

# LA TECHNIQUE DE L'ARBITRAGE COMME PROCÉDÉ DE RÉVISION DES CONTRATS

*par Ethel Groffier\**

## SOMMAIRE

<b>I- Le droit positif québécois</b> .....	75
A- Le droit interne québécois .....	75
1- Le régime de l'arbitrage .....	76
2- L'arbitrage comme procédé de révision des contrats .....	81
B- L'arbitrage international au Québec .....	84
1- Le droit international privé québécois .....	84
2- Les conventions d'arbitrage .....	87
<b>II- De Lege ferenda</b> .....	92
A- La convention d'arbitrage en droit interne .....	92
B- La convention d'arbitrage en droit international .....	94

---

\* D.C.L., professeur associé, Faculté de droit, Université McGill.

1. On ne peut aborder le thème de cette communication sans brosser un rapide tableau du droit de l'arbitrage au Québec. Celui-ci se trouve, en effet, en pleine évolution: les dispositions législatives le concernant ont été révisées lors de la refonte du Code de procédure civile en 1965<sup>1</sup>; elles sont destinées à faire l'objet d'une nouvelle réforme à l'occasion de la révision du Code civil du Québec tant au point de vue du droit interne<sup>2</sup> qu'à celui de droit international privé<sup>3</sup>.

Nous allons donc traiter de l'arbitrage en droit positif québécois en insistant sur son rôle éventuel comme procédé de révision des contrats, pour aborder ensuite les projets de réforme. Nous laissons volontairement de côté l'arbitrage dans les relations de travail qui obéit à des règles particulières et dépasse largement le cadre de cette communication.

## **I- Le droit positif québécois**

2. Le droit québécois doit être examiné tant du point de vue de l'arbitrage interne que de celui de l'arbitrage commercial international. Tous deux ont donné lieu à des difficultés. Les tribulations de la clause compromissoire ont perturbé à la fois l'un et l'autre tandis que le fait que le Canada n'ait ratifié aucune des conventions internationales en matière d'arbitrage a dû freiner le développement de l'arbitrage international au Québec.

### **A- Le droit interne québécois**

3. L'arbitrage, au Québec, se distingue par un caractère procédural marqué. Il n'a, en effet, pas droit de cité dans le Code civil<sup>3a</sup>. Le Code de procédure civile distingue l'arbitrage proprement dit<sup>4</sup> et l'arbitrage par les avocats<sup>5</sup>. Ce dernier constitue une procédure

---

1. S.Q.1965, c. 80.

2. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la convention d'arbitrage*, Montréal, 22, 1973.

3. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le droit international privé*, Montréal, 32, 1975, art. 29, 81 à 83.

3a. La validité de la clause compromissoire est reconnue à l'article 2587 C.c. pour l'assurance.

4. Art. 940 à 951 C.p.c.

5. Art. 382 à 394 C.p.c.

particulière qui ne risque guère de devenir un procédé de révision des contrats. Il suffit de savoir que "le tribunal peut, à la demande des parties, référer une cause à la décision d'un ou de plusieurs arbitres de leur choix, avocats en exercice ou juges retraités" (article 382 C.p.c.). La procédure devant ces arbitres présente beaucoup de similitude avec la procédure d'arbitrage en général<sup>6</sup>.

Le Code décrit minutieusement le régime de l'arbitrage mais est beaucoup plus discret en ce qui concerne l'étendue du pouvoir des arbitres.

### 1- Le régime de l'arbitrage

4. L'article 940 du Code de procédure civile établit le principe: "Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition." Il en exclut les matières traditionnellement réservées aux tribunaux judiciaires: les dons et legs d'aliments, les séparations entre époux, les questions qui concernent soit l'ordre public, soit l'état ou la capacité des personnes. Cet article, tout à fait général, vise tant le compromis que la clause compromissoire.

Le caractère arbitral du litige est parfois interprété très restrictivement. Ainsi, un récent arrêt de la Cour d'appel a décidé que la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur prévue à l'article 1688 du Code civil, étant d'ordre public, ne pouvait faire l'objet d'un arbitrage<sup>7</sup>.

5. Le Code se borne à préciser que la clause compromissoire doit être constatée par écrit<sup>8</sup>. Pourtant, cette dernière avait fait, pendant de longues années, l'objet d'une hostilité qui a attiré l'attention des auteurs français<sup>9</sup>. La majorité de la jurisprudence et de la doctrine la tenait pour nulle lorsqu'elle ne remplissait pas toutes les conditions exigées pour le compromis qui, selon l'article 1434 de

---

6. Voir, notamment, J. DESCHÊNES, "Arbitration by Advocates", (1963) 26 *R. du B.* 175.

7. *Procon v. Golden Eagle*, C.A. Montréal, no 09-00066-750, no 09-00070-752, 25 mai 1976. Voir aussi *Borenstein v. Trans American Investment and Development Co. Ltd. and Langenauer*, (1970) C.S. 192 et le commentaire de J.E.C. BRIERLEY, "Aspects of the Promise to Arbitrate in the Law of Quebec", (1970) 30 *R. du B.* 473, 483 et ss.

8. Art. 951 C.p.c.

9. Dans sa thèse Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1963, signale qu'on ne peut guère citer que deux législations hostiles à la clause compromissoire: celles de Tanger et de la province canadienne de Québec (p. 58, note 12).

l'ancien Code de procédure civile devait "désigner les noms et qualités des parties et des arbitres, les objets en litige et le délai dans lequel la sentence arbitrale doit être rendue"<sup>10</sup>. Jusqu'à la réforme du Code de procédure civile, toute clause tendant à exclure la juridiction des tribunaux québécois était considérée comme contraire à l'ordre public<sup>11</sup>.

