
La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois

Louis Marquis*

L'article 940.6 du *Code de procédure civile* ressort comme l'article-clef en matière d'arbitrage commercial international au Québec. Il aura un effet modernisateur considérable parce qu'il fait de l'arbitrage international une question centrale en droit québécois et permet aux arbitres d'interpréter le *Code de procédure civile* à la lumière des développements récents en droit international. Vu la nouveauté de cet article (il n'est entré en vigueur qu'en 1986), l'auteur identifie les trois concepts qu'on y retrouve — « arbitrage », « commercialité » et « internationalité » — et explique leur sens à l'aide d'illustrations tirées des droits canadien et étranger. En premier lieu, la composante « arbitrage » est axée sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties au contrat, et aussi sur la similarité du processus arbitral et du processus judiciaire. En deuxième lieu, la composante « commercialité » désigne, en général, toute activité de production, de transformation ou d'échange de biens ou de services, une définition qui permet une adaptation facile au contexte des relations commerciales internationales. Enfin, même si la doctrine et la jurisprudence québécoises n'ont pas encore élaboré un sens pour « l'internationalité » à l'article 940.6 *C.p.c.*, le droit français, qui met l'accent sur des critères de nature économique, inspirera probablement les tribunaux dans leur interprétation de cette notion. Ainsi, d'après l'auteur, l'article 940.6 *C.p.c.* placera le droit québécois à l'avant-plan de l'évolution de l'arbitrage commercial international dans les années à venir, à cause de l'importance qu'il accorde aux sources du droit international.

Article 940.6 of the *Code of Civil Procedure* stands out as a crucial article on international commercial arbitration in Quebec. It will have an important modernizing impact because it makes international arbitration a central question in the law of Quebec and allows arbitrators to interpret the *Code of Civil Procedure* in the light of recent developments in international law. Since article 940.6 *C.C.P.* has only been in force since 1986, the author identifies its three main components ("arbitration", "commercial", and "international") and uses illustrations from Canadian and foreign law to explain their meaning. First of all, the "arbitration" component is based on the principle of the autonomy of the will of the parties to the contract, and also on the similarity between the arbitral and judicial processes. Secondly, the "commercial" component designates, in general, any activity related to the production, transformation or exchange of goods and services, a definition which can adapt to the needs of international commercial relations. Finally, although doctrinal works and jurisprudence in Quebec have not yet developed a meaning for the "international" component of article 940.6 *C.C.P.*, French law, which focuses on economic criteria, will probably inspire the judiciary in its interpretation of that notion. Therefore, according to the author, article 940.6 *C.C.P.* will put Quebec law at the forefront of international commercial arbitration in years to come, given the importance it lends to international legal sources.

* Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Les idées maîtresses de ce texte furent exposées lors d'une conférence prononcée le 21 mai 1991 à Sherbrooke sur « La notion d'arbitrage en droit interne et international » dans le cadre du 59e Congrès de l'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences (ACFAS).

Sommaire

Introduction

- I. La notion d'arbitrage commercial international et l'article 940.6 C.p.c.
- II. La composante « arbitrage »
 - A. Une origine conventionnelle
 - B. Une mission juridictionnelle
 - 1. L'existence d'un différend
 - 2. L'existence d'une similitude avec le processus judiciaire
 - 3. Conclusion
- III. La composante « commercialité »
- IV. La composante « internationalité »
 - A. Une démarcation face à l'internationalité au sens de la Loi type
 - B. L'internationalité au sens de la Loi québécoise : une référence au modèle français

Conclusion

* * *

Introduction

Pour définir ce qu'il entend par l'arbitrage commercial international, l'article 940.6 du *Code de procédure civile* parle d'« arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce [...] international »¹. Comme l'a justement signalé J.E.C. Brierley, « [v]oilà des termes qui, eux-mêmes, appellent une interprétation en droit québécois »². Le présent texte vise précisément à dégager les principales facettes de chacune des composantes — « arbitrage », « commercialité », « internationalité » — de cette nouvelle formule. Son but ne consiste donc pas à en faire une analyse exhaustive, mais plutôt à établir un contact avec les aspects de ses constituantes qui nous apparaissent parmi les plus essentiels. Un tel exercice serait par ailleurs incomplet s'il ne résumait pas, au départ, les circonstances qui menèrent à l'adoption de l'article 940.6 C.p.c. et qui en expliquent finalement la raison d'être.

¹Nous délaissérons, pour les fins de la présente discussion, toute allusion à l'arbitrage commercial « extra-provincial ».

²J.E.C. Brierley, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987) 47 R. du B. 259 à la p. 265.

I. La notion d'arbitrage commercial international et l'article 940.6 C.p.c.

Jusqu'à la réforme intervenue en 1986 par le biais de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*³, la notion d'arbitrage commercial international n'avait jamais vraiment constitué une question centrale en droit québécois. D'une part, la législation d'alors, comprise aux articles 940 à 951 C.p.c., ne traitait que de l'arbitrage interne. En aucun moment, le législateur n'avait jugé opportun d'adopter des dispositions spécifiques à l'arbitrage commercial international. D'autre part, l'avant-scène de l'actualité jurisprudentielle avait été dominée par le débat autour de la validité de la clause compromissoire, qui ne fut reconnue qu'en 1983 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*⁴. Cette monopolisation, reflet d'une méfiance exercée de longue date par les tribunaux à l'égard de l'arbitrage⁵, empêcha le développement d'un ensemble substantiel de règles matérielles propres à l'arbitrage commercial international, dans des matières aussi variées que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa compétence, l'obligation pour les tribunaux de renvoyer les parties à l'arbitrage en présence d'une convention à cet effet, le degré d'autonomie des parties dans la détermination des règles applicables au fond du différend ainsi qu'à la procédure arbitrale, l'impact de l'ordre public sur l'arbitrage, etc. Par conséquent, le besoin de circonscrire le sens de l'expression « arbitrage commercial international » ne se fit pas réellement sentir. Rien de surprenant alors à ce que J.-G. Castel, dans son traité de 1980 sur le droit international privé québécois, consacre à la notion des propos passablement généraux et inspirés du droit français⁶.

Mais cette époque austère allait connaître une fin abrupte, du moins au niveau législatif. En effet, désireux de sortir de l'isolement dans lequel il s'était cantonné par rapport au développement quasi-universel de l'arbitrage commercial international, le Québec se dotait, en 1986, d'une loi sur l'arbitrage qualifiable de résolument moderne et dont la doctrine a souligné à grands traits l'entrée en vigueur⁷.

³L.Q. 1986, c. 73, entrée en vigueur le 11 novembre 1986 [ci-après la *Loi*].

⁴[1983] 1 R.C.S. 529, 47 N.R. 321.

⁵Ce sentiment est bien exprimé dans les remarques de M. le juge Surveyer, formulées en 1924 : « je n'aime pas [...] ces mots d'arbitre et d'arbitrage, qui comportent substitution du compromis au jugement, de l'utilité pratique à la vérité, du bon sens – ou de ce qu'on voudrait faire passer pour tel – à la loi » (É.-F. Surveyer, « Réformes proposées au Code de procédure civile » (1924) 2 R. du D. 351 à la p. 352). Certaines traces de cette vision de l'arbitrage demeurent perceptibles dans la jurisprudence récente : « on doit interpréter et appliquer rigoureusement la convention d'arbitrage qui est une dérogation au droit général de s'adresser aux tribunaux. N'y est soumis que très précisément ce qu'on a clairement entendu y soumettre » (*Re/Max Idéal Inc. c. Deschamps* (10 octobre 1989), Montréal 500-09-001459-882, J.E. 89-1550 (C.A.) à la p. 4, M. le juge Vallerand).

⁶*Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 619 et s.

⁷Cette loi permet également de démarginaliser l'arbitrage au plan interne. Voir notamment : Brierley, *supra*, note 2 ; A. Dorais, « L'arbitrage commercial — Développements législatifs » (1987) 47 R. du B. 273 ; G. Cohen, « La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères » (1987) 47 R. du B. 435 ; M. Lalonde, « The New Environment for Commercial Arbitration in Canada » (1987) 1 Rev. Int. Bus. Law 31. Depuis son entrée en vigueur, les tribunaux ont émis quelques énoncés de principes fidèles à l'esprit de la *Loi*, comme dans l'affaire

Du même coup, la notion d'arbitrage commercial international prenait une dimension inconnue jusque-là puisqu'elle se trouvait définie législativement pour la première fois, au tout début de l'article 940.6 C.p.c., qui se lit comme suit :

Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte :

1. de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international^[8] ;
2. du Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985^[9] ;
3. du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international [nos italiques]^[10].

Il s'agit là d'une disposition « hardie et peu courante »¹¹ dans notre droit et dont l'existence s'explique de la manière suivante. Ayant choisi de rendre la *Loi* applicable indistinctement aux arbitrages internes et internationaux, commerciaux ou pas, ses rédacteurs durent tenir compte d'une réalité constamment rappelée par la doctrine : le besoin de spécificité de l'arbitrage commercial international qui commande qu'en toutes circonstances on envisage cette institution à partir d'une perspective véritablement internationale, de façon à lui permettre de jouer pleinement et efficacement, pour les différends du commerce international, son rôle de mode normal de règlement des différends¹². Mode nor-

Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.) à la p. 2785, M. le juge Monet :

L'argumentation de l'appelante touchant la question de l'ordre public suppose, me semble-t-il, que l'arbitrage soit une dérogation au droit commun.

