dans l'affaire *C.C.I.C. Consultech International c. Howard R. Silverman*⁸⁰.

1. Jurisprudence retenant une définition étroite de la cause d'action : conséquences sur l'arbitrage

Dès avant l'arrêt *Wabasso*, la Cour d'appel dans l'affaire *Procon*⁸¹ a retenu une définition étroite de la cause d'action tout à fait significative de la menace qu'une telle définition fait peser sur l'efficacité des conventions d'arbitrage.

Il s'agissait en l'espèce d'une action intentée par une compagnie pétrolière contre un entrepreneur et un sous-traitant de ce dernier en raison de dommages survenus aux réservoirs qu'ils avaient construits. La Cour d'appel refusa d'appliquer la clause compromissoire contenue dans le contrat de construction parce que la demanderesse alléguait que son action était fondée sur la responsabilité légale du constructeur prévue à l'article 1688 *C.c.B.-C.*, qui est d'ordre public. Elle alléguait en outre la responsabilité délictuelle des articles 1053 et 1054 du *C.c.B.-C.*⁸², ce qui lui permettait de remplir le chef de compétence *ratione personae* des tribunaux québécois de l'article 68(2) *C.p.c.* et de conclure que « toute la cause d'action [avait] pris naissance dans le district de Québec »⁸³.

La demanderesse désirait en effet éviter l'application du contrat de construction qui la liait à la défenderesse, non seulement parce qu'il contenait une convention d'arbitrage⁸⁴, mais aussi parce que, du point de vue de la compétence *ratione personae* des tribunaux québécois, le contrat avait été conclu à Londres et la défenderesse n'avait ni domicile ni biens au Québec. Ainsi, les chefs de compétence prévus aux paragraphes I et 3 de l'article 68 *C.p.c.* ne pouvaient trouver application.

La Cour d'appel s'est placée sur le plan de sa compétence *ratione personae*, ayant constaté l'illicéité de la clause compromissoire incluse dans le contrat « comme portant sur la disposition d'ordre public qu'est l'article 1688 du *Code civil* »⁸⁵. Elle retint une définition étroite de la cause d'action qui la conduisit à écarter le contrat de construction pour conclure que la cause d'action

Montréal 500-09-000789-883, J.E. 89-331 (C.A.), MM. les juges Monet, Tyndale et Mme la juge Tourigny, inf. (9 juin 1988), Montréal 500-05-001841-871, J.E. 88-992 (C.S.), M. le juge Phelan [ci-après *Sico*].

⁷⁹[1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), M. le juge Rothman [ci-après *Condominiums Mont St-Sauveur*].

⁸⁰(24 mai 1991), Montréal 500-09-001-47-901, J.E. 91-987 (C.A.) MM. les juges McCarthy, Brossard et Dussault [ci-après *CCIC Consultech*].

⁸¹*Supra*, note 78.

⁸²Voir aussi Brierley, *supra*, note 3 à la p. 545. Voir aussi Lalonde, *supra*, note 43 à la p. 723 et s.

⁸³*Procon*, *supra*, note 78 à la p. 567.

⁸⁴La clause compromissoire soumettait à l'arbitrage de la Cour d'arbitrage de Londres « any question, dispute or difference [arising] between the purchaser and/or the engineer and the contractor » (citée dans *ibid.* à la p. 566).

⁸⁵*Ibid.* à la p. 567. À noter que le défendeur n'avait pas soulevé l'incompétence *ratione materiae* de la Cour supérieure.

avait pris naissance au Québec⁸⁶. La courte opinion de M. le juge Lajoie est annonciatrice du raisonnement tenu plus tard dans l'arrêt *Wabasso* :

Vu l'article 68.2 C.P., étant d'avis que la cause de l'action purement personnelle de Golden Eagle contre les défenderesses, *telle qu'intentée*, a pris naissance dans le district judiciaire de Québec, que les clauses compromissaires ne sont pas applicables au recours de la demanderesse *tel qu'exercé* [...] [nos italiques]⁸⁷.

L'arrêt de la Cour d'appel *Watson Computer* s'inscrit également dans la lignée de l'arrêt *Wabasso*, mais avec la particularité qu'il mit en cause une pluralité de défendeurs dont certains seulement étaient liés au demandeur par une convention d'arbitrage. La demanderesse était le distributeur exclusif des produits de la défenderesse, Watson Computer, au Québec. Apprenant qu'une tierce société qui possédait directement et indirectement 25 % des actions du distribué avait réalisé une vente importante des produits de ce dernier en violation du contrat de distribution, elle assigna Watson Computer en réclamation de la commission qu'elle aurait dû percevoir en vertu du contrat. Elle poursuivit également dans le même recours, le distribué et la tierce société en responsabilité conjointe et solidaire pour conspiration frauduleuse, se plaçant ainsi sur le terrain de la responsabilité délictuelle⁸⁸. Watson Computer invoqua alors la clause compromissoire contenue dans le contrat de distribution⁸⁹.

La Cour d'appel confirma le jugement de la Cour supérieure qui rejetait l'exception déclinatoire de compétence fondée sur la clause compromissoire⁹⁰. Pour ce faire, elle se fonda sur le caractère mixte, c'est-à-dire contractuel et quasi-délictuel, du recours de la société demanderesse qu'elle estima aller au-delà de la simple rupture de contrat. M. le juge Vallerand refusa, sans beaucoup d'explications, de se prononcer sur la branche du recours qui portait sur la responsabilité contractuelle :

[J]e n'exprime pas d'avis à savoir si la clause d'arbitrage s'applique au cas, à telle enseigne qu'on puisse l'opposer au recours judiciaire fondé uniquement sur le défaut contractuel⁹¹.

M. le juge Jacques exclut formellement l'application de cette clause compromissoire parce que la demande n'était pas fondée sur le contrat⁹².

Ce qui motiva également la Cour d'appel est le fait qu'il y avait une pluralité de défendeurs dont seulement certains étaient liés par la convention d'arbitrage :

⁸⁶Les réservoirs avaient été érigés et le dommage s'était produit au Québec.

⁸⁷*Procon, supra*, note 78 à la p. 568.

⁸⁸Art. 1106 C.c.B.-C. : « L'obligation résultant d'un délit ou quasi-délit commis par deux personnes ou plus est solidaire. »

⁸⁹La clause compromissoire prévoyait : « [A]ny disputes or questions arising hereunder including the construction or application of this Agreement shall be settled by arbitration [...] » (citée dans *supra*, note 78 à la p. 2).

⁹⁰M. le juge Downs de la Cour supérieure de Montréal avait conclu que la convention d'arbitrage n'a certes pas pour effet d'éliminer le recours quasi-délictuel solidaire impliquant une tierce partie. Dans cette perspective, la clause compromissoire doit s'interpréter restrictivement et l'action telle qu'intentée doit demeurer (cité dans *ibid.* à la p. 10).

⁹¹*Ibid.* à la p. 3.

⁹²*Ibid.* à la p. 2.

[Q]uoi qu'il en soit il n'y a présentement qu'un seul recours tendant à une condamnation solidaire de deux défendeurs dont un seul est lié par la clause compromissoire. On ne saurait imposer à celui-ci la soumission dérogatoire au droit commun à une juridiction autre que celle précisément de droit commun⁹³.

L'arrêt *Watson Computer* fut suivi par la Cour supérieure dans l'arrêt *Société de gestion Pamafret Ltée c. Dupont*⁹⁴. Les parties avaient conclu un contrat de licence visant la cession à une troisième société du droit d'utiliser un brevet dont elles étaient copropriétaires. Le défendeur, Dupont, vendit tous ses droits dans sa part du brevet à une tierce partie d'une façon qui portait atteinte à la clause d'incessibilité contenue dans le contrat. Dupont, pour contester la compétence de la Cour supérieure, opposa la clause compromissoire du contrat⁹⁵. Pour fonder la compétence de la Cour, la société Pamafret alléguait, entre autres moyens, que le fondement mixte, c'est-à-dire à la fois contractuel et délictuel, de son action avait pour effet d'exclure l'application de la clause compromissoire. La Cour supérieure lui donna raison et conclut :

[L]a clause compromissoire ne s'applique pas au litige *tel que formulé par la demanderesse*, à cause de son fondement cumulatif allégué d'origine quasi-délictuelle [nos italiques]⁹⁶.

Enfin, l'arrêt de la Cour d'appel *Sico* constitue une démarcation nette par rapport aux arrêts précédents en ce qu'il donna effet à la convention d'arbitrage. Toutefois, il est regrettable que la Cour d'appel ait subordonné l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'incompétence *ratione personae* de la Cour supérieure.

Dans cette affaire, la société française Ripolin avait cédé à Sico la technologie et les composants servant à faire de la peinture par un contrat contenant une clause compromissoire soumettant « tout différend » à l'arbitrage. La peinture vendue par Sico causa à l'un de ses clients de sérieux dommages suite à un changement dans la recette de la peinture par Ripolin. Sico et son assureur indemniserent ce client et, afin d'éviter l'application de la convention d'arbitrage, prétendirent être subrogés dans les droits du client pour se retourner contre Ripolin aux fins d'indemnisation. S'appuyant principalement sur l'arrêt *Wabasso* et en insistant sur la subrogation, les demanderesse formèrent un recours en responsabilité délictuelle contre Ripolin en tant que fabricant-vendeur⁹⁷ afin de fonder le seul chef de compétence territoriale des tribunaux

⁹³M. le juge Vallerand, *ibid.*

⁹⁴(10 mars 1989), Montréal 500-05-014167-884, J.E. 89-758 (C.S.), M. le juge A. Brossard [ci-après *Société de Gestion Pamafret*].

⁹⁵Cette clause soumettait à l'arbitrage « toute difficulté d'interprétation, d'application, d'exécution ou tout autre litige issu de la présente convention, y compris son annulation » (*ibid.* à la p. 4).

⁹⁶*Ibid.* à la p. 13.

⁹⁷Le paragraphe 17 de la déclaration déposée par Sico et son assureur en Cour supérieure se lit comme suit :

La défenderesse Ripolin est responsable des dommages ainsi subis par Bombardier Inc. ou par Sico Inc. autant eu égard à sa responsabilité de fabricant-vendeur qu'à celle découlant de la convention P-2 (c'est-à-dire du contrat intervenu entre Sico et Ripolin) (cité dans *supra*, note 78 à la p. 12 (C.A.)).

québécois qui leur restait⁹⁸, soit le paragraphe 2 de l'article 68 *C.p.c.*, et alléguer que « [t]oute la cause d'action [avait] pris naissance » dans le district de Montréal. Paradoxalement, les demanderessees invoquèrent aussi l'arrêt *Kravitz*⁹⁹ pour établir que, subrogées dans les droits de Bombardier, elles avaient un recours direct contre Ripolin. Ce qui laissait à penser que leur recours n'était pas uniquement délictuel.

La Cour supérieure rejeta l'exception déclinatoire fondée sur la clause compromissaire au motif que les demanderessees avaient entendu se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle¹⁰⁰ plutôt que contractuelle, puisque subrogées dans les droits de leur client, et se déclara compétente en vertu de l'article 68(2) *C.p.c.* :

Having concluded supra that the *demand as expressed in the declaration is one in delict* pursuant to the provisions of articles 1053 and 1054 *C.c.* and not one respecting a « différend » in respect of the contract the Court must find that such clause may not in these circumstances operate to exclude its jurisdiction in these circumstances [nos italiques]¹⁰¹.