6. L'article 951 du Code de procédure civile a été interprété par la doctrine comme affirmant la validité de la clause compromissoire<sup>12</sup>. Le sort de celle-ci est important pour notre sujet car si elle n'était pas valide, le rôle de l'arbitrage serait considérablement réduit. Le compromis ne se conçoit en effet que lorsqu'un différend est né, ce qui exclut toute clause du contrat conférant aux arbitres un pouvoir de révision éventuelle du contrat<sup>13</sup>.

La validité de la clause compromissoire ne s'imposait peut-être pas avec une certitude totale aux rédacteurs du Code de procédure civile puisque, dans leur projet, l'article 951 précisait que "Dans le cas où la clause compromissoire est admise, elle doit être constatée par écrit." Le législateur ayant supprimé la réserve, on a pu conclure qu'il avait admis la validité de la clause dans tous les cas. Il faut néanmoins souligner que les auteurs du projet affirmaient, avec

- 
10. Pour un aperçu de la controverse concernant la validité de la clause compromissoire, voir J.E.C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, thèse de doctorat, polycopié, Paris, 1964, pp. 186 et ss.; Ch. PERRAULT, "Clause compromissoire et arbitrage", (1945) 5 *R. du B.* 74; W.S. JOHNSON, *Clause compromissoire, its validity in Quebec*, Montreal, 1945. D. FERLAND et H. REID, "La Cour d'appel et la clause compromissoire", (1975) 16 *C. de D.* 719; *Auto Fabric Products Co. Ltd. v. Kaplan Construction Co. Ltd.*, (1949) B.R. 241.
11. Voir *Vinette Construction Limitée v. Dame Dobrinsky et autres et Brassard*, (1962) B.R. 62; *National Gypsum Company Inc. v. Northern Sales Limited*, (1964) R.C.S. 144; *Singer Plumbing and Heating Co. v. Richard*, (1968) B.R. 547; *Sun and Sea Estates Ltd. v. Aero Hydraulic Corporation*, (1968) R.P. 210 (C.S.).
12. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 7, 477; E. COLAS, "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau", (1968) 28 *R. du B.* 129, 132; Ph. FERLAND, "La controverse au sujet de la validité de la promesse d'arbitrage, appelée la clause compromissoire", (1973) 33 *R. du B.* 136; Ph. FERLAND, "L'arbitrage sans action en justice dans la province de Québec", (1971) 31 *R. du B.* 69, 87; L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, "Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec", (1968) 3 *R.J.T.* 143, 159 et ss.; W.S. TYNDALE, "Notes on the New Code of Civil Procedure", (1966) 36 *R. du B.* 345, 349; voir pourtant J.E.C. BRIERLEY, "La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois?", (1975) *Revue de l'arbitrage* 154 et les arguments de W. SAREIKA, in (1977) 37 *R. du B.* 244.
13. "The object of the clause (clause compromissoire) is not to modify the rights of the parties under the charterparty but to enforce them...". *National Gypsum Company Inc. v. Northern Sales Limited*, (1964) R.C.S. 144, 149.

raison, qu'il ne s'agissait pas là d'un problème de procédure mais bien de droit substantiel<sup>14</sup>. Le législateur n'ayant jamais tranché, il n'est pas étonnant que la validité de la clause compromissoire ait encore été mise en doute après l'adoption du nouveau Code<sup>15</sup>. Néanmoins, la jurisprudence s'est finalement rangée en faveur de la validité de la clause compromissoire, probablement sous l'influence de la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Normandin*<sup>16</sup>.

7. Pour que la clause compromissoire soit applicable, il faut qu'il s'agisse d'une clause ferme, véritable, complète et non d'une clause facultative. Celle qui prévoit simplement que les parties *peuvent* soumettre leur différend à l'arbitrage laisse au co-contractant de la partie qui demande l'arbitrage le droit de le refuser<sup>17</sup>.

Il faut également que les parties n'y renoncent pas. Si elles s'adressent directement à la justice sans que le défendeur ne soulève d'exception déclinatoire, le tribunal ne tient pas compte de la clause d'arbitrage<sup>18</sup>.

8. La nomination des arbitres est l'oeuvre des parties<sup>19</sup> et il ne semble pas que les tribunaux puissent imposer le choix d'un arbitre au cas où une partie se refuserait à le nommer<sup>20</sup>, mais les parties

14. *Rapport des Commissaires*, commentaire sous Livre VII, voir aussi J.E.C. BRIERLEY, "International Trade Arbitration, the Canadian View Point", in *Canadian Perspectives in International Law and Organization*, Toronto, U. of T., éd. par R.S.J. MacDonald, 1974, pp. 824, 828.

15. Voir: "*Rex Rotary International Corp. a/s v. Scandinavian Business Machines Ltd.*, C.S. Montréal, no 741-392, 1er février 1968", (1969) 10 C. de D. 797; *Daoust v. La Compagnie d'Assurance Elite Inc.*, (1969) C.S. 377; *Borenstein v. Trans American Investment and Development Co. Ltd. et Langenauer*, (1970) C.S. 192; *Syl-Ester Wood Products Corp. Ltd. v. Doyon*, (1972) C.A. 677; *Greenspoon v. Miller*, C.A. Montréal, no 09-000484-72, 30 novembre 1973.

16. *Normandin Lumber Ltd. v. Angelic Power*, (1971) C.F. 263, voir commentaires de E. CROTEAU, (1972) 32 R. du B. 298 et E. GROFFIER, 1972, Interlex, mai, 17. Aussi, *Morin v. The Travellers Indemnity Co.*, (1970) C.S. 84; *Ville de Granby v. Désourdy Cons. Ltée*, (1973) C.A. 971; *Gaz Métropolitain Inc. v. Imperial Oil Ltd.*, C.S. Montréal, no 05-005796-73, 13 décembre 1973; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. v. Leesona Corp.*, (1976) C.A. 395; *Soquem v. Onil Hebert et les Pétroles Laduboro Ltd.*, (1974) C.A. 78; *Liman v. KLM Royal Dutch Airlines*, (1974) C.A. 505.