Soit dit avec déférence, tel n'est pas le cas. L'arbitrage, créant une juridiction privée, est maintenant un contrat autonome, nonimé et réglementé au Code. L'article 1926.1 C.c. le définit. La convention d'arbitrage est distincte du contrat dans lequel elle est contenue (art. 1926.5 C.c.). Aussi, une interprétation large et libérale s'impose en la matière, comme l'enseigne le professeur Brierley. C'est pourquoi il faut être sur ses gardes lorsqu'on consulte la jurisprudence antérieure à la réforme.

⁸*Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. off. CNUDCI, 18e sess., Supp. n° 17, Annexe I, Doc. NU A/40/17 (1985) [ci-après la *Loi type*].

⁹*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Doc. off. CNUDCI, 18e sess., Supp. n° 17, Doc. NU A/40/17 (1985).

¹⁰*Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*, Doc. off. CNUDCI, 18e sess., Supp. n° 18, Doc. NU A/CN.9/264 (1985) [ci-après le *Commentaire analytique*]. Les documents de la CNUDCI mentionnés à l'art. 940.6 C.p.c. sont publiés dans *Arbitrage commercial : Documents pouvant servir à l'interprétation du Code d'arbitrage commercial*, Gaz. C. 1986.I.5153 Supp.

¹¹N. Antaki, « L'arbitrage commercial : concept et définitions » [1987] C.P. du N. 485 à la p. 502.

¹²En d'autres termes,

il faut entendre, tout simplement, ce fait, incontestable autant que souvent négligé, que l'arbitrage « international » n'est pas une simple « extension » ou transposition, aux relations internationales, de l'arbitrage interne ou domestique. Ce dernier se situe dans un cadre étatique, celui d'un ordre juridique interne. Le second se situe dans un contexte tout à fait différent, celui du droit international privé ; par les problèmes qu'il

mal, puisqu'en l'absence de juridiction internationale de droit privé, les arbitres s'imposent plus souvent qu'autrement comme les décideurs naturels de ces litiges. Ce statut particulier s'avère d'autant plus justifié que la neutralité du processus d'arbitrage lui permet de constituer, dans bien des situations, un forum nettement plus invitant que celui des juridictions étatiques, dont la crédibilité varie suivant l'influence de considérations juridiques, sociologiques et culturelles¹³. L'histoire pas si lointaine du droit français offre une image saisissante de la montée de ce particularisme, par le biais d'une série de décisions de la Cour de cassation (1re Chambre civile) durant les années 1960-70. Celle-ci y reconnut, entre autres, la validité de la clause compromissoire en matière internationale¹⁴, même lorsqu'elle est conclue par un État ou une personne morale de droit public¹⁵, ainsi que le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal¹⁶, se démarquant à chaque reprise des règles édictées en droit interne. Ces fondements jurisprudentiels allaient être largement consacrés par la réforme du 12 mai 1981¹⁷, qui, combinée à celle du 14 mai 1980¹⁸ sur l'arbitrage interne, entraînait la formation d'un régime législatif dualiste.

pose, les conditions auxquelles il est soumis, par sa nature même, l'arbitrage international est, à l'évidence, un « animal différent » de l'arbitrage interne.

Certes, cette spécificité sera plus ou moins accentuée selon les cas, mais elle est toujours présente dès lors que deux systèmes juridiques au moins (ceux des parties) sont *prima facie* en concurrence, ceci sans parler de l'ordre juridique du pays ou des pays de l'exécution de la future décision, par exemple (P. Lalive, « L'importance de l'arbitrage commercial international » dans N. Antaki et A. Prujiner, éd., *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, 15 à la p. 22).

Voir également A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. 1, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 12.

¹³W. Park et J. Paulsson, « Arbitrage commercial et contrats internationaux » (1985) 45 R. du B. 215 à la p. 216, donnent l'exemple suivant :

Si [...] un chantier naval suédois s'engage à construire des pétroliers pour le gouvernement libyen, il est probable que des Suédois apprécieront peu la perspective de comparaître devant des tribunaux libyens. La Libye de son côté ressentirait comme un affront à sa souveraineté nationale toute soumission aux tribunaux suédois, ou à quelque juridiction d'un pays industrialisé de l'Ouest. L'arbitrage s'imposera donc ici de lui-même [...].

Sur toute cette question de spécificité, voir de façon générale : R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 ; P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965 ; « La réforme du droit de l'arbitrage international — Introduction : Spécificité de l'arbitrage international » [1981] Rev. arb. 449.

¹⁴Cass. civ. 1re, 4 juillet 1972, *Hecht c. Société Buisman's*, (1972) 99 JDI 843 (note B. Oppetit) [Note de l'éditeur : le *Journal de droit international* est aussi désigné sous le nom de *Clunet*, en l'honneur du fondateur de cette revue], (1974) 63 Rev. crit. dr. int. privé 82 (note P. Level), [1974] Rev. arb. 89. Voir aussi P. Francescakis, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation » [1974] Rev. arb. 67.

¹⁵Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, J.C.P. 1966.II.14798 (note P. Ligneau), D.1966.Jur.575 (note J. Robert), (1966) 93 JDI 648 (note P. Level), (1967) 56 Rev. crit. dr. int. privé 553 (note B. Goldman) [ci-après *Galakis*].

¹⁶Cass. civ. 1re, 7 mai 1963, *Établissements Raymond Gosset c. Société CarPELLI*, J.C.P. 1963.II.13405 (note B. Goldman), D.1963.Jur.545 (note J. Robert), (1963) 52 Rev. crit. dr. int. privé 615 (note H. Motulsky), (1964) 91 JDI 82 (note J.-D. Bredin).

¹⁷Décret n° 81-500 du 12 mai 1981, J.O., 14 mai 1981, 1380 modifiant le *Nouveau Code de procédure civile* [ci-après *Nouv. C.p.c.*].

¹⁸Décret n° 80-354 du 14 mai 1980, J.O., 18 mai 1980, 1238.

Or, au Québec, en raison de la structure législative unitaire mise en place par le législateur, on pouvait craindre que les tribunaux n'accordent que peu d'importance à ces facteurs de singularisation en l'absence d'une mention expresse les incitant à agir dans le sens proposé par la doctrine :

En effet, l'expérience passée, dans des pays ayant pourtant une tradition d'arbitrage, a clairement démontré que les tribunaux avaient tendance, lorsque les arbitrages internes et internationaux étaient soumis aux mêmes textes, à appliquer uniformément, pour un temps du moins, les précédents restrictifs dégagés pour l'arbitrage interne aux arbitrages internationaux, méconnaissant ainsi l'originalité propre de l'arbitrage international. Au Québec, où les tribunaux n'étaient pas jusqu'à ces dernières années favorables à l'arbitrage, ce danger paraissait réel¹⁹.

Au surplus, les risques évoqués par N. Antaki se trouvaient aggravés, ou à tout le moins maintenus, par certaines tendances présentes dans l'ensemble du contexte juridique québécois tel qu'il apparaissait lors de la réforme. À titre de preuve, cet extrait d'un arrêt de la Cour d'appel, rendu dans une affaire soulevant des allégations de fraude commise relativement à des lettres de crédit documentaire²⁰, illustre qu'en dépit de la dimension internationale du problème, ce dernier fut résolu suivant une optique purement québécoise :

Avant de conclure, j'ose me permettre une observation personnelle. Les parties se sont référées à des décisions de justice anglaises et américaines à l'occasion de conflits ayant pris naissance dans plusieurs pays et dans certains états des USA. C'est intéressant. Pour ma part, je laisse à des chercheurs avisés la captivante étude du droit comparé²¹.

C'est pourquoi, afin d'assurer au Québec l'épanouissement de l'arbitrage commercial suivant ce qu'il représente sur le plan international, les rédacteurs de la *Loi* insérèrent dans ses dispositions l'article 940.6 C.p.c. Cet article autorise l'interprète à recourir à des sources justement caractérisées par leur esprit internationaliste, soit la *Loi type* et les documents préparatoires de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)²². Résultat

¹⁹Antaki, *supra*, note 11 à la p. 501.

²⁰À noter que ce jugement ne traitait pas de la question de l'arbitrage.

²¹*Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, [1985] C.A. 718 à la p. 725, 31 B.L.R. 155, M. le juge Monet. Ce jugement a été confirmé par la Cour suprême du Canada, [1987] 1 R.C.S. 59, 36 D.L.R. (4th) 161 [cité aux R.C.S.]. M. le juge Le Dain s'est toutefois dit en désaccord avec l'approche de la Cour d'appel :

Par conséquent bien que, dans ses motifs, le juge Monet en l'espèce dise que les décisions relatives à l'exception de fraude en *common law* peuvent être intéressantes mais ne sont pas pertinentes au Québec, je ne peux, avec égards, voir pourquoi elles ne devraient pas être appliquées pour déterminer la portée de l'exception de fraude et la possibilité d'y recourir à l'encontre de l'autonomie des crédits documentaires en droit québécois. C'est particulièrement le cas puisqu'il est souhaitable d'en arriver à la plus grande uniformité possible du droit relativement à ces effets vitaux pour le commerce international (*ibid.* aux pp. 82-83).