La Cour d'appel infirma ce jugement en déclinant la compétence *ratione personae* de la Cour supérieure au titre de l'article 68(2) *C.p.c.*, car « toute la cause d'action n'[avait] pas pris naissance au Québec », qu'il s'agisse d'une faute délictuelle¹⁰² ou de l'inexécution d'une obligation contractuelle¹⁰³. Ce n'est qu'en tout dernier lieu qu'elle examina le contrat conclu entre Sico et Ripolin pour donner effet à la clause compromissaire qualifiée de parfaite parce que le contrat « [avait] essentiellement pour but la transmission de connaissances et de recettes ». Il était donc sous-entendu que le différend qui portait sur les effets d'un changement par Ripolin dans la formulation de sa peinture était lié au contrat et entré dans le champ d'application de la clause compromissaire.

⁹⁸En effet, Ripolin, société française, n'ayant ni bien, ni domicile quel qu'il soit au Québec, elle ne pouvait être poursuivie devant les tribunaux québécois sur le fondement du para. 1 de l'art. 68 *C.p.c.* ni même en vertu du para. 3 de l'art. 68 *C.p.c.* puisque le contrat entre Sico et Ripolin avait été conclu en France.

⁹⁹*General Motors of Canada Ltd c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 93 D.L.R. (3d) 481, relatif à l'étendue de la garantie du fabricant conférée au tiers acquéreur.

¹⁰⁰Art. 1053 et 1054 *C.c.B.-C.*

¹⁰¹*Supra*, note 78 à la p. 16.

¹⁰²À propos de l'allégation de la responsabilité délictuelle, Mme la juge Tourigny, *supra*, note 78 à la p. 10 conclut :

[Q]ue ce soit la conception de la recette ou son exécution par Ripolin qui soit erronée, c'est en France que cette faute s'est produite.

Pour elle, à l'instar de M. le juge Chouinard dans l'arrêt *Wabasso*, *supra*, note 74 aux pp. 591-92, l'expression « toute la cause d'action » signifie « tous les faits dont la preuve doit être faite pour que l'action réussisse prennent naissance à cet endroit », ces derniers comprenant tant le dommage que la faute. Si le dommage est survenu au Québec, la faute s'est produite en France. Elle note au surplus que la déclaration de la demanderesse est imprécise sur ce point.

¹⁰³Examinant une éventuelle responsabilité contractuelle de Ripolin envers Bombardier, elle rejette la compétence de la Cour supérieure sur le fondement de l'art. 68(3) *C.p.c.* au motif que le précédent *Kravitz* (*supra*, note 99) n'est pas pertinent, car « l'action telle que prise par Sico et son assureur » n'est pas fondée sur la garantie du vendeur pour les défauts cachés (*supra*, note 78 à la p. 15 et s.).

Il est, avec respect, contestable que la Cour d'appel se soit placée d'emblée sur le terrain de sa compétence *ratione personae* alors qu'elle était saisie d'une exception déclinatoire de compétence *ratione materiae* (en vertu de l'article 164 *C.p.c.*) fondée sur l'existence d'une clause compromissoire. Ce n'est qu'après avoir décliné la compétence de la Cour supérieure à *ce titre* qu'elle donne effet à la clause compromissoire¹⁰⁴.

On peut conclure de cette jurisprudence qu'en se plaçant d'emblée sur le plan de leur compétence *ratione personae*, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, et en retenant une définition étroite de la cause d'action présentée par le demandeur, à l'instar de l'arrêt *Wabasso*, les tribunaux québécois nient toute effectivité aux conventions d'arbitrage.

2. Respect de la compétence *ratione materiae* des arbitres et nécessité d'une définition large de la cause d'action

Les arrêts précédents montrent qu'il suffit au demandeur qui veut éviter l'application d'une convention d'arbitrage de baser son action entièrement ou partiellement sur la responsabilité délictuelle du défendeur pour fonder la compétence du juge saisi. Le demandeur espère par ce moyen que la cause d'action soit interprétée restrictivement de sorte qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage.

Selon l'article 940.1 *C.p.c.*, le juge saisi d'une action en violation d'une convention d'arbitrage renvoie les parties à l'arbitrage sauf s'il constate la nullité de la convention. Toutefois, il est vrai qu'il retient une sorte de contrôle *prima facie* de façon à décider si le différend dont il est saisi relève ou non du champ d'application de la convention d'arbitrage. Cette appréciation par le juge doit être la plus large possible de façon à respecter la compétence du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, tant sur son étendue que sur sa validité. Il est intéressant de noter qu'en droit français, l'objet du litige va être apprécié différemment selon qu'il s'agit de fixer les limites de l'incompétence des juridictions étatiques ou de contrôler si l'arbitre n'a pas dépassé la mission qui lui a été confiée par les parties au stade de l'exécution de la sentence¹⁰⁵. Dans le premier cas, la jurisprudence a retenu une interprétation large de la mission des arbitres afin de donner le maximum d'efficacité à la convention d'arbitrage¹⁰⁶ et de respecter la compétence *ratione materiae* des arbitres.

a. Remarques sur les conditions d'option entre les régimes de responsabilité en droits québécois et français

En droit français, devant l'extension continue du domaine d'application du régime de responsabilité délictuelle, la doctrine et la jurisprudence ont tenu à réaffirmer la thèse dite du « non-cumul » des responsabilités contractuelle et délictuelle¹⁰⁷.

¹⁰⁴Voir aussi les arrêts *Société de Gestion Pamafret* (*supra*, note 94) et *Watson Computer* (*supra*, note 78) où le juge s'est placé d'emblée sur le terrain de la compétence *ratione personae*.

¹⁰⁵Distinction opérée par Robert, *supra*, note 69 au n° 97.

¹⁰⁶*Fasc. 1032, supra*, note 70 au n° 35.

¹⁰⁷Il s'agit en fait plus d'option que de cumul, d'où le terme de « non-cumul » est impropre.

La doctrine française soutient la thèse du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en raison du caractère distinct de leurs domaines d'application, du fait que la responsabilité délictuelle n'est pas considérée comme d'ordre public. Il s'agit aussi d'éviter que l'extension du champ d'application de la responsabilité délictuelle ne se fasse au détriment de celui de la responsabilité contractuelle, par nature plus restreint et doté d'un certain particularisme¹⁰⁸. Cette spécificité du régime de la responsabilité contractuelle est fondée sur le souci de protéger le contrat.

La jurisprudence a veillé à l'application de la règle du non-cumul lorsque l'extension du domaine d'application de la responsabilité délictuelle a pour effet de modifier, directement ou indirectement, le contenu ou la portée des obligations contractuelles auxquelles les parties ont librement consenti, comme le souligne Mme la professeure G. Viney :

Dans les cas où l'application du régime délictuel aux actions en responsabilité fondées sur l'inobservation entre contractants d'une obligation contractuelle aurait pour effet d'altérer le contenu même des obligations contractuelles, le principe de la force obligatoire du contrat est directement mis en cause. Les tribunaux n'ont donc jamais hésité à s'opposer à cette extension du domaine d'application normal des articles 1382 et suivants du Code civil¹⁰⁹.

Bien que la jurisprudence ait dégagé des exceptions à la règle du non-cumul des responsabilités¹¹⁰, elle l'applique rigoureusement dans le contexte de l'arbitrage parce que le fondement délictuel de l'action est souvent perçu comme un moyen d'éviter l'application de la convention d'arbitrage :

Ajoutons enfin que le souci de faire respecter le contrat a, de la même manière, amené la jurisprudence à refuser l'application aux litiges soumis à l'empire du régime contractuel des règles délictuelles lorsqu'elles auraient pour effet de tenir en échec une [...] clause compromissoire¹¹¹.

En droit civil québécois, le demandeur peut se prévaloir de l'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle depuis l'arrêt *Wabasso*, mais seulement à la condition « que la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'article 1053 C.c.B.-C. même en l'absence de contrat »¹¹².

Ainsi, selon cet arrêt, le demandeur peut utiliser l'option si le délit ou quasi-délit allégué a une existence indépendante du contrat. Tel n'était pas le cas dans les arrêts *Watson Computer*, *Sico* et *Société de Gestion Pamafret*, dans la mesure où la violation alléguée d'obligations d'ordre délictuel ou quasi-

¹⁰⁸G. Viney, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982 à la p. 261.

¹⁰⁹*Ibid.* à la p. 262.

¹¹⁰Voir, de façon générale, M. Espagnon, *La règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle en droit civil français*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1980. Voir aussi, Viney, *ibid.* à la p. 265.

¹¹¹Viney, *ibid.* à la p. 264.

¹¹²*Ibid.* à la p. 590. Voir aussi, J.-L. Baudouin, *Responsabilité civile délictuelle*, 3e éd., Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1990 à la p. 19 : « [L']option ne serait pas ouverte dans tous les cas, mais seulement lorsque la violation de l'obligation pour laquelle on poursuit n'est pas dans une relation suffisamment étroite avec le contenu obligationnel implicite du contrat » [nos italiques].

délictuel ne pouvait être appréciée en dehors des stipulations des contrats qui y avaient donné lieu¹¹³, car c'était la violation du contrat qui était la source de l'acte délictuel. Aussi, dans l'arrêt *Sico, M.* le juge Monet remarqua-t-il à propos de l'allégation par Sico de la responsabilité délictuelle de Ripolin :

D'ailleurs, en l'absence de contrat, on voit mal quelle « faute en soi » pourraient plaider les demandresses¹¹⁴.

Le Projet de loi 125 du *Code civil du Québec*¹¹⁵ interdit l'option entre les deux régimes de responsabilité lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est invoquée¹¹⁶. Selon M. le professeur M. Tancelin, le rejet de l'option apparaît comme une mesure de protection du régime contractuel¹¹⁷.

b. Jurisprudence française sur l'application de la règle du « non-cumul » aux fins d'effectivité d'une convention d'arbitrage

Très tôt, la Cour de cassation affirma le principe selon lequel les tribunaux ordinaires n'étaient pas compétents pour connaître d'une action en responsabilité délictuelle lorsqu'elle était intentée pour éviter l'application d'une convention d'arbitrage qui liait les parties. La Cour de cassation a retenu les critères des liens de connexité ou de causalité entre le délit allégué et le contrat principal.

Dans l'arrêt *Société Merle c. Société Française d'Expansion Commerciale et Industrielle*¹¹⁸, le vendeur attaqua un acheteur devant le Tribunal de commerce de Bordeaux pour lui avoir fait dresser protêt de façon abusive¹¹⁹. La Cour de cassation déclina la compétence des tribunaux ordinaires en raison du fait que l'acte délictuel — le protêt — ne pouvait être apprécié qu'au regard des

¹¹³Ce qui peut expliquer que dans ces arrêts, les tribunaux n'aient pas scindé le recours en deux, se réservant la partie délictuelle du recours. Voir aussi sur l'importance du caractère indivisible du recours *T.D.X. c. Bonspille* (18 décembre 1989), Montréal 500-09-001351-881, J.E. 90-276 (C.A.) et *Entreprises Labler Inc. c. Oeufs Trois-Rivières Ltée* (4 janvier 1990), Québec 200-09-000702-891, J.E. 90-320 (C.A.), MM. les juges Dubé, Jacques et Chouinard.

¹¹⁴*Supra*, note 78 à la p. 2.

¹¹⁵P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1re sess., 34e Lég. Qué., 1990-91 (sanctionné le 18 décembre 1991, L.Q. 1991, c. 64).