17. *Eastern Township Regional School Board v. Longpré Construction Inc.*, (1975) C.A. 627; *Black v. McDonald Ltd.*, (1974) R.P. 375 (C.S.)

18. *Caribou Construction Inc. v. Robert McAlpine Ltd.*, (1976) C.A. 393.

19. Art. 941 C.p.c.: "Le compromis doit être constaté par écrit; il doit contenir les noms et qualités des parties, désigner un ou trois arbitres et indiquer les objets en litige; s'il ne fixe pas d'autre délai, la sentence arbitrale doit être rendue au plus tard six mois après que les arbitres ont été saisis."

20. Voir J.E.C. BRIERLEY, *op. cit.*, note 10, 226.

elles-mêmes peuvent convenir qu'un tiers désignera le ou les trois arbitres<sup>21</sup>. "Pendant le délai de l'arbitrage, les arbitres ne peuvent être révoqués que du consentement unanime des parties"<sup>22</sup>. Le compromis, qui doit être passé dans les formes prévues par l'article 941 du Code de procédure civile, même s'il y a eu clause compromissoire<sup>23</sup>, peut prévoir le remplacement des arbitres<sup>24</sup>. Ceux-ci ne peuvent démissionner sans raison grave ni être récusés pour d'autres causes que celles de récusation des juges<sup>25</sup>. Les arbitres ne sont donc pas considérés comme les représentants de parties<sup>26</sup>.

9. Le Code ne prévoit aucune condition spéciale de capacité pour remplir la fonction d'arbitre de sorte qu'il semble que la capacité de droit commun suffise<sup>27</sup>. Le plus souvent, cependant, les parties précisent les capacités professionnelles qu'elles attendent des arbitres.

10. Les arbitres "procèdent suivant la procédure qu'ils déterminent à moins que les parties n'en soient autrement convenues"<sup>28</sup>. Les articles 943 et 948, alinéa 2 du Code de procédure civile décrivent

---

21. E. COLAS, *loc. cit.*, note 12, 140.

22. Art. 942 C.p.c.

23. Art. 951 al. 2 C.p.c.; E. COLAS, *loc. cit.*, note 12, 136.

24. Art. 944 C.p.c.: "Le compromis est sans effet:

1. au cas de décès, de refus, de déport ou d'empêchement d'un des arbitres, s'il n'y a clause qu'il sera passé outre, ou que le remplacement sera fait au choix des parties, ou de l'arbitre, ou des arbitres restants, ou autrement;
2. au cas d'expiration du délai fixé avant que la sentence ne soit prononcée;
3. au cas de perte de la chose ou d'extinction de l'obligation qui en fait l'objet."

25. Art. 946 C.p.c.: "Les arbitres ne peuvent se déporter sans raison grave, si leurs opérations sont commencées. Ils ne peuvent être récusés que pour une cause de récusation d'un juge, survenue ou découverte depuis le compromis. La déclaration de récusation est déposée au greffe du tribunal compétent à statuer sur les objets du compromis, et signifiée aux arbitres dans les trois jours qui suivent; la récusation est proposée par requête à un juge du tribunal."

26. J.E.C. BRIERLEY, *op. cit.*, note 10, 229.

27. *Id.*, 226.

28. Art. 943 C.p.c.: "Les arbitres peuvent requérir chacune des parties de leur remettre, dans un délai imparti, un exposé de ses prétentions, avec les pièces qu'elle invoque.

Les arbitres doivent entendre les parties et recevoir leur preuve, ou, le cas échéant, constater leur défaut; ils procèdent suivant la procédure qu'ils déterminent, à moins que les parties n'en soient autrement convenues.

Les témoins sont assignés suivant les règles établies aux articles 280 à 284, et sont assermentés devant le protonotaire ou devant toute autre personne autorisée à recevoir le serment. Le procès-verbal d'instruction doit être signé par tous les arbitres, à moins que le compromis n'en ait autrement décidé."

brièvement la procédure à suivre<sup>29</sup>. En pratique, il vaut mieux dispenser les arbitres des règles de procédure, ce que permet l'article 948 qui prévoit que les parties peuvent dispenser les arbitres de juger suivant les règles de droit ou leur donner pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

11. La sentence arbitrale ne peut être exécutée que sous l'autorité d'un tribunal compétent et sur requête en homologation pour faire condamner la partie à l'exécution<sup>30</sup>:

"Le tribunal saisi peut entrer dans l'examen des nullités dont la sentence pourrait être entachée ou des autres questions de forme qui peuvent en empêcher l'homologation; il ne peut toutefois s'enquérir du fond de la contestation."

Les voies de recours qui sont ouvertes à une sentence homologuée sont l'appel, la requête en rétractation de jugement et l'opposition en nullité<sup>31</sup>. L'appel n'est évidemment pas recevable lorsque les parties y ont renoncé. La requête en rétractation de jugement, qui est prévue de façon générale par l'article 483 du Code de procédure civile, ne serait pas ouverte si les parties avaient convenu d'écarter les formes ordinaires de la procédure, et l'opposition en nullité est déjà prévue à l'article 950. Dans le silence du Code sur la nature des nullités, E. Colas prétend que la jurisprudence française devrait être suivie et que le tribunal devrait prononcer la nullité dans les cas suivants:

- "1. Si le jugement a été rendu sans compromis ou hors de termes du compromis;
2. S'il l'a été sur compromis nul ou expiré;
3. S'il a été rendu par quelque arbitre non autorisé à juger en l'absence des autres;
4. S'il a été prononcé sur des choses non demandées"<sup>32</sup>.