²²Sur l'ensemble de ces documents, voir H.M. Holtzmann et J.E. Nenhau, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 1989 ; P. Sanders, *UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer, 1984 ; P. Fouchard, « La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » (1987) 114 JDI 861 ; S. Jarvin, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » [1986] Rev. arb. 509. Voir aussi la déclaration de H. Marx, alors ministre de la Jus-

du travail réalisé par les représentants d'une soixantaine de pays et de plusieurs organisations internationales, la *Loi type* se veut un modèle que les législateurs nationaux sont invités à prendre en considération. D'une portée universelle, elle est destinée à promouvoir l'arbitrage dans la sphère des rapports économiques qui transcendent les frontières des États, tout en servant d'outil d'harmonisation des différents droits étatiques. Formellement, toutefois, une telle référence n'est permise que « [d]ans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce [...] international »²³, formule identique à celle de l'article 1492 *Nouv. C.p.c.*²⁴ Aussi convient-il, désormais, de nous pencher plus avant sur les composantes — arbitrage, commercialité, internationalité — de la notion qui nous intéresse.

II. La composante « arbitrage »

« Par l'arbitrage, les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu'elles choisissent. »²⁵ Il ne s'agit là que d'une illustration issue du vaste éventail de définitions fournies par la doctrine²⁶. Celles-ci

tice du Québec, lors de l'examen du projet de loi sur l'arbitrage, Québec, Assemblée nationale, *Débats* à la p. 3674 (30 octobre 1986) :

La référence à ces documents est importante. Elle permettra aux conseillers [...] des entreprises commerciales étrangères d'être certains des règles québécoises d'arbitrage quand ils [...] auront à conseiller leurs clients sur le choix d'un endroit pour la tenue d'un arbitrage international. Ces conseillers pourront ainsi proposer la tenue d'un arbitrage au Québec sans craindre que certaines interprétations rendues par nos tribunaux dans les litiges mettant en cause seulement des intérêts québécois viennent restreindre la portée des principes contenus dans le projet de loi.

Sur l'importance du droit international en matière d'arbitrage commercial au Canada, voir W.C. Graham, « The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction » (1987-88) 13 *Can. Bus. L.J.* 2. En France, la reconnaissance de la spécificité de l'arbitrage commercial international s'est traduite notamment par le développement d'une notion d'ordre public particulière aux relations internationales. J. Robert y consacre d'ailleurs un chapitre entier de son ouvrage intitulé *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz, 1983, c. 10 aux pp. 350-70.

²³L'art. 940.6 *C.p.c.* précise de plus que le recours à ces documents ne doit intervenir que « s'il y a lieu » et uniquement pour l'interprétation des art. 940 à 947.4 *C.p.c.* Il sera intéressant de voir dans quelle mesure les tribunaux donneront effet à ces prescriptions, notamment lorsqu'il s'agira d'éclaircir le sens d'une disposition à l'occasion d'un litige purement interne.

²⁴Art. 1492 *Nouv. C.p.c.* : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. »

²⁵Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, *supra*, note 13, n° 11.

²⁶Les définitions suivantes sont fréquemment rencontrées :

L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes — l'arbitre ou les arbitres — lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État (David, *supra*, note 13, n° 2).

[L]'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci (C. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 785).

[L]'arbitrage commercial international est un procédé de solution des litiges commerciaux internationaux qui consiste à confier, par convention, le pouvoir de trancher ces litiges à une ou plusieurs personnes privées (J. Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987 à la p. 3).

font ressortir que le concept d'arbitrage comporte deux éléments. D'abord, l'investiture et les pouvoirs de l'arbitre prennent leur origine dans la volonté commune de deux ou plusieurs parties, manifestée dans une convention d'arbitrage. Ensuite, la mission de l'arbitre s'assimile à celle d'un juge. Elle est, autrement dit, juridictionnelle²⁷.

A. *Une origine conventionnelle*

De nombreux effets ont été tirés, en matière internationale, de l'origine conventionnelle de l'arbitrage²⁸. C'est en grande partie sur la base de cette caractéristique fondamentale et du principe de la liberté contractuelle qu'au fil des années, les théoriciens, praticiens, législateurs et décideurs (*i.e.* juges, arbitres) ont modelé la structure juridique de l'arbitrage conformément aux signes distinctifs qu'il revêt en matière de commerce international. G. Herrmann a relevé en ces termes la consécration de cette évolution réalisée dans la *Loi type* quant à la fixation de la procédure d'arbitrage :

The most fundamental principle underlying the Model Law is that of the autonomy of the parties to agree on the « rules of the game ». [...] Where the individual needs of the parties and the nature of their cases varies [*sic*] so greatly as in the international arena and where, because of this and the often fortuitous choice of the place of arbitration, the procedures of the traditional curial law tend to be unsuitable, it is sound policy to let the parties themselves lay down the procedural rules suiting their needs²⁹.

S'avère tout aussi révélateur de ce mouvement le degré d'autonomie alloué aux parties, en droit québécois, dans la sélection de l'ensemble des règles applicables à l'arbitrage. Plusieurs dispositions actuelles et futures du *Code civil* et du *Code de procédure civile* en témoignent clairement. Par exemple, dans la mesure où une loi étatique doit être appliquée à la convention d'arbitrage, l'article 3121 du Projet de loi 125³⁰ prévoit que sa détermination sera fonction d'abord et avant tout de la volonté des parties :

En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi du Québec si l'arbitrage s'y déroule [nos italiques].

L'article 3133 du même Projet de loi s'inscrit dans une ligne de pensée identique, au sujet cette fois de la procédure d'arbitrage :

La procédure de l'arbitrage est régie par la loi de l'État où il se déroule *lorsque les parties n'ont pas désigné soit la loi d'un autre État, soit un règlement d'arbitrage institutionnel ou particulier* [nos italiques].

²⁷C'est la jonction des dimensions contractuelle (conventionnelle) et juridictionnelle qui contribue à faire de l'arbitrage une institution dite « mixte ». Voir Kassis, *supra*, note 12.

²⁸Voir de façon générale Robert, *supra*, note 22 à la p. 230 et s.

²⁹« The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Introduction and General Provisions » dans P. Sarcevic, éd., *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, Martinus Nijhoff, 1989, 3 à la p. 9.

³⁰P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e Lég. Qué., 1990-91 (sanctionné le 18 décembre 1991, L.Q. 1991, c. 64).

Ainsi, l'autonomie de la volonté des parties ne se limite pas à choisir le droit étatique. De plus, elle peut aller jusqu'à faire en sorte, par rapport aux règles devant servir à trancher le fond du litige, que les arbitres statuent en tant qu'amiabiles compositeurs ou sur la base de la *lex mercatoria*, tel qu'il ressort de l'article 944.10 *C.p.c.*³¹ De façon similaire, étant donné le caractère supplétif de la plupart des dispositions du *Code de procédure civile*³², les parties peuvent elles-mêmes établir la procédure d'arbitrage ou se référer au règlement d'une institution comme celui du Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec³³.

B. Une mission juridictionnelle

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Sport Maska Inc. c. Zittler*³⁴, a rappelé les critères traditionnellement retenus afin d'établir si la mission confiée à un tiers revêt ou non un caractère juridictionnel³⁵. D'un côté, ce tiers doit être appelé à trancher un « différend » (articles 1926.1 *C.c.B.-C.*³⁶ et 944.10 *C.p.c.*³⁷). D'un autre, il doit exister une similitude entre la procédure suivie par le décideur et le processus d'une instance judiciaire. Ce sont ces facteurs, développés en droit interne, mais applicables également au niveau international, qui permettent finalement de distinguer l'arbitrage de mécanismes proches, tels la conciliation, l'expertise et le mandat.

1. L'existence d'un différend

La question de l'existence d'un différend ne pose pas de difficulté lorsque le problème opposant les parties « est susceptible de faire l'objet d'une action en justice »³⁸. En revanche, la situation se présente autrement lorsque le travail

³¹Art. 944.10 *C.p.c.* :

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

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiabiles compositeurs que si les parties en ont convenu.

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

³²Art. 940 *C.p.c.* :

Les dispositions du présent titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires. Cependant, on ne peut déroger aux dispositions contenues aux articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, ni à l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire.

³³Les parties pourraient choisir cette voie dans l'hypothèse où, suivant l'art. 3133 du Projet de loi 125, le droit québécois aurait été rendu applicable en raison d'une désignation à cet effet par les parties ou parce que l'arbitrage se déroule au Québec.

³⁴[1988] 1 R.C.S. 564, 38 B.L.R. 221, 83 N.R. 322 [ci-après *Sport Maska* cité aux R.C.S.].

³⁵Pour une analyse complète des faits et de la décision, voir P. Garant, « Commentaire d'arrêt : *Sport Maska Inc. c. Zittler* » (1989) 68 R. du B. can. 166.

³⁶Art. 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. »

³⁷*Supra*, note 31.