¹¹⁶Voir l'art. 1458 :

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

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

¹¹⁷*Des Obligations. Contrat et responsabilité*, 4e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988 à la p. 240.

¹¹⁸Cass. com., 11 octobre 1954, [1955] Rev. arb. 58 [ci-après *Merle*].

¹¹⁹Les parties avaient conclu une vente comptant contre documents qui contenait une convention d'arbitrage soumettant à l'arbitrage « toute difficulté née de l'exécution du contrat ». L'acheteur avait refusé de régler le prix de la vente parce que les documents qui lui avaient été présentés n'étaient pas conformes aux stipulations du marché. Le vendeur fit alors dresser un protêt constatant le refus de payer de l'acheteur. Mais par la suite, l'acheteur régla le prix de vente après avoir obtenu satisfaction quant aux documents.

stipulations contractuelles puisqu'il avait été dressé suite au refus de payer de l'acheteur¹²⁰.

La Cour de cassation a réaffirmé ce principe en 1970¹²¹ et en 1974¹²² de façon à donner plein effet à la clause compromissoire. Dans l'arrêt *Ets. Chavanne c. Fermiers Réunis des Flandres*¹²³ la Cour de cassation était saisie par un concessionnaire d'une action en responsabilité délictuelle de son concédant qui avait fait dresser des constats d'huissiers chez certains de ses clients aux fins d'établir la violation du contrat qui les liait et qui contenait une clause compromissoire¹²⁴. La Cour déclina la compétence des tribunaux ordinaires au motif que le litige ressortissait à l'exécution du contrat de concession, car il nécessitait l'examen des stipulations de ce contrat et la comparaison de ses stipulations avec les éléments relatés dans les constats litigieux.

La jurisprudence de la Cour d'appel reprend également ces critères¹²⁵. Notamment, dans l'arrêt *B.R.G.M. c. Société Patino International N.V.*¹²⁶, le Tri-

¹²⁰La raison du refus de payer était donc directement reliée à la convention et à son interprétation sur laquelle les parties divergeaient d'opinion. Il s'agissait donc bien d'une « difficulté née de l'exécution du contrat ».

¹²¹Cass. com., 17 juin 1970, Bull. civ. 1970.III.300, n° 413. Dans cet arrêt, les vendeurs d'un terrain destiné à l'ouverture et à l'exploitation d'une carrière de dolomite attaquèrent l'acheteur en réparation des dommages qu'ils avaient subis du fait de l'exploitation de cette carrière sur le plan de la responsabilité délictuelle. Comme le contrat de vente prévoyait l'arbitrage pour l'évaluation des dommages causés par l'exploitation de la carrière, la Cour de cassation déclina la compétence des tribunaux ordinaires en des termes clairs :

Attendu que les articles 1382 et ss. du Code civil [relatifs à la responsabilité délictuelle] étrangers aux rapports des parties contractantes ne peuvent pas être invoqués à l'appui d'une demande tendant à la réparation d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour l'appréciation de la responsabilité engagée (*ibid.*).

¹²²Cass. com., 9 juillet 1974, [1976] Rev. arb. 107 (note P. Fouchard) [ci-après Arrêt *Ets. Chavanne*].

¹²³*Ibid.*

¹²⁴La clause d'arbitrage renvoyait à l'arbitrage tout « litige survenant pendant la durée et à propos de l'exécution du présent contrat » (citée dans *ibid.* à la p. 107).

¹²⁵Voir notamment *Dinguidard c. Société Sea Containers*, Paris, 19 janvier 1974, Gaz. Pal. 1974. 1re sem. Jur.335 (note A. Plancqueel), (1975) 64 Rev. crit. dr. int. privé 97 (note H. Gaudemet-Tallon), [1976] Rev. arb. 117 (note R. Funck-Brentano) (cité à la Rev. arb.) où un transporteur maritime avait été poursuivi pour avoir livré des marchandises en état de putréfaction. Le transporteur appela en garantie la société locatrice du container frigorifique défectueux qui invoqua alors la clause compromissoire insérée dans le contrat de location prévoyant que tous les litiges nés à l'occasion du bail seraient réglés par arbitrage à New York. Le transporteur alléguait que la clause compromissoire ne pouvait pas lui être opposée du fait, entre autres, que la société locatrice aurait commis une faute lourde équipollente au dol en lui louant un container dont elle ne pouvait ignorer les vices et qu'ainsi son action était située sur le terrain de la responsabilité délictuelle. La Cour de cassation rejeta ce moyen en se basant sur le principe du non-cumul des responsabilités : [P]our justifier son appel en garantie [...] le demandeur [...] ne saurait, après avoir admis qu'il est engagé en tant que transporteur, c'est-à-dire sur le terrain contractuel, tenter de faire substituer à la responsabilité qu'il a encourue de ce chef, celle que devrait assumer son garant au plan délictuel (*ibid.* à la p. 118).

¹²⁶Paris, 11 décembre 1981, [1982] Rev. arb. 311 (note J. Rubellin-Devichi) [ci-après *B.R.G.M.*] où à l'instigation du gouvernement français, une société canadienne Patino Mining Corporation, par l'intermédiaire d'une filiale Patino International N.V., créa en 1970 une société française COFREMI destinée à l'exploitation d'un gisement de nickel. En 1975, sous la pression du gouver-

bunal de commerce était saisi d'une action fondée sur la violation d'un protocole d'accord de cession d'actions qui contenait une clause d'arbitrage¹²⁷. La Cour d'appel réaffirma la nécessité de donner effet à la convention d'arbitrage en ces termes :

Considérant que le Tribunal ne pouvait donc, du seul fait de la mise en cause de la responsabilité délictuelle de l'un des contractants, le B.R.G.M., faire échec à la compétence de la juridiction arbitrale, sans priver de tout effet la clause compromissoire¹²⁸.

En conclusion, il semble bien acquis en droit français que la mise en jeu ou la simple allégation d'un motif fondé sur la responsabilité délictuelle née à l'occasion d'un contrat est impuissante à éluder la compétence *ratione materiae* des arbitres.

c. *Les incertitudes de la jurisprudence québécoise malgré l'arrêt de la Cour d'appel Condominiums Mont St-Sauveur*

On aurait pu clore le débat sur le récent arrêt *Condominiums Mont St-Sauveur*, où la Cour d'appel délivra un jugement favorable à une interprétation large du champ d'application de la convention d'arbitrage et de la cause d'action, laissant aux arbitres le soin de statuer sur leur propre compétence. Mais l'arrêt *CCIC Consultech* constitue un net recul et laisse à penser qu'au Québec, ces solutions sont loin d'être acquises.

Dans l'arrêt *Condominiums Mont St-Sauveur*, le propriétaire d'un important projet de construction de condominiums intenta une action en responsabilité conjointe et solidaire devant la Cour supérieure contre l'entrepreneur et les

nement français, la COFREMI devint à 90 % la propriété d'un établissement public français, le B.R.G.M. Le protocole d'accord de cession prévoyait dans son art. 7 que la société Patino International N.V. aurait la possibilité de se retirer de la COFREMI si le B.R.G.M. envisageait de vendre ses actions à un groupe de nationalité étrangère, ce dernier devant alors racheter les 10 % du capital détenu par Patino N.V. et régler le solde de ses créances. Le même protocole précisait que l'expression « groupe de nationalité étrangère » désignait une société dont moins de 50 % du capital était détenu par des personnes physiques ou morales de nationalité française. Le protocole contenait une clause soumettant à l'arbitrage « tous différends découlant du protocole ».

¹²⁷Le B.R.G.M. constitua avec le groupe américain Amax, une société française Promotion des Mines dont ils détenaient respectivement 51 % et 49 % du capital. La société Patino N.V. qui n'avait pu faire jouer le protocole d'accord et se faire racheter ses 10 % de parts dans COFREMI, saisit le Tribunal de commerce de Paris en lui demandant à titre principal les sommes d'argent dues au titre de l'art. 7 du protocole et à titre subsidiaire la condamnation du groupe Amax et du B.R.G.M. sur le fondement d'une fraude à ses droits. Sur ce dernier point, Patino International N.V. alléguait que le B.R.G.M. aurait constitué la société Promotion des Mines avec le groupe Amax dans le seul but de tourner les termes du protocole.

¹²⁸*Supra*, note 126 à la p. 315. Toutefois, la Cour d'appel confirma la compétence du tribunal de commerce en raison de l'indivisibilité constatée des actions engagées tant à titre principal que subsidiaire « car le fait qui leur est reproché n'aurait pu être commis par eux que d'une manière conjointe ». Cette indivisibilité des actions permettait, selon la Cour d'appel, de prévenir tout risque de contrariété de jugements. En outre, elle constate qu'étant donné que les sociétés Amax étaient avec le B.R.G.M., les sociétés fondatrices de la société Promotion des Mines dont la société Patino N.V. entendait prouver la constitution frauduleuse, l'action contre les sociétés Amax présentait un caractère sérieux qui excluait une volonté de se soustraire à l'arbitrage par Patino International N.V.

architectes pour différents défauts de conception et de construction du projet. Une requête en exception déclinatoire de compétence de la Cour supérieure fondée sur la convention d'arbitrage contenue au contrat¹²⁹ fut accueillie essentiellement parce que les questions en litige touchaient le contrat de construction et étaient arbitrables¹³⁰.

En appel, le propriétaire soutint que le différend n'entraînait pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. En effet, son action n'était pas exclusivement fondée sur l'inexécution d'obligations découlant du contrat, mais reposait d'une part sur la responsabilité conjointe et solidaire de l'architecte et de l'entrepreneur en cas de perte de l'édifice pour vice de construction (article 1688 *C.c.B.-C.*) et, d'autre part, sur la responsabilité délictuelle de l'article 1053 *C.c.B.-C.*¹³¹ Le propriétaire soutint également que l'arbitrage n'était pas approprié, car il ne pourrait jamais obtenir dans une même instance la condamnation conjointe et solidaire de l'entrepreneur et de l'architecte, ce dernier n'étant pas lié par la convention d'arbitrage. M. le juge Rothman rejeta les arguments de l'appelant basés sur les aspects « ordre public »¹³² et « délictuel » de son recours. Quant à l'aspect délictuel du recours du propriétaire, M. le juge Rothman retint le critère du lien de connexité pour conclure que la demande fondée sur la responsabilité délictuelle du constructeur telle que formulée par l'appelant était « intimately connected with the claims for faulty performance of the work under the contract. »¹³³

En d'autres termes, c'est parce que le contrat avait été mal exécuté — défauts de construction et de conception — par le constructeur qu'il y a eu, entre autres, dommages à la réputation de l'appelant. La branche de la réclamation basée sur la responsabilité délictuelle n'ayant pas d'existence indépendante, elle était dès lors susceptible d'être examinée par les arbitres¹³⁴.

¹²⁹La clause compromissoire se lisait comme suit :

En cas de mésentente ou de différend entre le Propriétaire ou l'Architecte agissant en son nom, et l'Entrepreneur durant ou après l'exécution des travaux ou après l'exécution du contrat ou sa résiliation, relativement à l'interprétation ou à l'application du contrat, l'une ou l'autre des parties (Entrepreneur ou Propriétaire) pourra donner avis à l'autre partie de ce différend et référer le tout à un tribunal d'arbitrage (citée dans *supra*, note 79 à la p. 2787).