Rien dans le Code ne s'oppose à ce que les arbitres reçoivent le pouvoir de modifier, dans une certaine mesure, le contrat en cas de changement de circonstances.

29. Art. 948 C.p.c.: "Les arbitres doivent juger suivant les règles du droit, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le compromis, ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

La sentence arbitrale doit être rendue à la majorité des voix. Elle doit, dans tous les cas, être motivée, et signée par chacun des arbitres; si l'un refuse de signer, les autres doivent en faire mention, et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous."

30. Art. 950 al. 2 C.p.c.

31. E. COLAS, *loc. cit.*, note 12, 150.

32. *Id.*, 153, voir pour une interprétation plus large de l'article 950 C.p.c., P. VERGE, "De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre", (1973) 19 *McGill L.J.* 543, 558.

## 2- L'arbitrage comme procédé de révision des contrats

12. Le pouvoir de révision des arbitres n'a pas été exploré de manière approfondie au Québec. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence tout comme l'enquête empirique à laquelle nous nous sommes livré auprès d'associations professionnelles<sup>33</sup> et auprès de certains praticiens a montré que rien ne s'oppose à ce que l'arbitrage soit utilisé comme technique de révision des contrats, mais que cette pratique ne semble pas fréquente. Elle existe néanmoins dans certains secteurs, spécialement celui de la construction où les différends provoqués par des changements de circonstances peuvent être confiés tout d'abord à la médiation d'un professionnel et ensuite, en cas d'échec, à l'arbitrage. Un exemple de telle clause a été discuté par la Cour d'appel dans l'affaire *Ville de Granby v. Désourdy*<sup>34</sup>:

“(article 25) advenant que, durant l'exécution des travaux, les conditions du sous-sol à l'emplacement soient jugées différentes matériellement de ce qui était indiqué dans les documents du contrat ou autrement représenté par écrit par le propriétaire ou l'ingénieur à l'entrepreneur, l'entrepreneur doit alors en avvertir sans délai l'ingénieur par écrit. L'ingénieur doit faire enquête sans délai sur ces conditions et s'il juge qu'elles diffèrent matériellement et qu'il en résulte une augmentation ou une réduction du coût ou du temps requis pour l'exécution du présent contrat, un redressement équitable doit être effectué entre les parties, et le contrat modifié en conséquence par écrit. Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur le redressement à faire, le différend peut alors être réglé tel qu'il est prévu à l'article 39.

(article 39) Dans le cas de tout différend entre le propriétaire, (ou l'ingénieur agissant en son nom) et l'entrepreneur, en ce qui concerne leurs droits et leurs obligations respectives en vertu du présent contrat, l'une ou l'autre des parties aux présentes aura

---

33. *Liste des associations consultées*: Chambre de Commerce du Canada, Association de l'Immeuble du Québec, Association de la Construction de Montréal et du Québec, Association des Entrepreneurs en Construction de Québec, Association des Constructeurs d'Habitations du Montréal Métropolitain, Association patronale des constructeurs d'habitation du Québec, Association des Constructeurs de Routes et Grands Travaux du Québec, Association des Manufacturiers canadiens, Canadian Freight Association, Canadian International Freight Forwarders Association, Canadian Pulp & Paper Association.

34. *Ville de Granby v. Désourdy Cons. Ltée*, (1973) C.A. 971, 974; voir également *Conditions applicables aux marchés de travaux de génie civil* (conditions internationales), 2<sup>ième</sup> éd., mars 1972, établies par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (F.I.D.I.C.), la Fédération internationale des Entrepreneurs européens et d'autres associations, auxquelles nous ont référé certaines associations de constructeurs consultées; spécialement, article 47, p. 20.



droit de donner à l'autre un avis de ce différend et de demander l'arbitrage à son propos; et les parties peuvent, en ce qui concerne le sujet particulier du différend, convenir de soumettre ce différend à l'arbitrage conformément à la loi applicable aux lieux de la construction.

Les procédures d'arbitrage ne peuvent pas avoir lieu avant le parachèvement ou le prétendu parachèvement des travaux sauf (a) quant à un débat relatif à un certificat de paiement, ou (b) dans le cas où l'une ou l'autre des parties peut démontrer que le sujet du différend est d'une telle nature qu'il exige une considération immédiate alors que la preuve est disponible."

La Cour d'appel a décidé qu'une telle clause était valable et qu'elle donnait aux arbitres les pouvoirs donnés à l'ingénieur.

13. Une clause de ce genre peut donner aux professionnels et ensuite aux arbitres le pouvoir de décider d'un excédent de frais. En voici un exemple:

"l'architecte décidera de toutes les questions litigieuses qui pourraient survenir relativement à l'interprétation des devis, des plans à l'entreprise ainsi que de celles se rapportant aux estimations.

Les décisions de l'architecte seront transmises à l'entrepreneur par écrit.

Si l'entrepreneur cependant prétend que telle décision est en contradiction avec les plans ou devis ou amène des modifications aux travaux déjà exécutés, posés ou en voie d'exécution, ou que telle décision a été rendue par erreur, il en signalera le fait à l'architecte.

L'architecte déterminera la procédure à suivre et décidera de l'exécution des travaux. Si un excédent de frais découlait de ces travaux, il sera réglé entre l'architecte et l'entrepreneur ou à défaut, par voie d'arbitrage. Toute question litigieuse ne sera discutée qu'avec l'entrepreneur"<sup>35</sup>.

14. Il arrive également que l'arbitre ou les arbitres se voient donner des pouvoirs de médiateurs en plus des pouvoirs d'arbitres<sup>36</sup>. Cette jurisprudence s'inscrit dans la tradition de la Cour suprême du Canada, bien que celle-ci n'ait eu jusqu'à présent à décider que des cas en provenance des provinces anglaises et fondés sur des lois d'arbitrage d'inspiration de Common Law<sup>37</sup>.