³⁸J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne » [1987] C.P. du N. 507 à la p. 534.

confié au tiers consiste à compléter ou à réviser un contrat. Les opérateurs du commerce international choisissent fréquemment cette voie lorsqu'ils ont été incapables de s'entendre, lors de la conclusion d'un contrat, sur le contenu d'un de ses éléments. Ou encore, dans les contrats à long terme, une telle procédure sera rattachée à une clause d'adaptation aux circonstances nouvelles³⁹. Peut-on encore parler d'un « différend » ? Certains, dont H. Motulsky, ont répondu par la négative :

La condition préalable d'une *prétention* fait autant défaut que la caractéristique d'une vérification : aucune des parties ne soumet aux tiers une demande dont il s'agirait d'admettre ou de nier le bien-fondé ; elles invitent les tiers, non pas à opter pour l'une des deux prétentions antagonistes, mais bien à procéder à une fixation, donc à un acte *exclusivement créateur* [nos italiques]⁴⁰.

L'adaptation du contrat serait donc, selon Motulsky, un acte non juridictionnel⁴¹. Cette position, privilégiée par la Cour suprême du Canada dans *Sport Maska*⁴², trouve des appuis assez solides dans la jurisprudence arbitrale internationale, lorsque l'arbitre ne dispose pas expressément du pouvoir de compléter le contrat ou de l'adapter au changement de circonstances⁴³. Elle est fondée sur une présomption de « compétence professionnelle » des praticiens du commerce international. L'absence de clause expresse d'adaptation du contrat, par exemple, est considérée comme une acceptation tacite des parties de courir le risque que l'équilibre contractuel soit éventuellement perturbé par une transformation des conditions qui prévalaient lors de la formation de l'entente. Cependant, cette tendance ne se fait pas sentir avec autant d'acuité dans le cas où l'arbitre agit en tant qu'amiable compositeur⁴⁴. En effet, celui-ci peut définir la procédure qu'il entend appliquer et peut rendre ses décisions *ex aequo et bono* sans être contraint par les lois et règlements d'une juridiction particulière (qui lie l'arbitre), dans la mesure où les parties lui ont reconnu ce pouvoir dans le contrat⁴⁵.

³⁹Sont qualifiées ainsi, notamment, les clauses de force majeure et les clauses de sauvegarde. Ces dernières impliquent habituellement une phase de renégociation, laquelle, advenant un échec, conduira à l'intervention du tiers. Voir B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de 'hardship' » (1974) 101 JDI 794 ; H. Ullmann, « Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain » [1988] RDAI 889.

⁴⁰H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974 à la p. 47.

⁴¹J. Paulsson, « L'adaptation du contrat » [1984] Rev. arb. 249 à la p. 250.

⁴²*Supra*, note 34. Dans la même lignée, voir *Prodevco Immobilière Inc. c. Nerenberg*, [1990] R.J.Q. 1417 (C.S.) ; requête pour permission d'en appeler rejetée (7 mai 1990), Montréal 500-09-000588-095, J.E. 90-949 (C.A.).

⁴³On pourra à cet effet consulter quelques décisions de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), dont par exemple : CCI affaire n° 1512, (1974) 101 JDI 904 (note Y. Derains) ; CCI affaire n° 2216, (1975) 102 JDI 917 (note Y. Derains) ; CCI affaire n° 2404, (1976) 103 JDI 995 (note Y. Derains) ; CCI affaire n° 2708, (1977) 104 JDI 943 (note Y. Derains). Voir aussi les articles suivants : P. Fouchard, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique » [1979] Rev. arb. 67 à la p. 71 et s. ; Paulsson, *supra*, note 41.

⁴⁴Voir É. Loquin, « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur : À propos de trois arrêts de la Cour d'appel de Paris » [1985] Rev. arb. 199 aux pp. 201-202 ; J.-D. Bredin, « L'amiable composition et le contrat » [1984] Rev. arb. 259 aux pp. 266-70.

⁴⁵Brierley, *supra*, note 2 à la p. 264. Sur l'état du droit au moment de la réforme, voir N. Antaki, « L'amiable composition » dans Antaki et Prujiner, éd., *supra*, note 12, 151 à la p. 165 et les références indiquées.

La conception étroite des pouvoirs de l'arbitre prônée par Motulsky s'avère également plus nuancée, suivant les divers droits nationaux, lorsqu'existe clairement une volonté commune des parties de confier le soin à l'arbitre de modifier ou d'adapter le contrat⁴⁶. J. Rubellin-Devichi, reprenant des propos d'É. Loquin, a bien cerné l'enjeu de la problématique :

Sans doute, l'opportunité et les nécessités économiques plus pressantes encore en droit international peuvent-elles conduire les tribunaux à qualifier d'arbitrage ce qui, au regard de la doctrine classique, n'est qu'un mandat d'intérêt commun, et à admettre, pour assurer la loyauté des débats, la force exécutoire de la décision et la validité de la clause compromissoire en matière civile, une sorte « d'incorporation de l'arbitrage juridictionnel dans l'arbitrage contractuel », selon le vœu de M. Loquin, qui considère que l'assimilation ainsi réalisée permettrait à l'arbitrage de jouer pleinement « un rôle de régulation des contrats à long terme, fonction qu'il assume difficilement en l'état du droit positif »⁴⁷.

À l'heure actuelle, il importe de retenir que ce courant n'a pas encore supplanté l'approche traditionnelle. Bien que la jurisprudence de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en soit imprégnée⁴⁸, le tableau des divers droits nationaux montre des variantes sensibles d'un système à l'autre⁴⁹. C'est le cas lorsqu'on compare le droit néerlandais, qui fait preuve d'avant-gardisme à ce titre⁵⁰, avec le droit français où, malgré quelques signes de reconnaissance en ce sens⁵¹, la jurisprudence ne présente pas encore un tout entièrement cohérent⁵².

Du reste, tout ne s'arrête pas à la recherche d'un différend bien identifié. Il faut aussi que le tiers remplisse sa fonction selon une procédure similaire au processus judiciaire.

⁴⁶Pour une vision approfondie du problème, voir Kassis, *supra*, note 12.

⁴⁷*Juris-classeur droit international*, fasc. 1005, par É. Loquin, n° 49. Les citations de Loquin sont publiées dans son article « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international » (1983) 110 JDI 293, n° 8.

⁴⁸CCI affaire n° 1990 (1972), (1974) 101 JDI 897 (note Y. Derains) ; CCI affaire n° 2478 (1974), (1975) 102 JDI 925 (note Y. Derains) ; CCI affaire n° 2291 (1975), (1976) 103 JDI 989 (note Y. Derains).

⁴⁹Voir W. Peter, « Arbitration and Renegotiation Clauses » (1986) 3:2 J. Int'l Arb. 29 ; H. Strohbach, « Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration: The East-German Approach » (1984) 1:1 J. Int'l Arb. 39.

⁵⁰L'art. 1020(4) du *Code de procédure civile* néerlandais prévoit ceci :

Les parties peuvent également convenir de soumettre à l'arbitrage les questions consistant à :

- a) constater seulement l'état ou la qualité de biens ;
- b) déterminer seulement le quantum d'un dommage ou d'une dette de somme d'argent ;
- c) combler les lacunes d'un rapport de droit ou modifier ce rapport de droit [traduction de l'auteur].

⁵¹Paris, 28 septembre 1976, *Électricité de France c. Société Shell*, [1977] Rev. arb. 341 ; Jarrosson, *supra*, note 26, n° 631-44.

⁵²B. Oppetit, « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente » [1977] Rev. arb. 315 ; C. Jarrosson, note II sous Paris, 8 juin 1984, *Branui c. Garcin*, [1984] Rev. arb. 523 ; B. Oppetit, « Arbitrage, médiation et conciliation » [1984] Rev. arb. 307. L'ensemble de la question fut discutée à l'occasion d'une réunion internationale dont les résultats sont rapportés dans « Rapports et communications du groupe de travail n° 4 du V^e Congrès international de l'arbitrage, New Delhi, 7-10 janvier 1975 » [1975] Rev. arb. 3.

2. L'existence d'une similitude avec le processus judiciaire

L'arbitrage et le processus judiciaire ont en commun les caractéristiques suivantes : les termes de la clause à la base de l'intervention du tiers, la possibilité pour les parties de faire des représentations, ainsi que le caractère définitif de la décision du tiers⁵³. Ce dernier indice s'avère particulièrement utile dans quelques cas qu'il est opportun de rappeler, ne serait-ce que brièvement.

Le caractère obligatoire de la sentence arbitrale distingue l'arbitrage de la conciliation, où le rôle du tiers consiste à rapprocher les parties en litige sans pouvoir toutefois leur dicter une solution. Le sort du problème demeure ultimement entre les mains des parties. Cette différence ne signifie cependant pas que l'arbitre ne puisse aucunement tenter, d'une manière quelconque, d'amener les opposants à un règlement. À l'instar de la « sentence d'accord parties » prévue à l'article 17 du *Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*⁵⁴, l'article 945.1 C.p.c.⁵⁵ rend légitimes les efforts de l'arbitre en vue de faciliter un accord des parties, lequel se voit alors conférer le statut de sentence arbitrale.

Au-delà de cette étroite relation, il demeure qu'au cours des dernières années, la pratique de la conciliation, exercée à l'extérieur du cadre d'une procédure d'arbitrage, a augmenté de façon significative sur le plan international⁵⁶.