¹³⁰(12 janvier 1990), Terrebonne (Saint-Jérôme) 700-05-001201-890 (C.S.), Mme la juge Lise Lemieux.

¹³¹Soit, entre autres, le dommage à la réputation, le préjudice subi du fait de l'enregistrement d'un privilège.

¹³²Sur le premier aspect, M. le juge Rothman a en effet décidé que le simple fait d'alléguer des règles d'ordre public pour trancher un litige n'était pas suffisant pour priver les parties du droit de voir leur différend soumis à l'arbitrage comme le contrat le prévoyait. Ce faisant, M. le juge Rothman infirma définitivement l'arrêt de la Cour d'appel *Procon*, *supra*, note 78, en application de l'art. 1926.3 *C.c.B.-C.* qui prévoit :

1926.3 Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

En fait, en première instance, l'appelant n'avait pas invoqué dans ses conclusions l'art. 1688 *C.c.B.-C.*, d'où la constatation par Mme la juge Lemieux de la Cour supérieure que le recours de l'appelant n'était pas fondé sur l'art. 1688 mais bien plutôt sur le contrat (*supra*, note 79 à la p. 2788).

¹³³*Ibid.* à la p. 2790.

¹³⁴Ce raisonnement est conforme à celui de l'arrêt *Wabasso*, *supra*, note 74, s'agissant des conditions posées à l'option entre les régimes de responsabilité.

C'est en fait ce même critère qui a été adopté par les arrêts français précités dans lesquels le dommage allégué — signification d'un protêt, constats d'huisiers — ne résultait pas directement de l'inexécution d'une obligation issue du contrat, mais était lié à l'exécution du contrat par un lien de connexité ou de causalité. En effet, la jurisprudence française admet que la convention d'arbitrage soustrait le litige à la compétence des tribunaux étatiques pour tout différend qui est en relation causale¹³⁵ ou connexe¹³⁶ avec l'objet du contrat principal.

Dans la jurisprudence québécoise antérieure à *Condominiums Mont St-Sauveur*, les agissements délictuels allégués résultaient de la mauvaise exécution des contrats. Il y avait donc un lien de connexité, voire même de causalité, entre les agissements prétendument délictuels ou quasi-délictuels et la violation ou la mauvaise exécution du contrat. Ainsi, la conspiration frauduleuse alléguée par le demandeur dans *Watson Computer* ne pouvait être appréciée indépendamment des dispositions du contrat. Dans l'arrêt *Société de Gestion Pamafret*, l'aspect délictuel du recours était fondé sur la violation de la clause d'incessibilité du brevet¹³⁷. Dans *Sico*, c'est le défaut dans la recette de la peinture qui avait causé les dommages. En outre, dans ces trois arrêts, les termes des clauses compromissaires étaient si larges qu'ils pouvaient englober les réclamations fondées sur un délit ou quasi-délit parce qu'elles avaient un lien de connexité avec l'inexécution des contrats.

En définitive, il s'agit moins d'une question de non-cumul des responsabilités que d'une question de respect de la compétence *ratione materiae* des arbitres, puisqu'on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas connaître d'une alléguation de responsabilité délictuelle née à l'occasion du contrat. Comme le souligne J. Rubellin-Devichi à propos de la responsabilité pré-contractuelle pour dol ou erreur :

[O]n imagine facilement combien l'on restreindrait le domaine de la convention arbitrale si l'on interdisait aux arbitres de connaître d'autres demandes en responsabilité que celles fondées sur la responsabilité contractuelle, au moment même où la réforme du 14 mai 1980 investit expressément l'arbitre du pouvoir de statuer sur la validité ou les limites de son investiture (art. 1466 N.C.P.C.)¹³⁸.

Il en va de même lorsque la fraude alléguée a servi à éviter l'application d'une stipulation contractuelle¹³⁹, ou lorsque le délit ou quasi-délit est allégué avoir été commis à l'occasion de l'exécution ou de l'extinction d'un contrat¹⁴⁰.

¹³⁵Voir les arrêts de la Cour de cassation *Merle* (*supra*, note 118) et *Ets. Chavanne* (*supra*, note 122 à la p. 108). Constatant dans cette dernière affaire que les agissements du concédant étaient motivés par l'inexécution supposée des obligations contractuelles du concessionnaire, la Cour de cassation avait jugé « qu'il y avait un lien de causalité entre le litige et l'exécution du contrat puisqu'il y avait lieu de rechercher si les agissements imputés [au concédant] se rattachaient ou non aux stipulations contractuelles [...] ». Voir aussi, Cass. com., 13 mars 1978, [1979] Rev. arb. 339 (note P. Fouchard) et l'arrêt *B.R.G.M.* de la Cour d'appel, *supra*, note 126.

¹³⁶Paris, 9 janv. 1963, [1963] Rev. arb. 71 ; *B.R.G.M. ibid.*

¹³⁷La Cour supérieure avait même remarqué, *supra*, note 94 à la p. 10 :

[U]ne telle interprétation paraîtrait évidemment logique en la présente instance, puisque, par définition, un recours qui tirerait son fondement d'un quasi-délit ne saurait constituer un litige « issu de la présente convention » *même s'il y est connexe*.

¹³⁸*Supra*, note 126 à la p. 319.

¹³⁹Voir *Fasc. 1032, supra*, note 70 au n° 35.

¹⁴⁰Voir dans ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation, Cass. civ. 1re, 6 décembre 1988, [1989] Rev. arb. 641 (note B. Goldman).

M. le juge Rothman prend la même position dans la mesure où il déclare à propos de l'aspect délictuel du recours intenté par Condominiums Mont St-Sauveur :

Here again, I believe the arbitrators are empowered to decide their own competence, or lack of competence (article 943 C.C.P.), if the damages claimed do not flow from the contract¹⁴¹.

Mais dans l'arrêt *CCIC Consulatech*, la Cour d'appel rejeta une exception déclinatoire de compétence fondée sur une convention d'arbitrage. Dans cet arrêt, le demandeur avait vendu les actions de la société CCIC Consulatech International qu'il détenait avec une autre personne. Le contrat de vente d'actions contenait, outre des dispositions sur l'achat des actions, des dispositions relatives à l'emploi du demandeur à titre d'expert consultant ainsi qu'une clause d'arbitrage. Les acheteurs entamèrent des procédures arbitrales pour demander la nullité du contrat de vente arguant de fausses représentations de la part des vendeurs sur la valeur réelle de la société achetée, et demandant à l'arbitre de confirmer le congédiement du demandeur. Parallèlement, le demandeur intenta une action en dommages contre les acheteurs devant la Cour supérieure pour le solde du prix de vente des actions, atteinte à la réputation et congédiement injustifié. Les acheteurs invoquèrent alors la clause d'arbitrage contenue au contrat de vente et le fait que des procédures arbitrales aient déjà été commencées entre les parties. Mais la Cour supérieure, s'appuyant sur l'arrêt *Watson Computer*, rejeta leur exception déclinatoire de compétence au motif que l'action était partiellement basée sur un délit¹⁴².

Les appelants alléguèrent entre autres que les termes de la clause compromissoire étaient si larges qu'ils conféraient à l'arbitre la juridiction de se prononcer sur tout le litige tel qu'entrepris en Cour supérieure¹⁴³. M. le juge Dussault, pour la Cour d'appel, rejeta cette prétention pour la raison principale¹⁴⁴ que la clause compromissoire ne s'appliquait ni à la réclamation pour atteinte à la réputation, ni à celle pour congédiement injustifié. Il estima en effet que le premier grief ne constituait

manifestement [pas] une question relative à l'interprétation ou à l'application du contrat de vente d'actions [...] mais découl[ait] plutôt de comportements des appelantes, parfaitement étrangers au contrat de vente d'actions¹⁴⁵.

¹⁴¹*Supra*, note 79 à la p. 2790.

¹⁴²(19 avril 1990), Montréal 500-05-005102-908 (C.S.), M. le juge Lesyk.

¹⁴³La clause compromissoire prévoyait entre autres :

14.1. In the event that the Vendors, acting together, and the Purchaser *disagree as to a material matter of substance relating hereto and, specifically, without limitation, as to the calculation or payment of the Purchase Price hereunder, either may submit the disagreement to binding arbitration in the manner hereinafter set forth before an individual arbitrator [...]* [nos italiques].

¹⁴⁴L'autre raison, subsidiaire, (*supra*, note 80 à la p. 12), était que la clause d'arbitrage n'était pas une clause compromissoire parfaite au sens de l'arrêt *Zodiak*, *supra*, note 43, parce qu'il la considérait comme facultative. Avec respect, ce constat n'est pas exact parce que le choix était réservé à l'une seulement des deux parties. Voir pour plus de détails, Thuilleaux, *supra*, note 72 à la p. 32 et s. M. le juge MacCarthy se dit d'ailleurs en désaccord avec l'opinion de son collègue sur ce point, *CCIC Consulatech*, *ibid.* à la p. 1 de son opinion.

¹⁴⁵*CCIC Consulatech*, *ibid.* à la p. 11.

En outre, comme la procédure consignée dans la clause compromissoire limitait le débat devant l'arbitre aux seules représentations écrites des parties, il estima qu'une telle restriction était incompatible avec le règlement d'un litige portant sur la résiliation unilatérale d'un contrat d'embauche ainsi que sur des faits de nature purement délictuelle, comme l'atteinte à la réputation. En effet, il n'était alors pas possible à l'arbitre d'apprécier la crédibilité des témoignages¹⁴⁶.

Pour parer à toute éventualité, M. le juge Dussault en vint à délimiter avec précision le champ d'application de la clause compromissoire pour conclure qu'il ne visait que des différends touchant le transfert de la propriété des actions, soit le calcul de la valeur des actions et le prix¹⁴⁷. Partant, l'arbitre n'était pas compétent pour statuer sur la demande fondée sur des faits de nature délictuelle.

Cet arrêt suscite plusieurs observations. D'une part, il offre, une fois de plus, une solution commode aux parties désireuses d'éviter l'application d'une convention d'arbitrage, puisque la seule allégation d'un grief d'ordre délictuel suffit à nier la compétence arbitrale pour tout le litige dont le juge est saisi. Cette solution retenue par l'arrêt *Watson Computer* avait pourtant été clairement rejetée dans l'arrêt *Condominiums Mont-St Sauveur*. L'on doit noter que sur les 3 428 366 \$ demandés en dommages-intérêts, seulement 100 000 \$ visaient l'atteinte à la réputation et 23 958 \$ visaient le congédiement injustifié. M. le juge Dussault ne prit pas en considération le fait que la réclamation portant sur le défaut de payer le prix de vente des actions avait un rapport direct avec le contrat de vente et le transfert de propriété des actions, et entraînait dans le champ d'application de la convention d'arbitrage tel qu'il l'avait lui-même défini.

D'autre part, M. le juge Dussault refusa l'exception de litispendance¹⁴⁸ parce que selon lui il n'y avait pas d'identité parfaite entre les causes d'action du recours intenté par les acheteurs devant l'arbitre et celles du recours intenté par le demandeur devant la Cour supérieure et ce, en raison de l'allégation d'atteinte à la réputation devant cette dernière. L'arrêt ne donne pas beaucoup de détails sur les faits allégués à l'appui du grief d'atteinte à la réputation. Il est toutefois difficile de concevoir que l'on ne puisse apprécier cette réclamation sans entrer dans le contexte du contrat de vente d'actions.