35. *Commission scolaire régionale des Bois Francs v. J.H. Dupuis Ltée*, (1975) C.A. 759 et commentaires de D. FERLAND et H. REID, *loc. cit.*, note 10, 719.

36. *Doyon v. Syl-Ester Wood Products Co.*, (1971) C.S. 489, en appel *Syl-Ester Wood Product v. Doyon*, (1972) C.A. 677.

37. *Calvan Consolidated Oil and Gaz Co. Ltd. v. Manning*, (1959) C.S.C. 253.

Le conseiller juridique d'une association de la construction au Québec a bien voulu résumer la position dans l'industrie qu'il représente:

"Les pouvoirs de révision qui sont attribués aux arbitres dans le contexte d'un marché de construction procèdent de dispositions contractuelles octroyant elles-mêmes aux parties le droit de faire ajuster leur contrat, eu égard à des circonstances particulières nommées. Ces pouvoirs n'existent évidemment que si les parties conviennent d'un arbitrage.

Ces clauses de révision du contrat concernent ordinairement les variations dans les données géologiques réelles par rapport aux données estimatives, les délais non imputables à une partie, les variations aux quantités unitaires, les erreurs dans les plans, la résiliation unilatérale et plus généralement ce qu'il est convenu d'appeler les changements ou les suppléments au contrat.

On peut donc généralement affirmer que le pouvoir de révision des arbitres existe en faveur des arbitres, de façon accessoire en quelque sorte, à savoir lorsque les parties décident de faire trancher par arbitrage un litige survenant à l'occasion d'un contrat qui lui-même attribue substantiellement un droit de révision dans certaines circonstances. Il convient d'ajouter que ce pouvoir est assez souvent limité en ce que les mécanismes d'évaluation sont fixés d'une façon assez précise.

Au sujet du domaine d'application de ces clauses, il n'est pas sans intérêt de préciser que les possibilités de révision excluent habituellement les coûts pouvant résulter d'une indexation des coûts de la main-d'oeuvre et des matériaux; il va sans dire que l'instabilité des prix au cours des dernières années a donné lieu à certaines exceptions. En ce qui concerne les matériaux, il est intéressant de noter que les donneurs d'ordres ont souvent opté pour une formule leur permettant de garantir la fourniture de certaines denrées à prix fixe plutôt qu'à une révision<sup>38</sup>.

Un projet de contrat modèle de construction<sup>39</sup> contient une clause intitulée: "modifications au contrat" qui vient compléter la clause compromissoire en cas de modification des coûts.

"Sans restreindre la portée de l'article 4 des présentes, toute modification au contrat doit être acceptée par les deux (2) parties par écrit et le prix ainsi que les délais d'exécution modifiés doivent être notés par écrit et annexés aux présentes.

38. Me Guy Joannis, conseiller juridique de l'Association de la construction de Montréal et du Québec.

39. Projet aimablement fourni par Me S. Crochetière, conseiller juridique à l'Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec.

Si aucune entente concernant la fixation du prix n'intervient lors d'un changement requis sans délai, la méthode de paiement originale sera appliquée aux modifications et les parties qui auront signé la clause compromissoire pourront, après l'exécution des travaux, soumettre le tout à l'arbitrage pour un réajustement du coût et des modalités de paiement.

Au cas d'un tel différend, les parties devront cependant et dans leur facturation et dans leur paiement mentionner le différend et l'évaluation qu'ils en font respectivement." (article 14)

Les autres réponses à notre enquête émanant, notamment, d'associations de transporteurs, de chambres de commerce, de praticiens et même d'autres associations de constructeurs affirment ne pas avoir vu de clause d'arbitrage donnant aux arbitres le pouvoir de réviser le contrat.

15. Comme on le voit, cette analyse, rendue très incomplète par les difficultés d'accès aux contrats individuels, montre au moins que la possibilité de cette extension de l'arbitrage existe. Il faut ajouter que l'arbitrage semble prendre un certain essor depuis la réforme du Code de procédure civile et que la pratique qui nous intéresse pourrait peut-être suivre cet essor. Elle existe d'ailleurs à la fois dans le droit interne et dans les contrats internationaux; nous n'avons pas fait de différence sur ce point bien que les règles gouvernant l'arbitrage international puissent avoir une certaine influence sur le pouvoir éventuel de révision des arbitres.

## **B- L'arbitrage international au Québec**

16. L'arbitrage international doit tout d'abord s'étudier dans le cadre du droit international privé traditionnel et il faudra ensuite se demander pourquoi le Canada n'a pas ratifié les conventions internationales relatives à l'arbitrage.

### **1- Le droit international privé québécois**

17. La qualification de la clause d'arbitrage en droit international privé québécois n'a pas été sans poser quelques problèmes. La Cour suprême du Canada, dans une affaire émanant du Québec, avait qualifié une telle clause comme une question de procédure<sup>40</sup>. Il est

---

40. *National Gypsum Co. Inc. v. Northern Sales Ltd.*, (1964) R.C.S. 144, 149 (M. le juge Fauteux).

intéressant de noter que, dans cette même affaire, une des opinions dissidentes a considéré que le contrat et spécialement la clause d'arbitrage avaient été soumis par les parties au droit substantiel des États-Unis<sup>41</sup>. Cette opinion s'appuie sur la jurisprudence anglaise. Quelques années plus tard, dans l'affaire *Normandin v. Angelic Power*<sup>42</sup>, la Cour fédérale a déclaré que "la clause compromissoire est une convention". Il semble bien que cette interprétation soit destinée à prédominer<sup>43</sup>.

18. En droit québécois, l'interprétation et les effets des contrats sont régis par

"la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auquel cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée"<sup>44</sup>.