⁵³*Sport Maska, supra*, note 34 à la p. 604. Dans cet arrêt, Mme le juge L'Heureux-Dubé a donné d'autres détails relatifs à cette analogie :

Le rôle confié au tiers est indicatif du statut que lui ont conféré les parties. Si le tiers doit juger entre des prétentions contradictoires sur un point donné, nous sommes beaucoup plus près de l'arbitrage. Par ailleurs, si les parties ont fait appel à un tiers uniquement afin de compléter un élément du contrat, il est moins certain qu'elles aient entendu soumettre un différend né à ce tiers mais elles ont plutôt voulu éviter la naissance d'un tel différend, à moins d'autres critères à l'effet contraire. Dans la même veine, le tiers est-il appelé à décider en fonction de ses connaissances personnelles ou doit-il plutôt choisir entre les diverses positions soutenues par les parties en présence ? Dans la première hypothèse, il s'agit vraisemblablement d'une expertise alors que dans la seconde on serait tenté d'y voir un arbitrage.

D'autre part, le tiers, pour être arbitre, ne saurait agir à titre de mandataire de l'une des parties. Par exemple, le fait qu'il détienne des liens particuliers avec l'une d'elles ou encore qu'il soit rémunéré par l'une d'elles seulement semble incompatible avec le concept d'impartialité, caractéristique fondamentale de l'arbitrage. Le respect par les parties des dispositions impératives du Code est une condition essentielle de l'arbitrage [...] (*ibid.*).

⁵⁴L'art. 17 de ce règlement se trouve dans CCI, *Nouveau règlement de conciliation et règlement d'arbitrage*, Paris, CCI publication n° 447, novembre 1987 à la p. 23 (en vigueur le 1er janvier 1988) : « Si les parties se mettent d'accord, alors que l'arbitre est saisi du dossier dans les termes de l'article 10, le fait est constaté par une sentence arbitrale rendue d'accord parties. »

⁵⁵« Si les parties règlent le différend, les arbitres consignent l'accord dans une sentence arbitrale. »

⁵⁶G. Herrmann, « La conciliation, nouvelle méthode de règlement des différends » [1985] *Rev. arb.* 343 aux pp. 353-54 ; G. Blanc, « La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux » (1987) 40 *Rev. trim. Droit com.* 173 aux pp. 173-75 ; A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986 à la p. 20 et s. La conciliation est présente dans de nombreux modes de règlement, dont celui du « mini-trial » ; voir à cet effet S.G. Fisher, « The Mini-Trial: A Guide to Success » dans

À tel point que la CNUDCI a cru bon de travailler à la rédaction d'un règlement de conciliation, terminée en 1980⁵⁷, et que plusieurs institutions d'arbitrage, dont le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)⁵⁸ et la CCF⁵⁹, ont établi des mécanismes de conciliation parallèlement aux services d'arbitrage qu'elles offrent d'autre part.

Le fait que la sentence arbitrale soit de par sa nature obligatoire conduit à distinguer l'arbitrage d'un autre mode de résolution des différends impliquant l'intervention d'un tiers, soit l'expertise. On vise en quelque sorte, dans l'expertise, l'exemple de la personne appelée à ne remettre qu'un simple avis. À prime abord très simple à tracer, la distinction devient plus floue lorsqu'il s'agit de qualifier certaines pratiques ayant cours en matière internationale. C'est le cas de l'arbitrage de qualité, par lequel un expert est chargé d'évaluer la conformité de marchandises par rapport aux spécifications contractuelles⁶⁰. S'agit-il d'une expertise ou d'un véritable arbitrage ? Comme l'a souligné C. Jarrosson, « [a]ucune réponse tranchée et générale n'est possible [...] »⁶¹, lors même que la décision de l'arbitre de qualité s'imposerait aux parties. La difficulté découle de la variété des circonstances de chaque espèce et du libre jeu des volontés individuelles. Il en résulte des mécanismes qui n'empruntent que partiellement aux caractéristiques généralement reconnues de l'arbitrage et de l'expertise, compliquant ainsi leur qualification⁶².

3. Conclusion

Deux remarques s'imposent à la lumière des considérations qui précèdent. D'une part, le modèle judiciaire exerce une influence considérable lorsque vient le temps de tracer les paramètres de l'arbitrage. Les critères de l'existence d'un différend et de la dimension juridictionnelle de la fonction remplie par le tiers le démontrent clairement. Or, un tel rapprochement entre les justices judiciaire et arbitrale doit être marqué par la prudence. Il serait malheureux qu'il en résulte une transformation de l'arbitrage en une procédure purement contentieuse, ou trop formaliste, qui placerait l'institution loin de l'« idéal d'apaisement et de transaction »⁶³ correspondant à sa nature profonde. Pourrait-on alors envisager

D. Emond, éd., *Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation*, Aurora, Ont., Canada Law Book, 1989, 203.

⁵⁷Le texte de ce règlement apparaît à [1985] Rev. arb. 464.

⁵⁸Ce Centre a été créé par la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 159, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. n° 6090 (en vigueur le 14 octobre 1966). Voir aussi les documents relatifs à cette convention : CIRDI, *Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Washington, CIRDI, 1970. Les art. 28-35 sont réservés à la conciliation et ont été suivis par l'adoption d'un règlement relatif aux instances de conciliation.

⁵⁹Règlement de conciliation facultative dans *supra*, note 54 aux pp. 8-10.

⁶⁰Pour plus de détails, voir Jarrosson, *supra*, note 26, n° 251-54.

⁶¹*Ibid.* n° 254.

⁶²Jarrosson parle d'« institutions-frontières » ; outre l'arbitrage de qualité, il y aurait, entre autres, l'expertise-arbitrage et l'expertise préarbitrale (*ibid.* n° 245 et s.).

⁶³P. Fouchard, « Où va l'arbitrage international ? » (1989) 34 R.D. McGill 435 à la p. 453. Fouchard observe d'ailleurs que pour les « grands » arbitrages internationaux « l'instance [est deve-

l'arbitrage comme un véritable mode alternatif de règlement des litiges ? Il est permis d'en douter sérieusement.

D'autre part, on aura observé qu'aucune allusion n'a été faite à la *Loi type* dans la discussion ci-dessus. La raison en est qu'elle ne contient pas de définition de la composante « arbitrage », à l'instar de plusieurs lois nationales et de conventions internationales ; au plus renferme-t-elle quelques précisions à son égard. Ainsi, l'article 2(a) prévoit que la *Loi type* s'applique à « tout arbitrage que l'organisation en soit confiée ou non à une institution permanente d'arbitrage ». Par ailleurs, il ressort de l'article 7(1) qu'elle ne concerne que l'arbitrage conventionnel, laissant hors de son domaine d'application l'arbitrage obligatoire. Finalement, le *Commentaire analytique* signale que la *Loi type* ne traite pas de certains « types d'arbitrages libres », tels que le *bindend advies* des Pays-Bas, le *Schiedsgutachten* allemand ou l'*arbitrato irrituale* italien »⁶⁴.

nue] un parcours sinueux, plein de détours imprévus » (*ibid.* à la p. 450). Ainsi, comme le fait remarquer l'auteur (*ibid.* aux pp. 450-451) :

Sitôt présentée la requête, le défendeur va contester l'exigence ou la validité de la clause compromissoire, aussi bien devant le Centre d'arbitrage que devant les arbitres ou les juges étatiques. [...] L'exercice de tels recours peut souvent, en droit ou en fait, paralyser la poursuite de l'instance arbitrale.

La deuxième série d'incidents surgit au moment ou à propos de la constitution du tribunal arbitral. Le nombre d'arbitres (s'il n'a pas été prédéterminé ou si les parties sont plus de deux), leur mode de désignation, et surtout leur éventuelle récusation seront l'objet de nouveaux affrontements, devant l'organe institutionnel et devant le juge, simultanément ou successivement.

Ce dernier peut également être saisi de demandes de mesures provisoires ou conservatoires, parfois utiles, parfois destinées à détourner encore le cheminement normal de la procédure arbitrale.

Quant à celle-ci, elle devient d'une lourdeur effrayante : plusieurs échanges de mémoires interminables, accompagnés de kilos de pièces ou de mètres de dossiers, une ou plusieurs expertises [et] des audiences de plusieurs semaines [...].

[...] Mais ces efforts énormes, ces moyens considérables ainsi mis en oeuvre ont pour premier résultat de noyer littéralement, non seulement l'adversaire, mais surtout les arbitres sous une masse de pièces, d'argumentations et de contestations. Ils perdent alors de vue l'essentiel, c'est-à-dire l'appréciation du comportement d'ensemble des deux parties et la stricte sélection des principes juridiques qui devraient les conduire à dégager les lignes de force de leur décision.

⁶⁴*Supra*, note 10, commentaire portant sur l'art. 1, n° 15. Ces arbitrages informels, appelés « arbitrages libres », sont surtout répandus dans les systèmes de droit civil. Quoiqu'il y ait certaines différences d'application d'une juridiction à l'autre, l'arbitrage libre est essentiellement basé sur une résolution des différends par l'arbitre sans que celui-ci soit contraint par les règlements ou les textes de loi d'une juridiction en particulier. Ce mécanisme de résolution des différends comporte plusieurs désavantages, comme le soulignent Redfern et Hunter, *supra*, note 56 à la p. 25 :

Even though the awards resulting from informal arbitrations are intended to be binding in the countries in which they are specifically provided for by legislation [...] there remains some uncertainty over whether a « free » arbitration leads to an award which may be enforced in another country, in particular under the New York Convention. This uncertainty over international enforceability may present a major disincentive to the use of informal or « free » arbitration systems in connection with international trade disputes.