Au surplus, l'arbitre était déjà saisi d'un différend qui englobait deux des réclamations du demandeur devant la Cour supérieure, soit le solde du prix de vente des actions et le congédiement injustifié, comme M. le juge Dussault semblait le reconnaître implicitement¹⁴⁹. Avec respect, comme il appartient à l'arbitre, en vertu de l'article 943 *C.p.c.*, de statuer sur sa propre compétence, et que ce dernier semble s'être déclaré compétent relativement au différend porté devant lui, la décision de la Cour d'appel provoque un conflit entre les compétences judiciaire et arbitrale. Si l'arbitre continue de siéger, il y a un sérieux risque de décisions contradictoires sur la question du congédiement du deman-

¹⁴⁶*Ibid.* aux pp. 11, 12.

¹⁴⁷*Ibid.* à la p. 11.

¹⁴⁸*Ibid.* à la p. 14.

¹⁴⁹*Ibid.*, car il ne rejette l'exception de litispendance qu'en raison du grief d'atteinte à la réputation.

deur ainsi que sur celles de l'annulation et de l'inexécution du contrat d'achat d'actions. En outre, avec respect, l'interprétation très restrictive faite par la Cour d'appel du champ d'application de la convention d'arbitrage empiète sur le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence et met en cause la crédibilité de ce dernier en tant que « juge privé ». C'est justement pour éviter tout conflit entre les compétences judiciaire et arbitrale qu'en droit français de l'arbitrage interne, la compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est exclusive lorsqu'il est saisi avant le juge étatique¹⁵⁰.

B. En common law : de la démarcation de l'étendue des conventions d'arbitrage et la compétence arbitrale

La jurisprudence récente des provinces de *common law* fait apparaître deux tendances relativement à la compétence arbitrale *ratione materiae*, l'une restrictive et l'autre plus libérale. Fait curieux, la tendance restrictive provient en partie de la Colombie-Britannique qui est la première province à avoir modifié son régime juridique de l'arbitrage et dont on aurait pu attendre une jurisprudence plutôt favorable à l'arbitrage. Fait également curieux, ces deux tendances s'appuient souvent sur une interprétation plus ou moins stricte de l'arrêt *Heyman c. Darwins Ltd*¹⁵¹ de la Chambre des Lords britannique. Dans cet arrêt, Lord MacMillan jeta les bases du raisonnement à suivre lorsqu'un juge est saisi d'une demande de sursis des procédures judiciaires fondée sur une convention d'arbitrage :

Where proceedings at law are instituted by one of the parties to a contract containing an arbitration clause and the other party, founding on the clause, applies for a stay, the first thing to be ascertained is the precise nature of the dispute which has arisen. The next question is whether the dispute is one which falls within the terms of the arbitration clause. Then sometimes the question is raised whether the arbitration clause is still effective or whether something has happened to render it no longer operative. Finally, the nature of the dispute being ascertained, it having been held to fall within the terms of the arbitration clause, and the clause having been found to be still effective, there remains for the court the question whether there is any sufficient reason why the matter in dispute should not be referred to arbitration¹⁵².

1. Tendence restrictive : réticence à reconnaître la compétence de l'arbitre à statuer sur sa propre compétence

a. Arbitrage interne

Un courant jurisprudentiel des provinces de *common law* a suivi l'arrêt *Heyman c. Darwins Ltd*¹⁵³ ainsi que l'arrêt *Willcock c. Pickfords*¹⁵⁴ de la Cour d'appel britannique, pour cerner le champ d'application des conventions d'arbitrage, réduire la marge de manoeuvre des arbitres et refuser un sursis des pro-

¹⁵⁰Art. 1458 *Nouv. C.p.c.*

¹⁵¹[1942] 1 All E.R. 337 (H.L.).

¹⁵²*Ibid.* à la p. 345.

¹⁵³*Ibid.*

¹⁵⁴[1979] 1 Ll. L.R. 245 [ci-après *Willcock*].

cédures judiciaires fondé sur une convention d'arbitrage. Dans l'arrêt *Willcock*, Roskill L.J. dénia à l'arbitre la compétence de statuer sur sa propre compétence et infirma une décision de la *High Court* qui accordait un sursis des procédures judiciaires alors que le demandeur invoquait l'inexistence de la convention d'arbitrage :

One thing is clear in this branch of the law. It has been clear ever since the decision of the House of Lords in *Heyman v. Darwins* (1942) 71 Ll.L. Rep. 65. An arbitrator cannot decide his own jurisdiction. Therefore whenever a question arises whether or not there has been a submission to arbitration, an arbitrator cannot in English law decide that issue. The only tribunal to decide it is the Court [...] ¹⁵⁵.

Dans l'arrêt *Injector Wrap Corp. c. Agrico Canada Ltd* ¹⁵⁶, la Cour d'appel du Manitoba infirma une décision de la Cour du Banc de la Reine ¹⁵⁷ qui avait accordé un sursis fondé sur une convention d'arbitrage. En effet, la Cour d'appel reprocha à la Cour du Banc de la Reine de ne pas avoir satisfait à l'étape préliminaire définie par l'arrêt *Heyman c. Darwins Ltd* ¹⁵⁸, consistant à déterminer « la nature précise du différend » ¹⁵⁹. La Cour d'appel en décida ainsi, alors que l'article 7 de la *Loi sur l'arbitrage* du Manitoba ¹⁶⁰ ne prévoyait pas une telle exigence. La Cour d'appel rejeta l'argument du procureur de l'intimée Agrico selon lequel la détermination de la nature précise du différend était de peu d'importance vu la généralité des termes de la convention d'arbitrage ¹⁶¹.

L'arrêt *Shell Canada Ltd c. Vector Energy Inc.* ¹⁶² est aussi une bonne illustration de la tendance de certains juges à vouloir définir la juridiction de l'arbitre lorsqu'ils examinent une demande de sursis des procédures judiciaires. Dans cette affaire, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta n'accueillit que partiellement la demande de sursis fondée sur la convention d'arbitrage d'un contrat de vente de gaz. M. le juge O'Leary passa en revue les différents chefs constituant l'objet du différend dont le demandeur avait saisi la Cour pour déterminer s'ils entraient dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Il est très apparent que l'honorable juge considéra qu'un arbitre ne pouvait décider de sa propre compétence. Il reprit d'ailleurs le « diktat » de l'arrêt *Willcock* ¹⁶³, se contentant d'en nuancer les conséquences :

¹⁵⁵*Ibid.* à la p. 245.

¹⁵⁶(1990) 67 Man. R. (2d) 158.

¹⁵⁷(1990) 65 Man. R. (2d) 259.

¹⁵⁸*Supra*, note 151.

¹⁵⁹*Supra*, note 156 à la p. 159.

¹⁶⁰L.R.M. 1987, c. A-120, art. 7 :

Lorsqu'une partie à un compromis [...] introduit une poursuite judiciaire devant un tribunal quelconque contre une autre partie au compromis [...] en ce qui concerne une question dont le renvoi [à l'arbitrage] est convenu, toute partie à la poursuite peut [...] demander au tribunal de suspendre l'instance. Le tribunal peut alors en ordonner la suspension, s'il est convaincu qu'aucun motif suffisant ne s'oppose à ce que l'affaire soit renvoyée conformément au compromis et que l'auteur de la demande était, au moment où la poursuite a été introduite, et est encore disposé et consentant à faire tout ce qui est nécessaire pour la bonne marche de l'arbitrage.

¹⁶¹*Supra*, note 156 à la p. 159.

¹⁶²[1990] 101 A.R. 226, 46 B.L.R. 126 [cité aux A.R.].

¹⁶³*Supra*, note 154.

It appears that where the submission to arbitration is sufficiently broad, an arbitrator may in the first instance have power to determine his own jurisdiction, however, that determination is reviewable by the court¹⁶⁴.

C'est cette perspective d'une révision en dernier ressort de toute question relative à la juridiction de l'arbitre ainsi que de toute question de droit, qui fonda la décision de M. le juge O'Leary :

With respect to questions of law, however, like questions concerning jurisdiction, the courts ultimately have the power to decide. For that reason when such issues come before the court prior to or early in the arbitration process and there is sufficient material before the court, the court may decide the question rather than directing that the matter be arbitrated with the attendant delay and expense¹⁶⁵.

La juridiction « ultime » dont parle M. le juge O'Leary a été décrite ailleurs comme une juridiction « résiduelle » des tribunaux étatiques¹⁶⁶. Il s'ensuit qu'une ingérence trop systématique des tribunaux de l'ordre judiciaire dans le processus arbitral par le biais de cette juridiction résiduelle risque de nuire au développement de l'arbitrage comme moyen efficace de résolution des différends en matières commerciales¹⁶⁷. En outre, une convention d'arbitrage librement consentie par les parties mérite certainement d'être respectée au même titre que toute autre clause contractuelle. Comme le souligne M. Potter : « Once again what we see in these cases is a judicial attitude that, except in closely controlled circumstances, arbitrated justice is second class justice. »¹⁶⁸ Ces arrêts¹⁶⁹ démontrent qu'une réforme de l'attitude des tribunaux étatiques est aussi importante qu'une réforme du droit de l'arbitrage interne, laquelle s'avère néanmoins essentielle.

¹⁶⁴*Supra*, note 162 à la p. 231.

¹⁶⁵*Ibid.* Un raisonnement similaire a été tenu par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Prince Albert Pulp Co. c. C.I.L. Inc.*, [1987] 2 W.W.R. 763. M. le juge Sherstobitoff rejeta une motion pour surseoir les procédures judiciaires fondée sur l'art. 5 de la *Arbitration Act*, R.S.S. 1978, c. A-24 pour les raisons suivantes :

Since the facts on that issue [issue of status to make a claim] are to some degree the same as those on the other issue [breach of contract], practicality dictates a single action and a court is the only forum with jurisdiction to deal with all of the issues. Separate proceedings in a court and before an arbitration board would involve needless time and cost (*ibid.* à la p. 765).

¹⁶⁶Voir Mustill, *supra*, note 1 à la p. 154 et s.

¹⁶⁷En ce qui concerne la décision de M. le juge O'Leary de ne pas renvoyer les parties à l'arbitrage en raison des risques de « delay and expense », voir les remarques de M. le juge Woolf dans *Cunningham-Reid c. Buchanan-Jardine*, [1988] 2 All E.R. 438 à la p. 445 [ci-après *Cunningham-Reid*] :

In this present appeal the reasons advanced by the plaintiffs in favour of their contention that a stay should be refused are primarily that, if the stay is not refused, they will be required to incur additional costs and that there will be additional delay. So far as those arguments are concerned, it is to be noted that, in so far as they have any significance at all, they would be the inevitable consequence of any arbitration, whether it was an arbitration which arose out of allegations of fraud or otherwise.

¹⁶⁸Note sous *Consumers' Co-operative Refineries Ltd c. NewGrade Energy Inc.* (1991), 46 B.L.R. 138 à la p. 140.

¹⁶⁹Voir aussi l'arrêt *Tweedy c. Ross* (1991), 30 A.C.W.S. (3d) 313, dans lequel la division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a refusé de déférer à l'arbitrage une action en dommages-intérêts intentée par un avocat qui avait été expulsé de la firme par ses collègues, parce que la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de société qui les liait ne renvoyait à l'arbitrage que les différends « entre associés ». Voir pour plus de détails, *infra*, note 187.

b. *Arbitrage international*

La tendance interventionniste de certains juges ne se limite pas au domaine de l'arbitrage commercial interne. L'arrêt *ODC Exhibit Systems Ltd c. Lee*¹⁷⁰ fournit un bon exemple d'une interprétation de la *International Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique¹⁷¹ qui se situe complètement aux antipodes des objectifs de la loi tels qu'exprimés dans son préambule¹⁷² : développer un climat propice à l'arbitrage commercial international.