Les clauses compromissoires contiennent assez fréquemment un choix de loi<sup>45</sup>. Il arrive aussi que les parties choisissent les règles d'un organisme d'arbitrage<sup>46</sup>, que ce soit la Chambre de Commerce Internationale, l'American Arbitration Association ou un autre. Un tel choix peut éventuellement signifier que c'est en fait le tribunal arbitral qui déterminera la loi applicable. Les directives contenues dans le Guide de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale indiquent notamment qu'il en est ainsi<sup>47</sup>.

19. En l'absence de choix par les parties, il semble, au Québec, que ce soit la loi applicable au contrat qui doit primer<sup>48</sup>. La question de l'indépendance de la loi applicable à la clause d'arbitrage vis-

41. *Id.*, 157 (M. le juge Cartwright).

42. *Normandin Lumber Ltd. v. Angelic Power*, (1971) C.F. 263, 271.

43. Voir, notamment, *Sinyor Spinners of Canada Ltd. v. Leeson Corp.*, (1976) C.A. 395.

44. Art. 8 C.c.

45. *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, (1973) C.A. 971; *Eastern Township Regional Schoolboard v. Longpré Construction Inc.*, (1975) C.A. 627; *Doyon v. Syl-Ester Wood Products Co.*, (1971) C.S. 489.

46. Voir par exemple, *Sinyor Spinners of Canada v. Leeson Corp.*, (1976) C.A. 395; *Mobilcolour Productions Inc. v. Gula*, (1969) B.R. 169.

47. C.C.I., *Comment résoudre les litiges du commerce international; L'arbitrage de la C.C.I.*, Paris, 1977, p. 21.

48. *Sinyor Spinners of Canada v. Leeson Corp.*, (1976) C.A. 395; L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *loc. cit.*, note 12, 150.

à-vis de celle applicable au contrat<sup>49</sup> ou "severability"<sup>50</sup> ne s'est pas encore posée.

20. Nous avons vu, en droit interne, l'effet de la clause compromissoire sur la juridiction des tribunaux. Le principe doit être étendu au droit international privé et il est admis que la clause d'arbitrage peut donc écarter la juridiction des tribunaux québécois<sup>51</sup> bien qu'il y ait eu des hésitations. Ainsi la Cour fédérale a considéré que la législature d'une province pouvait bien, si elle le désirait, reconnaître au citoyen le droit de se soustraire à la juridiction des tribunaux qui relèvent de sa propre compétence législative, mais que le législateur provincial n'avait pas le pouvoir de permettre que l'on se soustrait à la juridiction des tribunaux dont la compétence était définie par le Parlement fédéral<sup>52</sup>. Il faut ajouter, d'ailleurs, que dans la tradition de "Common Law", l'effet de la clause compromissoire est de suspendre les procédures, ce qui n'a pas manqué d'influencer la Cour fédérale dans l'affaire *Normandin v. Angelic Power*, puisque la loi applicable au contrat et à la clause compromissoire était la loi anglaise.

Il arrive également que le tribunal refuse de se déclarer incompétent ou de suspendre les procédures s'il considère que l'application de la clause d'arbitrage lui paraît devoir conduire à une injustice. Dans l'affaire *Bomar*<sup>53</sup>, par exemple, l'ensemble des éléments de preuve se trouvait au Canada où le dommage s'était produit. Les compagnies demanderesse et défenderesse étaient toutes deux canadiennes. Il a paru à la Cour inopportun de les obliger à se soumettre à un arbitrage à Londres.

21. Nous avons vu que l'exécution d'une sentence arbitrale québécoise se fait par le tribunal en vertu de l'article 950 du Code de procédure civile. Celui-ci ne fait aucune différence entre sentences québécoises et sentences étrangères et il semble donc que ces der-

---

49. Ph. FOUCHARD, *op. cit.*, note 9, no 113.

50. G. DELAUME, *Trans-national Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes. A Study in Conflict Avoidance*, N.Y. Oceana, 1975, no 13.06.

51. Voir *Mastercraft Leather Goods Ltd. v. Black Sea and Baltic General Insurance Co. Ltd.*, (1966) R.P. 94 (C.S.); *Townsite Builders Ltd. v. Nicol*, (1958) R.P. 251 (C.S.); *Mobilcolour Productions Inc. v. Gula*, (1969) B.R. 169; *Liman v. KLM Royal Dutch Airlines*, (1974) C.A. 505. Voir J.G. CASTEL, "Quelques questions de procédure en droit international privé québécois", (1971) 31 *R. du B.* 134, 142.

52. *Normandin Lumber Ltd. v. Angelic Power*, (1971) C.F. 263; E. GROFFIER, *loc. cit.*, note 16, 18.

53. *Bomar Navigation Ltd. v. Hansa Bay*, (1975) C.F. 231.

nières, si elles sont destinées à être exécutées au Québec, pourraient être homologuées suivant l'article 950<sup>54</sup>. Une telle position diffère des droits étrangers qui distinguent nettement sentences étrangères et locales. J.G. Castel, tout en admettant éventuellement la thèse qui vient d'être exposée, se montre plus nuancé<sup>55</sup>. Il se demande si une sentence arbitrale étrangère ne devrait pas en fait être traitée comme un jugement étranger. L'auteur se fonde sur une seule décision de reconnaissance de sentence arbitrale étrangère<sup>56</sup> bien qu'il admette que, dans ce cas, la sentence avait été homologuée à l'étranger et représentait donc vraiment un jugement étranger.

22. La différence réside dans le fait que l'article 950 du Code de procédure civile empêche le tribunal québécois de procéder à une révision au fond, alors que l'article 178 du même Code le permet, du moins lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu hors du Canada. L'article 178 prévoit, en effet, que

“la défense qui a été ou qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action originaire peut être opposée à la poursuite basée sur un jugement rendu hors du Canada.”