It is axiomatic that, in the case of « free » or informal arbitration, no appeal to any court on a point of law is contemplated because the arbitral tribunal is not obliged to determine the issues according to law. However, this does not prevent recourse to the courts by the losing party to challenge an award made in excess of authority.

III. La composante « commercialité »

Si les notions de commerçant, d'acte de commerce et d'opération commerciale conservaient encore leur importance lors de la rédaction de l'article 940.6 *C.p.c.*⁶⁵, ses rédacteurs ont évité d'y recourir pour définir le caractère commercial de l'arbitrage visé par cette disposition. Ils ont préféré la vision extensive offerte par l'expression du « commerce international », qui est susceptible d'englober toutes les formes d'échanges économiques au-delà des frontières. Conception étendue donc, rejointe en cela par la définition de la commercialité incluse dans une note à laquelle renvoie l'article 1 de la *Loi type* :

Le terme « commercial » devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services ; accord de distribution ; représentation commerciale ; affacturage ; crédit-bail ; construction d'usines ; services consultatifs ; ingénierie ; licences ; investissements ; financement ; transactions bancaires ; assurance ; accords d'exploitation ou concessions ; coentreprises et autres formes de coopération industrielle et commerciale ; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

Le texte de cette note et les remarques sous-jacentes du *Commentaire analytique*⁶⁶ font ressortir que sont tenues pour commerciales toutes les relations économiques consistant dans la production, la transformation et la circulation de marchandises, y compris les transactions qui leur sont accessoires ou connexes, ainsi que les activités financières. L'énumération paraît simplement indicative : pourraient être « également considérées comme commerciales des transactions telles que la fourniture d'énergie électrique, le transport de gaz liquéfié par gazoduc et même des 'non-transactions' telles que des demandes de dommages-intérêts s'inscrivant dans un contexte commercial »⁶⁷. Cette largesse comporte néanmoins certaines limites implicites : la note ne va pas jusqu'à couvrir, entre autres, les différends issus des secteurs de la consommation et des relations de travail⁶⁸. De plus, elle n'interfère en rien sur une autre question, celle de l'arbitrabilité des litiges⁶⁹. Finalement, la note cherche, en évitant toute allusion aux

⁶⁵Ces concepts sont voués à disparaître dans le prochain *Code civil du Québec*, *supra*, note 30. Le Projet de loi 125 leur substitue, en effet, la notion d'entreprise (voir, entre autres, les art. 1525, al. 2 ; 1714, al. 2 ; 1767-1778 ; 2186 ; 2274 ; 2684 ; 2830, al. 2 ; 2831 ; 2862, al. 2).

⁶⁶*Supra*, note 10, commentaire portant sur l'art. 1, n° 16-21.

⁶⁷*Ibid.*, commentaire portant sur l'art. 1, n° 18.

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹Autrement dit, ce ne sont pas nécessairement tous les litiges découlant d'une relation commerciale qui peuvent faire l'objet d'un arbitrage. Comme l'indique *ibid.*, commentaire portant sur l'art. 1, n° 18 : « [L]e fait qu'une transaction entre dans le cadre de la loi type ne signifie pas nécessairement que tous les différends issus de la transaction peuvent être réglés par arbitrage. »

Dans le même sens, l'art. 1926.2 *C.c.B.-C.* prévoit ceci :

Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les questions qui concernent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.

divers droits nationaux, à développer une notion de la commercialité vraiment adaptée au contexte des relations internationales⁷⁰.

IV. La composante « internationalité »⁷¹

L'approche retenue par le législateur québécois, inspirée du modèle français, se démarque de la conception présente dans la *Loi type*. Il convient donc d'examiner, en premier lieu, la vision « classique » de l'internationalité manifestée dans la *Loi type*, et en deuxième lieu, la perspective plus « commerciale » adoptée par le droit français.

A. Une démarcation face à l'internationalité au sens de la *Loi type*

En parlant, de façon sous-entendue, de l'arbitrage commercial international comme « d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce [...] international », l'article 940.6 C.p.c. opte pour un critère purement économique de l'internationalité. En s'intéressant, d'abord et avant tout, à la réalité économique de l'opération contractuelle sous-jacente à l'arbitrage intervenu entre des parties, pour déterminer s'il revêt un caractère international ou pas, la *Loi* délaisse la méthode classique — propre au droit international privé — de recherche d'éléments juridiques d'extranéité. Il faut signaler cependant que jusqu'à la réforme de 1986, la démarche traditionnelle en question n'avait pu être suivie que dans un nombre très restreint de cas, autre conséquence négative découlant de l'incertitude relativement à la validité de la clause compromissoire. Il résulte de ces espèces que l'attention des tribunaux était davantage tournée vers la qualification juridique, aux fins d'insertion dans une catégorie de rattachement, de la clause compromissoire. Pour nous en tenir à l'essentiel sur cette opération, mentionnons que dans l'affaire *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd*⁷², la Cour suprême du Canada avait considéré ce genre de stipulation sous l'angle du statut de la procédure. Peu à peu prit forme un autre courant⁷³, privilégiant le statut des obligations, en raison du rôle essentiel joué par l'expression de volontés communes dans la conclusion de toute entente visant à soumettre un diffé-

⁷⁰Comme l'indique *ibid.*, commentaire portant sur l'art. 1, n° 20 :

Cette dernière idée était exprimée dans une version précédente de la note par les mots suivants (à la fin de la première phrase) : « que les parties soient ou non des 'commerçants' aux termes de telle ou telle législation nationale ». Ce libellé, qui visait exclusivement à préciser que le caractère commercial de la relation était indépendant du fait que les parties soient ou non des « commerçants » (précision retenue dans certaines législations nationales pour établir une distinction entre les relations commerciales et civiles), a néanmoins été supprimé, de peur qu'il ne soit interprété comme une référence à l'immunité des États.

Sur ce dernier point, voir Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, Boston, Martinus Nijhoff, 1987.

⁷¹Voir de façon générale *Juris-classeur droit international*, vol. 10, fasc. 585-1, par P. Fouchard.

⁷²[1964] R.C.S. 144 à la p. 149, 43 D.L.R. (2d) 235.

⁷³Voir *Le syndicat de Normandin Lumber Ltd c. Le navire Angelic Power*, [1971] C.F. 263 (1re inst.) à la p. 271, ainsi que le commentaire de E. Groffier, « Validité de la clause compromissoire au Québec : *Le syndicat de Normandin Lumber Ltd c. Le navire Angelic Power* » (1972) 1:6 *Interlex* 17 à la p. 18.

rend né ou éventuel à l'arbitrage⁷⁴. L'article 1926.1 *C.c.B.-C.* adhère sans conteste à cette nouvelle tendance⁷⁵.

Le choix du législateur québécois crée une démarcation par rapport à l'internationalité de la *Loi type* en ce sens qu'on retrouve dans l'article 1(3) de celle-ci quelques manifestations de la méthode classique. Cette disposition, résultat d'un difficile compromis, retient une série de critères alternatifs, lesquels demeurent loin de former un tout homogène⁷⁶. On y prévoit ceci :

Un arbitrage est international si :

- a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou
- b) un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement :
 - i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ;
 - ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou
- c) les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

Destiné à élargir le plus possible le champ d'application de la *Loi type* par l'addition de multiples hypothèses, l'article 1(3) reste imparfait. Premièrement, il laisse de côté, suivant l'alinéa a), des arbitrages pourtant véritablement internationaux⁷⁷. À titre de preuve, on peut noter le cas d'entreprises situées dans le

⁷⁴*Sinyor Spinners of Canada Ltd c. Leeson Corp.*, [1976] C.A. 395, 29 C.P.R. (2d) 71 ; E. Groffier, « La technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contrats » (1977) 8 R.D.U.S. 74 aux pp. 84-85.

⁷⁵Il mentionne notamment que « la convention d'arbitrage est un contrat ». Pour une discussion plus complète de la question, voir E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois*, 4e éd., Montréal, Yvon Blais, 1990, n° 46.

⁷⁶I.I. Dore a résumé de la manière suivante l'ensemble des travaux de la CNUDCI à ce sujet :

It was initially suggested that the definition should resemble the 1961 European Convention at Geneva and that it should coincide with the criteria of the Vienna Sales Convention of 1980. While there was some suggestion that the scope of the definition should depend on the nature of the parties, rather than on the subject matter of the dispute, it was also suggested that objective criteria should be used, which in many respects would consider the subject matter of the dispute. It was proposed that the international criteria would be met if not all of the following occurred in one state : (1) the place of the offer of the contract or arbitration agreement, (2) the corresponding place of acceptance, (3) the place of performance or the location of the subject matter, (4) the place of registration or incorporation or nationality of the parties, or the place of arbitration. It was however the objective criteria derived from the Vienna Sales Convention and somewhat altered, that were ultimately agreed upon (*Arbitration and Conciliation under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, Boston, Martinus Nijhoff, 1987 à la p. 95).