Les faits sont simples. Une société canadienne obtint le droit de distribution exclusif en Colombie-Britannique d'un produit fabriqué par une société suédoise. Le contrat de distribution accordant le droit exclusif contenait des dispositions sur le mode de résolution des différends. Ces dispositions prévoyaient en premier lieu la négociation, s'il advenait un différend à propos du contrat (*related to the agreement*), et ensuite l'arbitrage suivant le *Règlement de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm*, en cas d'échec des négociations.

Deux ans plus tard, la société suédoise mettait fin de façon unilatérale au contrat de distribution exclusive. La terminaison du contrat fut confirmée par une entente de conciliation entre les parties qui contenait elle aussi une convention d'arbitrage rédigée dans des termes semblables à ceux contenus dans le contrat de distribution exclusive.

Par la suite, la société canadienne intenta une action devant les tribunaux de la Colombie-Britannique contre un de ses anciens directeurs, son ancienne co-contractante ainsi que le directeur général de cette dernière pour conspiration frauduleuse ayant mené à la terminaison du contrat de distribution et à la conclusion d'une entente de conciliation. La société suédoise opposa, entre autres moyens, une requête en sursis des procédures judiciaires fondée sur l'article 8(2) de la *International Commercial Arbitration Act*¹⁷³ qui prévoit le sursis obligatoire des procédures judiciaires par le juge sauf s'il constate que la convention d'arbitrage est nulle, caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

M. le juge Mackoff rejeta la requête de sursis des procédures judiciaires en refusant de faire jouer les deux conventions d'arbitrage. En ce qui concerne la

¹⁷⁰(1988), 41 B.L.R. 286 (B.C.S.C.).

¹⁷¹*Supra*, note 7.

¹⁷²Le préambule de cette loi, *ibid.*, est à cet égard édifiant :

WHEREAS British Columbia, and in particular the City of Vancouver, is becoming an international financial and commercial centre ;

AND WHEREAS disputes in international commercial agreements are often resolved by means of arbitration ;

AND WHEREAS British Columbia has not previously enjoyed a hospitable legal environment for international commercial arbitrations ;

AND WHEREAS there are divergent views in the international commercial and legal communities respecting the conduct of, and the degree and nature of judicial intervention in, international commercial arbitrations ;

AND WHEREAS the United Nations Commission on International Trade Law has adopted the UNCITRAL Model Arbitration Law which reflects a consensus of views on the conduct of, and degree and nature of judicial intervention in, international commercial arbitrations ; [...].

¹⁷³*Supra*, note 7.

convention d'arbitrage contenue dans le contrat de distribution exclusive, M. le juge Mackoff constata qu'elle n'existait plus puisque le contrat de distribution lui-même avait été terminé par l'entente de conciliation. Il refusa également d'appliquer la clause d'arbitrage contenue dans l'entente de conciliation, parce que le différend dont il était saisi et selon lequel l'entente avait été conclue frauduleusement était un différend qui découlait non pas de cette entente (*arising out of this agreement*) d'après les termes de la clause compromissoire, mais de faits qui s'étaient passés avant la conclusion de l'entente :

It cannot be reasonably said that these allegations which induced the plaintiff to enter into the conciliation agreement, were matters which the parties had agreed (or had even contemplated) as being among those to be settled by arbitration [...] ¹⁷⁴.

Il conclut donc qu'il ne s'agissait pas d'un différend que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage suivant les termes de l'article 8(1) de la *International Commercial Arbitration Act* ¹⁷⁵. Partant, cet article ne pouvait trouver application, ce qui évitait à l'honorable juge de se prononcer sur la question délicate du sursis obligatoire invoquée par le procureur de la requérante ¹⁷⁶.

Il convient de faire certaines remarques sur cet arrêt. D'une part, si l'entente de conciliation — qui par ses termes a mis fin au premier contrat de distribution exclusive — s'avère être entachée de fraude dans sa conclusion, alors le premier contrat de distribution ainsi que sa convention d'arbitrage doivent être encore valides et existants. D'autre part, un courant jurisprudentiel soutient qu'une clause compromissoire survit à la répudiation du contrat principal par l'une des parties ¹⁷⁷. D'une façon ou d'une autre, il était possible de faire subsister l'une ou l'autre des conventions d'arbitrage ¹⁷⁸.

¹⁷⁴*Supra*, note 170 à la p. 293.

¹⁷⁵*Supra*, note 7.

¹⁷⁶Voir cependant l'arrêt *Roy c. Boyce*, *infra*, note 205, dans lequel la Cour suprême de la Colombie-Britannique a donné plein effet au principe du sursis obligatoire des procédures judiciaires en application de l'art. 15 de la *Commercial Arbitration Act* telle qu'amendée en 1988, *supra*, note 13.

¹⁷⁷Il convient de rappeler les mots de Lord MacMillan dans *Heyman c. Darwins Ltd*, *supra*, note 151 à la p. 347 sur les conséquences d'une répudiation d'un contrat sur l'existence d'une convention d'arbitrage :

I am accordingly of opinion that what is commonly called repudiation or total breach of a contract, whether acquiesced in by the other party or not, does not abrogate a contract, though it may relieve the injured party of the duty of further fulfilling the obligations which he has by a contract undertaken to the repudiating party. The contract is not put out of existence, though all further performance of the obligations undertaken by each party in favour of the other may cease. *It survives for the purpose of measuring the claims arising out of the breach, and the arbitration clause survives for determining the mode of their settlement. The purposes of the contract have failed, but the arbitration clause is not one of the purposes of the contract* [nos italiques].

Une décision récente de l'Ontario, *Fairfield c. Low* (1990), 71 O.R. (2d) 599 à la p. 607 (H.C.), 44 C.P.C. (2d) 65, traitant d'une clause de juridiction, a fait application du principe de Lord MacMillan en ces termes : « [N]ot every alleged breach which gives rise to a right of rescission or termination is beyond the reach of the arbitration clause, regardless of the wording of that clause. »

¹⁷⁸Voir aussi la note d'A. Varma sous *Boart Sweden AB c. NYA Strommes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 à la p. 298.

Du point de vue du droit de l'arbitrage, M. le juge Mackoff aurait pu, avec respect, appliquer l'article 16(1) de la *International Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique selon lequel :

The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement, and for that purpose,

- (a) an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract, and
- (b) a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause¹⁷⁹.

Cet article reconnaît le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal. Par conséquent, l'allégation touchant le vice de la conclusion de l'entente de conciliation ne pouvait avoir pour effet de faire tomber la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal. Cet article reconnaît aussi explicitement à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre juridiction, ce qui comprend non seulement l'étendue de cette juridiction mais aussi son fondement. Dès lors, il n'appartenait pas au juge de définir l'objet du litige à la place de l'arbitre, d'autant plus que, tout en le qualifiant d'essentiellement délicat, M. le juge Mackoff reconnut qu'il était éminemment relié aux contrats :

Although the plaintiff's pleadings could have been better drawn, and *although they cannot divorce themselves from the contracts*, they are primarily concerned with tort [nos italiques]¹⁸⁰.

Dès lors, avec respect, M. le juge Mackoff aurait dû se contenter d'un examen *prima facie* du champ d'application de la convention d'arbitrage contenue dans l'entente de conciliation, ainsi que de l'objet du litige dont le juge était saisi, afin de respecter le principe de la « compétence de la compétence » de l'arbitre édicté à l'article 16(1) de la *International Commercial Arbitration Act*. Il s'agit là du seul moyen d'assurer l'application des conventions d'arbitrage comme n'importe quelle autre clause contractuelle.

2. Tendances libérales : vers une reconnaissance de la compétence de l'arbitre à statuer sur sa compétence

Malgré cette réticence vis-à-vis de l'arbitrage conventionnel manifestée par les tribunaux de certaines provinces de *common law*, une tendance plus libérale à l'égard de l'application des conventions d'arbitrage se fait sentir.

a. Arbitrage interne : le critère de la généralité des termes de la convention d'arbitrage

Aucune législation provinciale sur l'arbitrage interne sauf celle du Québec ne reconnaît le pouvoir de l'arbitre de statuer sur l'étendue de sa juridiction, bien que les lois albertaine¹⁸¹ et ontarienne¹⁸² reconnaissent à l'arbitre la faculté

¹⁷⁹*Supra*, note 7.

¹⁸⁰*Supra*, note 170 à la p. 290.

¹⁸¹Voir *supra*, note 15, art. 17(1), en vigueur depuis le 1er septembre 1991.

¹⁸²Voir *supra*, note 16, art. 17(1) en vigueur depuis le 1er janvier 1992.

de statuer sur la validité de sa compétence. Par conséquent, les juges des provinces de *common law* s'appuient sur la généralité des termes des conventions d'arbitrage pour favoriser leur application. Ainsi, plus les termes de la convention d'arbitrage sont larges, plus les juges ont tendance à déférer le différend dont ils sont saisis aux arbitres¹⁸³, ce qui réduit la question à un pur problème d'interprétation de la convention d'arbitrage.

La convention d'arbitrage dans l'arrêt *Injector Wrap Corp. c. Agrico Canada Ltd* se lisait comme suit :

8. At any time, if any dispute arises in which agreement cannot be mutually reached by each party, Injector Wrap Corp. and Agrico Canada Ltd. agree to an arbitration panel of three independent persons chosen and agreed to by both parties¹⁸⁴.

C'est en raison de la généralité de ces termes que M. le juge Krindle de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, en première instance, avait accordé le sursis des procédures judiciaires :

Nothing in [the arbitration clause's] wording would indicate that the parties intended dispute resolution of any sort, at any time, to be dealt with other than by arbitration¹⁸⁵.

Cependant, comme nous l'avons vu, en appel de cette décision, la Cour d'appel du Manitoba refusa de suivre le raisonnement du juge de première instance¹⁸⁶.

L'arrêt *Tweedy c. Ross*¹⁸⁷ de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Edouard, bien que récemment infirmé par la Cour d'appel¹⁸⁸, fit une application particulièrement intéressante du critère de la généralité des termes d'une clause compromissoire. Un avocat poursuivit en dommages les anciens associés du cabinet d'avocats d'où il avait été expulsé. Il réclamait notamment des dommages du fait de son expulsion, pour violation d'une entente qu'il avait conclue avec ses anciens associés, pour *passing off*, pour intrusion dans sa pratique du droit ainsi que certaines sommes qui lui étaient dues jusqu'à son expulsion. Les défendeurs, à l'appui de leur demande de surseoir aux procédures judiciaires conformément aux articles 6 et 7 de la *Arbitration Act*¹⁸⁹, invoquèrent la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de société qui déférait à l'arbitrage « tous différends entre associés »¹⁹⁰.

¹⁸³Cette tendance est également présente dans d'autres juridictions de *common law*. Voir à ce sujet la discussion de M. le juge May dans la décision récente de la Cour d'appel d'Angleterre, *Ashville Investments c. Elmer Contractors Ltd*, [1989] 1 Q.B. 488 aux pp. 500-501.

¹⁸⁴Citée dans *supra*, note 157.