S'il s'agit d'un jugement rendu dans une autre province du Canada, la défense qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action originaire ne peut être opposée que si le défendeur n'a pas été assigné personnellement dans cette province ou qu'il n'a pas comparu lors de l'action originaire<sup>57</sup>. Les multiples difficultés créées par la révision au fond, qui sont parfaitement incompatibles avec les buts mêmes de la procédure d'arbitrage, montrent l'intérêt qu'il y aurait pour le Québec à faire partie des accords multilatéraux concernant l'arbitrage.

## 2- Les conventions d'arbitrage

23. Le Canada n'a ratifié aucune convention relative à l'arbitrage. Nous nous limiterons aux deux conventions les plus récentes dont la ratification par le Canada pourrait être considérée comme désirable. Il s'agit de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York, le 10 juin

---

54. L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *loc. cit.*, note 12, 153.

55. J.G. CASTEL, *loc. cit.*, note 51, 145.

56. *Orsi v. Irving Samuel Inc.*, (1957) C.S. 209.

57. Art. 179 et 180 C.p.c.

1958<sup>58</sup> et de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres états, signée à Washington, le 18 mars 1965<sup>59</sup>.

24. Il faut noter néanmoins que la province de Terre-Neuve était partie au Protocole relatif aux clauses arbitrales, adopté à Genève, le 24 septembre 1923, ainsi qu'à la Convention sur l'exécution des sentences arbitrales, adoptée à Genève, le 20 septembre 1927, qui avaient été ratifiés par le Royaume-Uni alors que Terre-Neuve était un territoire sous le contrôle de cet État. Ces conventions internationales sont passées dans la loi de Terre-Neuve sous le nom de Arbitration (Foreign Awards) Act de 1931<sup>60</sup>. Cette législation ne semble pas avoir été abrogée depuis l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération canadienne.

25. L'abstention du Canada s'explique, au moins en partie, par les particularités du droit constitutionnel canadien. En effet, l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 qui est, en quelque sorte, la constitution du Canada<sup>61</sup>, donne au Parlement et au Gouvernement du Canada

“tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'Empire Britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces naissant de traités conclus entre l'Empire et des pays étrangers”<sup>62</sup>.

Cette disposition qui date de l'empire colonial est loin d'être explicite. Elle est la seule qui traite des affaires extérieures. Un vide existe donc en ce qui concerne l'exécution des traités qui se complique par la répartition des pouvoirs entre provinces et Parlement fédéral. Les articles 91 et 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique attribuent un nombre de matières aux unes et à l'autre. Ainsi, en nous limitant aux matières qui peuvent présenter un intérêt pour l'arbitrage, il faut noter que le Parlement fédéral est compétent dans le domaine de la dette et la propriété publique (article 91, alinéa 1, a), de l'emprunt de deniers sur le crédit public (article 91, alinéa 4), et de la réglementation du trafic et du commerce (article 91, alinéa 2). Les législatures provinciales ont des pouvoirs exclusifs dans les domaines suivants: les emprunts de deniers sur

---

58. Nations-Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, 38 #4739.

59. Nations-Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, 159 #8359.

60. 22 Geo. V, 1931, c. 2.

61. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, S.R.C. 1970, Appendices, #5.

62. Art. 132.

le seul crédit de la province (article 92, alinéa 3), la propriété et les droits civils dans les provinces (article 92, alinéa 13).

On peut donc se demander si le Canada peut conclure des traités dans les domaines réservés aux provinces.

26. La jurisprudence est venue apporter une réponse affirmative mais nuancée à cette question dans un nombre de décisions dont l'une, surtout, retiendra notre attention. On l'a appelée l'Affaire des Conventions Internationales du Travail<sup>63</sup>. Dans cette affaire, le Conseil privé affirma la compétence du Canada pour conclure des traités mais rappela que l'exécution dépendait de la distribution des pouvoirs et requérait, par conséquent, la coopération des provinces s'il ne s'agissait pas d'une compétence exclusive du pouvoir fédéral. Malgré certains essais timides d'élargir le pouvoir fédéral dans le domaine de la conclusion des traités<sup>64</sup>, cette position est demeurée sensiblement constante en jurisprudence, bien que les opinions doctrinales divergent. Certains auteurs se sont déclarés en faveur d'un pouvoir accru des provinces qui, selon eux, devraient être en mesure de conclure des accords internationaux dans leurs domaines de compétence<sup>65</sup>, tandis que d'autres sont plutôt en faveur du statu quo ou même d'un pouvoir accru du Gouvernement fédéral<sup>66</sup>.

27. Nous ne pouvons entrer dans les méandres d'une controverse qui dépasse de loin le cadre de ce rapport. Il faut noter, cependant, que la Convention de New York contient une "clause fédérale". L'article 11 déclare en effet que

"les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires:

"a" en ce qui concerne les articles de la présente convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les

---

63. *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, (1937) A.C. 326 (C.P.).

64. Voir, notamment, in re *Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, (1932) A.C. 54 (C.P.); *Francis v. The Queen*, (1956) S.C.R. 618.

65. J.Y. MORIN, "Les conclusions d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé", (1965) 3 *Canadian Yearbook of Int. L.* 126; J.Y. MORIN, "International Law, Treaty Making Power - Constitutional Law - Position of the Government of Quebec", (1967) 45 *Rev. Bar. Can.* 160; A.M. JACOMY-MILLETTE, *L'introduction et l'application des traités internationaux au Canada*, Paris, LGDJ, 1971, p. 96.

66. B. LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 4ième éd., Toronto, Carswell, par A.S. Abel & J.I. Laskin, 1975, pp. 218 et ss.; G.L. MORIS, "The Treaty Making Power, A Canadian Dilemma", (1967) 45 *Can. Bar Rev.* 478.



obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;

“b” en ce qui concerne les articles de la présente convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

“c” un État fédératif partie à la présente convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations-Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.”