⁷⁷Le *Commentaire analytique*, supra, note 10, commentaire portant sur l'art. 1, n° 24, fait de l'alinéa a) le critère de base de l'internationalité :

Le critère de base énoncé à l'alinéa a) est fondé sur le critère de l'internationalité adoptée au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises [...]. Il prend pour facteur déterminant le lieu où se situe l'établissement des parties à la convention d'arbitrage. Ainsi, d'autres caractéristiques propres à une partie, telles que sa nationalité ou son lieu d'immatriculation, ne sont pas déterminantes.

même pays, mais liées par une opération économique menée à l'étranger. Deuxièmement, l'article peut mener à une internationalité « artificielle », par le biais des alinéas b) et c), lorsque des parties, malgré le fait qu'un rapport de droit soit entièrement contenu dans un système juridique, décident de fixer le lieu de l'arbitrage à l'étranger ou stipulent que leur convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays⁷⁸. Cette seconde imperfection ne peut se justifier qu'à la lumière du principe de l'autonomie de la volonté, qui transcende l'esprit tout entier de la *Loi type*. Sur le plan pratique, elle présente l'avantage de permettre aux parties de consacrer contractuellement la dimension internationale de leur transaction et partant, de lever toute ambiguïté sur ce point.

B. *L'internationalité au sens de la Loi québécoise : une référence au modèle français*

Mettant de côté l'amalgame de facteurs juridiques prévus dans la *Loi type* (l'article 1(3)), la formule de l'article 940.6 C.p.c. n'en requiert pas moins un éclairage à cause de sa généralité. Les riches développements qui l'ont vu naître et évoluer en France conduisent tout naturellement à référer au droit français, le temps de lui procurer les assises nécessaires à son entrée en jeu dans un nouvel environnement, celui du système juridique québécois⁷⁹.

Le critère de l'internationalité de l'article 1492 *Nouv. C.p.c.* tire son origine de la célèbre « jurisprudence Matter »⁸⁰. Elle posa en ces termes la définition « économique » du règlement international :

le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre. Est, par exemple, l'objet d'un règlement international, le contrat de vente commerciale qui fait passer des marchandises d'un pays dans un autre et ensuite le montant du prix du second dans le premier⁸¹.

Puis, par les arrêts *Mardelé*⁸² et *Dambricourt*⁸³, le principe fut transposé au contrat lui-même, afin d'admettre la validité de la clause compromissoire, qui était à ce moment-là prohibée en droit interne français, par la simple constatation que l'objet du litige mettait en jeu des intérêts du commerce international. Cette jurisprudence fut toujours suivie, nombre d'années plus tard, dans les affaires *Galakis*⁸⁴ et *Impex*⁸⁵. La seconde affaire soulevait un problème d'arbi-

⁷⁸Béguin donne l'exemple suivant : « si deux Québécois, habitant Québec, traitant une affaire entièrement québécoise, disent : 'Si nous avons un litige, nous nous ferons arbitrer à New York', l'arbitrage est qualifié d'international, alors qu'il ne l'est pas substantiellement » (*supra*, note 26 aux pp. 92-93). Voir également Dore, *supra*, note 76 à la p. 92 et s. ; Holtzmann et Nenhaus, *supra*, note 22 à la p. 28 et s.

⁷⁹Voir Béguin, *supra*, note 26 à la p. 84 et s. ; Robert, *supra*, note 22 aux pp. 219-29 ; J. Robert, « L'arbitrage en matière internationale » D.1981.Chron.209 ; P. Fouchard, « Quand un arbitrage est-il international ? » [1970] Rev. arb. 59 aux pp. 59-77.

⁸⁰Cass. civ., 17 mai 1927, D.P. 1928.I.25 (concl. P. Matter, note H. Capitant).

⁸¹*Ibid.* à la p. 26.

⁸²Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé c. Müller*, D.H. 1930.228, S.1933.I.41.

⁸³Cass. civ., 27 janvier 1931, *Dambricourt c. Rossart*, S.1933.I.41 (note J.-P. Niboyet).

⁸⁴*Supra*, note 15.

⁸⁵Colmar, 29 novembre 1968, *Impex c. Société P.A.Z. et autres*, J.C.P. 1970.II.16246 (note B. Oppetit et P. Level), [1968] Rev. arb. 149 [ci-après *Impex* cité au J.C.P.].

trabilité : le contrat conclu entre les parties était soumis à une réglementation d'ordre public et l'arbitrage institué pour régler le problème qui en découlait devait être résolu par des arbitres de nationalité française, siégeant à Paris, selon le règlement de la Chambre arbitrale de Paris. Malgré le caractère français de toutes les facettes de cet arbitrage, le tribunal de première instance le qualifia d'international :

il y a arbitrage international dès lors que le marché, objet du litige, met en jeu des intérêts du commerce international, quelle que soit la nationalité des arbitres désignés. Cette condition est réalisée en l'espèce où il s'agit d'un litige né de contrats commerciaux réalisés entre une société française domiciliée en France et des sociétés italiennes ayant leur siège social en Italie et portant sur l'exportation de céréales de France en Italie⁸⁶.

En somme, il s'agit, pour pouvoir parler d'un arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, de faire face au départ à une opération qui concerne ou intéresse l'économie de plus d'un pays, que ce soit par un transfert de biens, de services ou de capitaux. Deviennent impertinentes à ce moment-là les circonstances telles que le lieu de l'arbitrage, la nationalité des parties et des arbitres, la loi de la procédure et la loi applicable au fond⁸⁷. Toutefois, ces facteurs de rattachement caractéristiques de la méthode conflictualiste peuvent être appelés, par la loi, à jouer un rôle à différents niveaux. Par exemple, les droits français et québécois tiennent compte du lieu de l'arbitrage au sujet du contrôle judiciaire des sentences arbitrales. Les sentences prononcées hors du Québec sont soumises à un régime spécial, constitué des articles 948 à 951.2 *C.p.c.* En droit français, les sentences rendues à l'étranger se voient appliquer le Titre VI du *Nouveau Code de procédure civile*, peu importe que l'arbitrage soit ou non international. Par ailleurs, les sentences prononcées en France sont soumises au Titre IV, dans le cas d'un arbitrage interne, et au Titre VI si l'arbitrage est international.

L'interprétation jurisprudentielle du principe issu de la « jurisprudence Matter », intégré dans l'article 1492 *Nouv. C.p.c.* lors de la réforme de mai 1981⁸⁸, est demeurée depuis fidèle à son esprit. De nombreuses décisions l'ont appliqué, pour désigner comme internationaux les arbitrages relatifs à des opérations des plus variées. Parmi celles-là, on relève d'abord le financement de sociétés étrangères, tel qu'il ressort de l'arrêt *Sétilex*, rendu par la Cour d'appel de Paris :

Considérant qu'il n'est pas contesté en l'espèce que l'objet des conventions passées entre la société Iro-Engineering et la société Sétilex mettait en cause de tels intérêts puisque elles organisaient le financement de sociétés créées dans des pays

⁸⁶*Ibid.* n° 1.

⁸⁷Voir M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, Juridictionnaires Joly, 1983, n° 480 :

L'article 1492 N.C.p.c. [...] s'attache à la réalité économique du litige au processus à la fois commercial et international qui le constitue. Les éléments de rattachement juridique du litige peuvent être des signes convergents de ce processus, ils ne le constituent pas.

C'est pourquoi deux entreprises de même nationalité pourront tout de même être impliquées dans un arbitrage international si l'objet de leur mésentente met en cause les intérêts du commerce international. Voir Paris, 18 janvier 1983, [1984] *Rev. arb.* 87 (note P. Mayer).

⁸⁸*Supra*, note 17.

étrangers et donc un transfert de capitaux en dehors de la France ; qu'il est enfin constant que si les Sociétés Iro-Engineering et Sétilex sont soumises au droit français, la société Iro-Holding, caution de la première, est une société de droit étranger établie à Vaduz et que l'exécution de ses obligations doit également entraîner un transfert de fonds à travers frontière [sic] [...] ⁸⁹.

Ce fut aussi le cas de la prise ou de la cession de contrôle d'une société française par une personne étrangère⁹⁰, ou encore de l'exécution à l'étranger de contrats de fourniture et de distribution de marchandises :

Considérant que l'arbitrage dont il s'agit, concernant un litige relatif à un contrat conclu entre une société de droit français et une société de droit allemand pour l'exportation de viande de dinde de France en Allemagne, met en cause des intérêts du commerce international et constitue, dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1492 du *Nouveau Code de Procédure Civile*, un arbitrage international [...] ⁹¹.