¹⁸⁵*Ibid.* à la p. 259. M. le juge Krindle ajoutait aussi un motif d'opportunité dans la mesure où la nature très technique du différend — les machineries agricoles louées ne remplissaient pas les spécifications techniques pour lesquelles elles avaient été louées — convenait très bien à l'arbitrage permettant aux parties de choisir un panel d'arbitres ayant des connaissances techniques poussées en ce domaine.

¹⁸⁶Voir, *supra*, note 156.

¹⁸⁷(1990), 23 A.C.W.S. (3d) 543, 86 Nfld & PEI R 164 (cité à Nfld & PEI R).

¹⁸⁸*Supra*, note 169 et texte correspondant.

¹⁸⁹*Supra*, note 10.

¹⁹⁰La clause d'arbitrage se lisait comme suit :

13. All disputes and questions whatsoever which shall arise between the Partners or between the Partners and the personal representative of a Partner touching this Agree-

M. le juge MacDonald, désireux de favoriser l'application de la convention d'arbitrage, accorda le sursis des procédures judiciaires. Il adopta le raisonnement suivi dans l'arrêt *Heyman c. Darwins Ltd*¹⁹¹ qui consiste à déterminer de façon préliminaire l'objet du différend ainsi que le champ d'application de la convention d'arbitrage¹⁹².

En ce qui concerne le type de différends couverts par la convention d'arbitrage, M. le juge MacDonald opta pour une interprétation libérale de cette dernière dont il précisa qu'elle devait être interprétée suivant ses termes et les circonstances entourant sa conclusion¹⁹³. En l'espèce, il remarqua que la convention avait été rédigée en termes larges, ce qui augmentait d'autant son efficacité :

The language contained in the arbitration clause is very broad embracing everything that touches the agreement¹⁹⁴.

Pour ce qui est de la détermination de l'objet du différend qui est porté devant lui, le juge doit examiner les affidavits et les documents versés au dossier. M. le juge MacDonald décida qu'il devait aussi examiner la déclaration (*statement of claim*) du demandeur à l'action principale, se fondant notamment sur l'arrêt *Stokes-Stephens Oil Co. c. McNaught*¹⁹⁵ de la Cour suprême du Canada. Les défendeurs avaient tenté de l'en dissuader¹⁹⁶, craignant sans doute que la définition de l'objet du différend faite par le demandeur ne portât la Cour à l'exclure du champ d'application de la convention d'arbitrage.

Afin d'éviter l'application de la clause compromissoire, le demandeur alléguait que les griefs contenus dans sa déclaration ne découlaient pas de la violation du contrat d'association mais de faits qui avaient pris naissance après que le contrat ait cessé de régir les parties¹⁹⁷. M. le juge MacDonald rejeta cette prétention pour la raison principale que les griefs invoqués par le demandeur découlaient tous de façon inhérente du contrat de société¹⁹⁸. Ainsi, parce que ces griefs étaient tous reliés au contrat de société, leur examen nécessitait une interprétation du contrat qui relevait de la juridiction de l'arbitre en vertu des termes de la convention d'arbitrage¹⁹⁹.

ment or the construction or application thereof or any clause or thing herein contained or any account, valuation or division of assets, debts or liabilities to be made hereunder or as to any act, deed or omission of any Partner or as to any other matter in any way relating to the partnership business or the affairs thereof or the rights, duties or liabilities of any person under this Agreement shall be referred to arbitration in accordance with and subject to the provisions of the Arbitration Act in force in the province of Prince Edward Island as amended from time to time if agreement cannot be reached among the Partners (citée dans *ibid.* à la p. 7).

¹⁹¹*Supra*, note 151.

¹⁹²*Tiveedy c. Ross*, *supra*, note 187 à la p. 168.

¹⁹³*Ibid.* où il s'appuie sur l'arrêt *Heyman c. Darwins Ltd*, *supra*, note 151.

¹⁹⁴Voir *supra*, note 190, le texte de la convention d'arbitrage.

¹⁹⁵57 R.C.S. 549, [1918] 2 W.W.R. 122.

¹⁹⁶*Supra*, note 187 à la p. 169.

¹⁹⁷*Ibid.*

¹⁹⁸*Ibid.* à la p. 170.

¹⁹⁹*Ibid.* aux pp. 169-75.

Il en allait ainsi de l'allégation de *passing off* qui, d'après le demandeur, se situait en dehors du champ d'application de la clause compromissoire parce qu'il s'agissait d'un délit et que les faits y donnant lieu s'étaient produits après son expulsion du cabinet d'avocats²⁰⁰. Mais pour M. le juge MacDonald, cette question relevait de la juridiction de l'arbitre parce qu'elle exigeait une interprétation du contrat de société²⁰¹. Surtout, l'honorable juge souligna le danger que présentait, pour l'effectivité des conventions d'arbitrage, le refus de surseoir aux procédures judiciaires sur la simple allégation par la partie désireuse d'éviter l'arbitrage qu'un grief se situe en dehors du champ d'application de la convention d'arbitrage :

If the claim for passing off does not fall within the arbitration clause, I do not see that as defeating the clause. It merely means that the claim for passing off should not be stayed. *If I were not to reach such a conclusion, a plaintiff could always defeat an arbitration clause by including in his statement of claim some claim not falling under the arbitration clause.* If the arbitrator comes to the conclusion that the claim for passing off is without the arbitration clause and partnership agreement then I would not stay that portion of the plaintiff's claim [nos italiques]²⁰².

Ce raisonnement a ceci de remarquable qu'il donne le maximum de chance à l'exercice de sa juridiction par l'arbitre. Poussé un cran plus loin, il aurait pu aboutir à la reconnaissance du principe de la compétence de l'arbitre à statuer sur sa propre compétence. M. le juge MacDonald ne va cependant pas jusque-là puisque ce principe reste nettement dépendant des termes plus ou moins larges de la convention d'arbitrage :

Both *Heyman v. Darwins Ltd.* and the *Stokes-Stephens Oil Co. v. McNaught* cases stipulated that if the arbitration [clause] was sufficiently broad the matter of whether a certain dispute should go to arbitration should be left with the arbitrator²⁰³.

Il en va de même, en droit anglais, du pouvoir de l'arbitre de statuer sur des réclamations fondées sur un délit comme le précisent Mustill et Boyd :

In deciding whether a claim in tort lies within the arbitrator's jurisdiction, the enquiry takes place in two stages. The first is to identify the nature of the dispute, and the second is to decide whether *the tortious claim has a sufficiently close connection with claims under the contract to bring it within the scope of the arbitration clause*²⁰⁴.

Toutefois, un arrêt récent de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Roy c. Boyce*²⁰⁵, semble admettre la reconnaissance de la compétence de l'arbi-

²⁰⁰*Ibid.* à la p. 170.

²⁰¹*Ibid.*

²⁰²*Ibid.*

²⁰³*Ibid.*

²⁰⁴*Supra*, note 1 à la p. 117. Voir aussi *Ashville Investments Ltd c. Elmer Contractors Ltd*, *supra*, note 183 à la p. 499 et s. Voir enfin *International Semi-Tech Microelectronics Inc. c. Provigo Inc.* (1990), 75 O.R. (2d) 724 (Gen. Div.) à la p. 730.

Le principe est le même en cas d'allégation de fraude. Cependant, si la personne contre qui l'allégation est dirigée refuse qu'elle soit entendue par un arbitre, le juge doit obtempérer et rejeter la motion de surseoir aux procédures judiciaires : voir Mustill, *ibid.* à la p. 116 et *Cunningham-Reid*, *supra*, note 167 à la p. 448.

²⁰⁵(1991), 57 B.C.L.R. (2d) 187 (C.S.).

tre de statuer sur sa propre compétence à travers l'application du principe du sursis obligatoire des procédures judiciaires tel qu'édicté par l'article 15 de la *Commercial Arbitration Act* amendé en 1988²⁰⁶, en ces termes :

An arbitrator who has apparent status created by contract cannot bootstrap himself or herself into jurisdiction which is not there. If that happens, this Court will review the award. That does not translate into the proposition that if there is a threshold issue on status, a Court must rule on that issue prior to the commencement of arbitration. That proposition would strangle the intent of the Commercial Arbitration Act. Generally speaking, the nod must go to arbitration first, litigation second. The thrust of the Commercial Arbitration Act is unambiguously toward viability of arbitration²⁰⁷.

En l'espèce, M. le juge Fraser a renvoyé les parties à l'arbitrage, affirmant qu'une clause compromissoire survit à la terminaison du contrat principal qui la contient. L'existence de celle-ci ne laissait donc au juge plus aucune discrétion quant au sursis des procédures judiciaires.

b. Arbitrage international : l'article 8 de la Loi-type de la CNUDCI

La reprise par les lois des provinces de *common law* sur l'arbitrage commercial international de la *Loi-type de la CNUDCI* et notamment de ses articles 8 et 16, facilite l'application des conventions d'arbitrage.

La jurisprudence récente de l'Ontario indique que cette province est en passe de devenir un forum hospitalier pour l'arbitrage international. L'arrêt *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB*²⁰⁸ de la Cour suprême de l'Ontario fournit une bonne illustration de cette tendance. Les faits sont très similaires à ceux de l'affaire *ODC Exhibit Systems Ltd c. Lee*²⁰⁹, bien que le résultat en soit totalement opposé. Il s'agissait de contrats de distribution exclusive conclus entre deux sociétés suédoises, l'un couvrant le monde entier, l'autre couvrant la Scandinavie. Ces deux contrats contenaient une clause compromissoire renvoyant les parties à l'arbitrage en Suède. Une société canadienne filiale du distributeur suédois assurait la distribution au Canada en vertu d'une cession du contrat international. Le fabricant vendit par la suite ses actions à un groupe de sociétés. Le distributeur suédois, en tant que partie contractante et sa filiale canadienne, en tant que cessionnaire du contrat international, intentèrent une action en dommages-intérêts contre le fabricant pour avoir illégalement mis fin au contrat de distribution. La société canadienne filiale du distributeur suédois alléguait aussi l'existence d'un contrat de distribution verbal pour le Canada entre elle-même et le fabricant. L'action fut aussi dirigée contre le fabricant et le groupe de sociétés qui en avait racheté les actions, pour avoir conspiré la violation du contrat de distribution et s'être ingérés illégalement dans les relations commerciales. De plus, fait qui n'apparaissait pas dans l'arrêt *ODC Exhibit Systems Ltd c. Lee*²¹⁰, le fabricant avait commencé l'arbitrage en Suède peu après l'institution de l'action en Ontario.

²⁰⁶*Supra*, note 11.

²⁰⁷*Supra*, note 205 à la p. 191.

²⁰⁸(1988), 41 B.L.R. 295 (C.S.).

²⁰⁹*Supra*, note 170.

²¹⁰*Ibid.*

M. le juge Campbell délivra un jugement qui augure bien de l'attitude des tribunaux ontariens vis-à-vis de l'implantation des principes qui sous-tendent la *Loi-type de la CNUDCI* et qui ont été intégrés dans la *Loi sur l'Arbitrage Commercial International* de l'Ontario²¹¹. Il décida de renvoyer les parties à l'arbitrage et de surseoir aux procédures judiciaires relativement aux allégations qui entraient clairement dans le champ d'application de la convention d'arbitrage parce que relatives à l'opération du contrat de distribution, soit la violation de ce dernier par le fabricant. Selon lui, l'article 8 de la *Loi-type de la CNUDCI* ne lui laissait aucune discrétion, sauf celle de constater la caducité de la convention d'arbitrage, ce qui inclut les questions de renonciation et de contravention à l'ordre public :

Public policy carries me to the consideration which I conclude is paramount having regard to the facts of this case, and that is the very strong public policy of this jurisdiction that where parties have agreed by contract that they will have the arbitrators decide their claims, instead of resorting to the Courts, the parties should be held to their contract²¹².