De la même façon, les arbitrages institués à l'occasion de la réalisation à l'étranger de contrats de construction ou de transfert de savoir-faire se qualifient d'internationaux. La Cour d'appel de Paris a statué dans ce sens dans une affaire où deux entreprises françaises étaient impliquées dans un marché en Algérie, l'une à titre d'entrepreneur principal et l'autre en tant que sous-traitant :

Considérant qu'en l'espèce, le contrat à l'origine du litige est un marché de sous-traitance conclu entre C.M. et C.M.G.C., toutes deux sociétés de droit français ; Considérant, cependant, que cette convention devait s'exécuter en Algérie dans le cadre du marché principal conclu entre C.M. et le maître d'ouvrage algérien — contrat principal auquel se référerait expressément le marché de sous-traitance, spécialement quant à la définition des obligations contractuelles du sous-traitant ; Considérant que le litige — et la demande d'arbitrage — sont nés en grande partie des répercussions des décisions du maître de l'ouvrage étranger quant aux conditions d'exécution du marché principal et par voie de conséquence, du marché de sous-traitance ;

Considérant qu'ainsi il apparaît que l'opération économique réalisée concernait des intérêts français et algériens — en l'occurrence divergents — et s'inscrivait dans un processus de transfert de génie civil à l'étranger, de sorte que l'arbitrage mis en oeuvre à cette occasion a le caractère d'un arbitrage international ⁹².

⁸⁹Paris, 9 juin 1983, *Société Iro-Holding c. Société Sétilex*, [1983] Rev. arb. 497 à la p. 499 (note M. Vasseur).

⁹⁰Voir par exemple : Paris, 9 novembre 1983, *Wasteels c. Société Ampafrance*, [1985] Rev. arb. 101 ; même affaire, Cass. civ. 1re, 10 mai 1988, [1989] Rev. arb. 51 (note J.-L. Goutal) ; Paris, 8 mars 1990, *Coumet et Ducler c. Société Polar-Rakennusos a Keythio*, [1990] Rev. arb. 678 (note P. Mayer).

⁹¹Paris, 19 février 1988, *Société Firme Peter Biegi c. Société Britannia*, [1990] Rev. arb. 657 à la p. 658. Voir Paris, 9 décembre 1980, *Société Aksa c. Société Norsolar*, [1981] Rev. arb. 306 (note F.C. Jeantet) : contrat entre une société française et une société turque relatif à la livraison en Turquie d'acrylonitrile ; Paris, 25 mars 1983, *Société Sorvia c. Weinstein International Disc Corp.*, [1984] Rev. arb. 363 (note J. Robert) : vente de viande de porc par une société américaine à une société française ; Paris, 17 janvier 1984, *Société Bloc'h et Fils c. Société Delatrae Mockjfaerd*, [1984] Rev. arb. 498 (note P. Fouchard) : vente de bois par une société suédoise à une société française ; Paris, 13 mai 1988, *Diagrama c. Christian Dior*, [1989] Rev. arb. 255 (note Y. Derains) : litige découlant de la résiliation d'un contrat intervenu entre une société française et une société espagnole relativement à la distribution en Espagne des produits de la société française.

⁹²Paris, 8 décembre 1988, *Société Chantiers Modernes c. Société Le Concassage Mobile Georges Cachot*, [1989] Rev. arb. 111 aux pp. 111-12 (note J. Pellerin). Voir Paris, 23 mai 1986,

Bref, la généralité de l'internationalité de la définition donnée par l'article 1492 *Nouv. C.p.c.*, reprise par l'article 940.6 *C.p.c.*, ne constitue qu'une façade⁹³. Derrière se présentent clairement une série d'applications jurisprudentielles qui, loin d'attester qu'elle est « élastique et génératrice d'incertitude »⁹⁴,

Gaz. Pal. 1987. 1er sem. Somm., n° 17 : litige au sujet d'un contrat pour la livraison de biens d'équipement par une société française à une société marocaine ; Cass. civ. 1re, 8 mars 1988, Bull. civ. 1988.I.43, n° 65 : litige entre une société de construction française et son sous-traitant français au sujet d'un projet de construction d'immeubles en Arabie Saoudite ; Paris, 19 janvier 1990, *Société Immoplan c. Société Mercure*, [1991] Rev. arb. 125 à la p. 125 (note J.-H. Moitry et C. Vergne) : « Est international l'arbitrage relatif à un litige opposant deux sociétés italiennes et portant sur la propriété d'immeubles situés en France et sur le paiement de sommes libellées en francs suisses. » ; Paris, 26 janvier 1990, *Société Bocard c. S.A.R.L. Stapem et autres*, [1991] Rev. arb. 125 à la p. 125 (note J.-H. Moitry et C. Vergne) :

Le contrat conclu entre des parties françaises, soumis à la loi française, et qui crée une société en participation dont l'objet est l'obtention et l'exécution de marchés dans un pays étranger, met en cause les intérêts du commerce international ; l'arbitrage mis en oeuvre a le caractère d'un arbitrage international.

Voir aussi Paris, 14 mars 1989, *Société Murgue Seigle c. Société Coflexip*, [1991] Rev. arb. 355 à la p. 355 (note J.-H. Moitry et C. Vergne) :

Est international l'arbitrage relatif à un contrat conclu entre un entrepreneur principal et un sous-traitant français, étant relevé que le contrat de sous-traitance qui est à l'origine du litige est étroitement lié au contrat principal pour l'exécution duquel il a été conclu et que, si la livraison et le paiement devaient avoir lieu en France, le litige est né essentiellement à propos des exigences techniques du maître de l'ouvrage étranger retransmises par l'entrepreneur principal à son sous-traitant.

⁹³Sur le rapport de cette définition avec l'internationalité juridique d'un contrat, voir Paris, 9 novembre 1984, *Berlaty c. Sociétés Esselte Map Service et Esselte Stadium* (1986) 113 JD1 1039 (note É. Loquin). Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris était confrontée à un litige au sujet de la validité d'une clause compromissoire contenue dans un contrat d'agence commerciale. La Cour conclut à la validité de la clause en se fondant à la fois sur des critères juridiques (lieu de conclusion du contrat, nationalité différente des parties) et économiques (exportation de marchandises manufacturées à l'étranger). Dans une note fort intéressante, Loquin a formulé les commentaires suivants :

En l'espèce, les deux critères juridique et économique conduisaient, comme bien souvent, à retenir l'internationalité du contrat. Mais, il peut arriver que ceux-ci produisent des résultats différents, et force est alors de s'interroger sur celui qui doit être retenu. Il est, en effet, concevable qu'un contrat, international en raison du critère juridique, ne le soit pas, en raison du critère économique.

[...]

Les critères juridiques et le critère économique procèdent tous deux de logiques autonomes. Ils s'inscrivent dans des finalités différentes. Le critère juridique a d'abord été formulé pour déterminer si les parties pouvaient user du principe de l'autonomie de la volonté au sens du droit international privé, et choisir le droit applicable au contrat. Il n'est qu'une application de la définition classique de toute relation internationale de droit privé. Est internationale toute relation qui met en cause deux ou plusieurs ordres juridiques par ses éléments intrinsèques.

[...]

Au contraire, le critère économique est né lorsqu'il est apparu opportun d'appliquer à une relation contractuelle commerciale des normes matérielles propres à faciliter les relations économiques internationales (*ibid.* aux pp. 1043-44).

⁹⁴P. Bellet et E. Mezger, « L'arbitrage international dans le Nouveau code de procédure civile » (1981) 70 Rev. crit. dr. int. privé 611 à la p. 615. La décision de la Cour de cassation dans l'affaire Cass. civ. 1re, 7 octobre 1980, *Tardieu c. Société anonyme Bourdon*, J.C.P. 1980.II.19480 (concl. Gulphe) est souvent citée pour illustrer ces difficultés. La Cour avait qualifié d'interne un contrat d'agence commerciale conclu en France entre un agent français domicilié en France et une société

permettent plutôt de la circonscrire avec passablement de netteté⁹⁵.

Conclusion

La notion de l'arbitrage commercial international, telle que présentée dans l'article 940.6 C.p.c., a été influencée par des sources de droit civil québécois ainsi que par des développements législatifs sur le plan international. Cette notion se divise en trois parties, soit l'« arbitrage », la « commercialité » et l'« internationalité ». La composante arbitrage est fondée sur les principes du droit des obligations et sur une similitude avec le processus judiciaire. La composante commercialité, fortement influencée par la *Loi type* de la CNUDCI, adopte une vision large des échanges susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage. Enfin, la composante internationalité, inspirée davantage par la doctrine et la jurisprudence françaises, se distingue par l'emphase qu'elle met sur une perspective économique des transactions internationales.

Par ces commentaires, nous voulions tracer une esquisse des concepts présents à l'article 940.6 C.p.c., lesquels sont évidemment appelés à se préciser davantage dans la jurisprudence à venir. Entre-temps et par la suite, il est raisonnable de penser que la pratique même de l'arbitrage « mettant en cause des intérêts du commerce [...] international » devrait connaître un important développement au Québec. C'est du moins ce que laisse présager le contexte actuel — échanges économiques internationaux de plus en plus nombreux, cadre législatif favorable à l'arbitrage, dynamisme des gens du milieu — qui n'y a jamais semblé aussi propice.

française, même si le mandat devait être exécuté à l'étranger. Cette décision a été fortement critiquée par la jurisprudence et la doctrine subséquentes. Pour une discussion plus détaillée de ce point, voir Fouchard, *supra*, note 71, n° 101-103.

⁹⁵Voir P. Fouchard, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 » (1982) 109 JDI 374 aux pp. 377-80. Les tribunaux sont parfois appelés à distinguer entre l'arbitrage international et l'arbitrage étranger, comme dans l'affaire Paris, 26 avril 1985, *Société Aranella c. Société Italo-Ecuadoriana*, (1986) 113 JDI 175 (note J.-M. Jacquet).