Il est remarquable que l'honorable juge Campbell reconnaisse la valeur d'un principe qui jusqu'alors ne semblait pas assez associé par les juges des provinces de *common law* aux conventions d'arbitrage, soit celui de la force obligatoire des contrats²¹³.

Cependant, M. le juge Campbell décida également de suspendre jusqu'à la fin de la procédure arbitrale les procédures judiciaires pour la partie de l'action relative aux délits de conspiration frauduleuse et d'ingérence dans les relations contractuelles, ainsi que pour celle relative à l'existence d'un contrat de distribution verbal. Il ne vit là aucune contravention à l'ordre public touchant au risque inhérent de la multiplicité des procédures, étant donné le court laps de temps pendant lequel les procédures judiciaires seraient suspendues. Par ailleurs, il ne donna pas suite au risque de contradiction de verdicts, dans la mesure où les allégations de conspiration frauduleuse et d'existence d'un contrat de distribution verbal ne sont pas reliées au contrat international²¹⁴.

Il ne retint donc aucune considération de contrariété à l'ordre public qui l'empêcherait d'appliquer le principe de claire déférence à l'arbitrage inhérent à l'article 8 de la *Loi-type de la CNUDCI* :

To conclude otherwise would drive a hole through the article by encouraging litigants to bring actions on matters related to but not embraced by the arbitration and then say that everything had to be consolidated in Court, thus defeating the policy of deference to the arbitrators²¹⁵.

²¹¹*Supra*, note 6.

²¹²*Supra*, note 208 aux pp. 302-03.

²¹³À cet égard, il convient de rappeler les mots de Bingham, L.J. dans *Cunningham-Reid* :

The defendant here wants to arbitrate and is entitled by virtue of the agreement to arbitrate unless some good reason exists against that course. In my judgment there is no such good reason and the judge gave quite insufficient weight to the arbitration agreement, which is, in the language sometimes used by continental lawyers, the law between the parties (*supra*, note 167 à la p. 447).

²¹⁴*Supra*, note 208 à la p. 303.

²¹⁵*Ibid.* Voir aussi W. Park et J. Paulsson, « Arbitrage commercial et contrats internationaux » (1985) 45 R. du B. 215 à la p. 219, où les auteurs suggèrent que :

Dans une autre décision ontarienne, *Rio Algom Ltd c. Sammi Steel Co.*²¹⁶, le juge était saisi de la question suivante :

[W]hether, once the parties to an international commercial agreement have agreed to adopt the dispute resolution mechanism provided by the *International Commercial Arbitration Act*, 1988, S.O. 1988 c. 30, issues defining the scope of the arbitration agreement, which raise matters of contract interpretation, ought to be resolved by the courts before arbitration proceeds or by the arbitrator in the first instance before resort to the court²¹⁷.

M. le juge Henry décida en faveur de la dernière solution en appliquant l'article 16 relatif au principe de la « compétence de la compétence » et l'article 8 de la *Loi-type de la CNUDCI* annexée à la *Loi sur l'arbitrage commercial international* ontarienne pour conclure de ces deux articles :

[J]urisdiction and scope of authority are for the arbitrator to determine in the first instance, subject to later recourse to set aside the ruling or award. The role of the court before arbitration appears to be confined to determining whether the arbitration clause is null and void, inoperative or incapable of being performed (Article 8) — if not it is mandatory to send the parties to arbitration²¹⁸.

Il précise également que lorsque la procédure arbitrale a déjà commencé, l'article 16 de la *Loi-type de la CNUDCI* permet aux arbitres de statuer sur la question de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage²¹⁹.

Par ailleurs, la Cour fédérale sur des questions de droit maritime a fait application de façon constante de l'article 8 du *Code d'arbitrage commercial* pour renvoyer à l'arbitrage lorsqu'elle est saisie en dépit d'une convention d'arbitrage valide²²⁰. Cependant, la Cour fédérale trouve souvent un certain confort à s'appuyer sur l'article 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*²²¹ qui lui donne discrétion de surseoir aux procédures judiciaires pour servir les intérêts de la justice, par exemple, lorsque celles-ci ont été initiées à l'encontre d'obligations contractuelles²²².

La meilleure approche en ce qui concerne les contrats d'affaires internationaux, est d'accorder à l'arbitre une large compétence pour trancher tous litiges « découlant » du contrat. Ainsi l'arbitre pourra-t-il connaître de prétentions en matière quasi-délictuelle.

Voir aussi D.A. Redfern et J.M.H. Hunter, *Law and Practice of Commercial Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 1986 à la p. 104 qui concluent :

[A]s long as the wording of the arbitration clause is wide enough, disputes between the parties to a contract may fall within the scope of the arbitration agreement even where the cause of action is not founded upon a contractual obligation.

Une décision récente de la Cour d'appel d'Alberta va également dans ce sens : voir *Kaverit Steel and Crane Ltd c. Kone Corporation* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 à la p. 134 où le juge Kerans affirme : « The mere fact that a claim sounds in tort does not exclude arbitration. »

²¹⁶(1991), 25 A.C.W.S. (3d) 780 (Gen. Div.), 47 C.P.C. (2d) 251.

²¹⁷*Ibid.* à la p. 252.

²¹⁸*Ibid.* à la p. 256.

²¹⁹*Ibid.*

²²⁰Voir à cet effet les arrêts *Navionics Inc. c. Flota Maritima Mexicana S.A.* (1989), 26 F.T.R. 148 ; *Relais Nordik Inc. c. Secunda Marine Services Ltd* (1988), 24 F.T.R. 256 ; *BC Navigation S.A. c. Canpotex Shipping Services Ltd* (1987), 16 F.T.R. 79.

²²¹S.R.C. 1985, c. F-7.

²²²Voir notamment les arrêts *Navionics Inc. c. Flota Maritima Mexicana S.A.* ; *BC Navigation S.A. c. Canpotex Shipping Services Ltd*, *supra*, note 220.

Enfin, dans le contexte de la pratique de l'arbitrage commercial international, les arbitres ont à s'interroger sur l'arbitrabilité des questions relatives à la responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. Le champ d'application de la clause compromissoire est en effet souvent perçu comme visant uniquement les différends relatifs à la seule responsabilité contractuelle. Or il arrive que l'inexécution d'un contrat donne lieu à une responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle. Dans la sentence CCI n° 5477 rendue en 1988²²³, les arbitres saisis d'une demande reconventionnelle fondée sur la responsabilité contractuelle et délictuelle (concurrence déloyale et contrefaçon) ont retenu leur compétence, par ailleurs non contestée sur ce point par les parties, sur le critère de la connexité des demandes :

The Tribunal considers that these claims are so closely *interlinked* that they are both within the jurisdiction of the tribunal conferred by (the arbitration agreement) of the contract. Indeed, in order to assess damages properly, and to avoid overlapping, it is unavoidable to consider both claims together. They depend upon the same set of facts and no objection was raised by either party to the jurisdiction of the Tribunal in respect of them. They are included in the Terms of Reference [nos italiques]²²⁴.

Conclusion

Certes les différentes provinces canadiennes ont entrepris de développer l'arbitrage notamment par l'implantation dans leurs droits internes des principes contenus dans la *Loi-type de la CNUDCI*. Toutefois, la pratique judiciaire canadienne examinée dans cette étude montre une réticence marquée des juges étatiques saisis en dépit d'une convention d'arbitrage à se défaire de leur compétence afin de laisser jouer celle de l'arbitre. Ce qui est à la base un problème de respect de la compétence *ratione materiae* de ce dernier et notamment du principe de sa compétence à statuer sur la validité et l'étendue de sa propre compétence, devient ainsi un pur problème d'interprétation de la convention d'arbitrage en ce que les termes employés dans la convention déterminent son effectivité. Plus la convention est rédigée en termes larges, plus elle a de chances de recevoir application par le juge étatique.

Mais le meilleur moyen d'assurer toute effectivité aux conventions d'arbitrage reconnues valides par le législateur est la reconnaissance par le juge étatique de la compétence de l'arbitre de statuer sur la validité et l'étendue de sa juridiction. Cette reconnaissance doit s'imposer d'elle-même lorsqu'elle se trouve exprimée par le droit interne de l'arbitrage, ce qui est d'ailleurs le cas de toutes les lois provinciales sur l'arbitrage international ainsi que celle du Québec sur l'arbitrage interne. Par conséquent, le tribunal étatique qui constate l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage doit renvoyer les parties devant l'arbitre lorsque le litige dont il est saisi entre *prima facie* dans le domaine d'application de celle-ci. Le juge étatique doit donc, à ce stade, interpréter de façon libérale non seulement le champ d'application de la convention d'arbitrage, mais aussi la cause d'action portée devant lui. Seule cette démarche

²²³(1988) 115 JDI 1204.

²²⁴*Ibid.* à la p. 1205.

permet d'empêcher qu'une partie désireuse de ne pas se soumettre à l'arbitrage n'invoque à l'appui de son action devant le juge étatique une réclamation qui n'est pas directement reliée au contrat principal qui contient la clause compromissoire. Il est intéressant de constater que la *Loi portant révision de la Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario²²⁵ prévoit à l'article 7 paragraphe 5²²⁶ que le juge peut scinder le recours dont il est saisi afin de déférer à l'arbitre les questions traitées dans la convention d'arbitrage et se réserver les autres. On peut seulement regretter que le même paragraphe omette de préciser qu'une telle dissociation soit opérée par le biais d'un examen *prima facie* de ce qui constitue ou ne constitue pas un différend couvert par la convention d'arbitrage. En outre, l'article 7(5) exige que la dissociation apparaisse « raisonnable », ce qui octroie une certaine discrétion au juge. L'article 7(5) s'aligne donc sur l'article 17(1) de la même loi qui semble exclure que l'arbitre ait compétence pour statuer sur l'étendue de sa compétence.

Cependant, l'effectivité des conventions d'arbitrage commande que ce soit l'arbitre, et non pas le juge étatique, qui détermine si le différend est couvert par les termes de la convention d'arbitrage qui fonde la juridiction du premier. Si l'arbitre s'octroie une compétence qui ne lui a pas été conférée par la convention d'arbitrage, les parties pourront toujours s'adresser au juge étatique pour faire réviser la sentence arbitrale pour le motif d'excès de compétence.

Le respect du principe de la « compétence-compétence » permet non seulement à l'arbitre d'assurer sa crédibilité en tant que « juge privé », mais aussi de préserver l'efficacité du processus arbitral en termes de coûts et de délais. Toute démarche qui consiste à éviter l'application de ce principe hypothèque considérablement la portée des réformes visant le développement de l'arbitrage au Canada.

²²⁵*Supra*, note 16.

²²⁶ (5) Le tribunal judiciaire peut surseoir à l'instance en ce qui touche les questions traitées dans la convention d'arbitrage et permettre qu'elle se poursuive en ce qui touche les autres questions, s'il constate :

- a) d'une part, que la convention ne traite que de certaines des questions à l'égard desquelles l'instance a été introduite ;
- b) d'autre part, qu'il est raisonnable de dissocier les questions traitées dans la convention des autres questions.