28. Cet article ou une disposition analogue apparaît dans un grand nombre de traités<sup>67</sup>. Il est clair, d'après cette disposition, que le Canada a le pouvoir de ratifier la convention. La compétence législative, en revanche, c'est-à-dire le pouvoir d'exécuter la convention appartient aux pouvoirs provinciaux en vertu de l'alinéa 14 de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique qui confie l'administration de la justice dans les provinces de même que la procédure en matière civile à ces dernières. Pour que la convention puisse être mise en vigueur il faudrait que les provinces aient des législations compatibles avec ces dispositions. Les provinces anglaises du Canada pourraient éventuellement remplir cette condition avec quelques amendements d'importance mineure, parce que la plupart d'entre elles ont une législation inspirée du “Reciprocal Enforcement of Judgements Act” approuvé par les Commissaires pour l'uniformité de la législation du Canada, en 1924<sup>68</sup>.

Cette loi modèle a été remplacée par une autre en 1956 qui étend son champ d'application aux sentences arbitrales rendues

---

67. Voir, par exemple, *Convention des Nations-Unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger*, 20 juin 1956; Nations-Unies, *Recueil des traités*, vol. 268, #32, art. 11.

68. *Proceedings of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, 1924, p. 60.

au Canada ou à l'étranger<sup>69</sup>. Il n'existe pas de loi modèle consacrée spécialement à l'arbitrage<sup>70</sup>.

Les provinces ont adopté, à des degrés divers, ces lois modèles et, même s'il existe des différences pratiques, la philosophie de la reconnaissance des sentences arbitrales est assez similaire dans les diverses provinces, à l'exception de trois d'entre elles qui semblent limiter la reconnaissance aux sentences émanant d'autres provinces canadiennes<sup>71</sup>.

Au Québec, en revanche, il n'existe pas de législation analogue.

29. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, en plus de poser les problèmes décrits ci-dessus en ce qui concerne son exécution, ne contient pas de clause fédérale. Son article 69 déclare en effet que

"Tout État contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente convention."

L'alinéa 1er de l'article 54 ajoute que

"Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés".

Ces dispositions rendent la ratification de cette convention encore plus improbable que celle de la Convention de New York<sup>72</sup>.

Le Canada ne semble pas davantage avoir conclu de traités bilatéraux concernant l'arbitrage à l'exception du Traité commercial de 1956 avec l'URSS où l'arbitrage est mentionné comme moyen de résoudre des conflits éventuels<sup>73</sup>.

Malgré cet état de chose peu prometteur au point de vue de la coopération internationale, il existe au Québec des projets de ré-

---

69. *Id.*, 1956, p. 82.

70. La Conférence pour l'uniformité de la législation au Canada a considéré la possibilité d'adopter une telle législation en 1930 mais rejeta l'idée. *Proceedings*, 1930, pp. 17, 88.

71. *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*: Ontario, R.S.O. 1970, 402, s. 1. (1) (a); Nouveau-Brunswick, R.S.N.B. 1973, c. R.3, s. 1 (1); Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 92, s. 2 (1) (a).

72. Voir J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 14, 835.

73. *Accord de Commerce entre le Canada et l'U.R.S.S.*; Canada, *Recueil des traités*, 1956, no 1, art. 6.

forme qui rendraient la ratification des conventions internationales possible.

## II- De Lege ferenda

30. L'Office de Révision du Code civil du Québec s'est préoccupé de moderniser l'arbitrage tant sur le plan interne que sur le plan international.

### A- La convention d'arbitrage en droit interne

31. Le projet concernant la convention d'arbitrage a voulu tout d'abord clarifier la situation juridique de cette institution et l'incorporer dans le Code civil. Le projet traite de l'ensemble de l'arbitrage au Code civil, ce qui a d'ailleurs soulevé quelques critiques en ce qui concerne les dispositions relatives à la procédure devant le tribunal arbitral<sup>74</sup>. Les auteurs du projet ont essayé de mettre un terme au long débat au sujet de la validité de la clause compromissoire en supprimant la distinction entre compromis et clause compromissoire pour se limiter à la convention d'arbitrage qui peut être l'un ou l'autre. L'article 1 du rapport précise que:

"La convention d'arbitrage est celle par laquelle les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres."

32. En ce qui concerne l'arbitrabilité des différends, le projet de loi a préféré ne pas apporter de précision car il a semblé à ses auteurs que les dispositions relatives à la capacité et à l'objet des conventions, aux bonnes moeurs et à l'ordre public doivent suivre les règles générales de tous les contrats<sup>75</sup>.

33. Le projet a également voulu mettre fin aux hésitations des tribunaux qui parfois rejetaient ou suspendaient les procédures devant une clause valable d'arbitrage. L'article 4 du rapport prévoit, en effet, que le tribunal doit suspendre l'action, sur exception préliminaire, si le litige fait l'objet d'une convention valable d'arbitrage.

---

74. K. DELANEY-BEAUSOLEIL et D. FERLAND, "L'arbitrage civil: commentaires et suggestions sur le rapport de l'Office de Révision du Code civil", (1974) 15 *C. de D.* 147.

75. *Rapport sur la convention d'arbitrage. op. cit.*, note 2, 5.

34. La procédure d'arbitrage recommandée par l'Office de Révision du Code civil n'est pas fondamentalement différente de celle qui existe à l'heure actuelle. Il est néanmoins proposé de permettre à une partie de demander au tribunal de procéder à la nomination des arbitres si les parties s'en abstiennent<sup>76</sup>.

Un problème a longuement préoccupé les auteurs du projet: celui de l'amiable composition. Le rapport avait soumis deux versions possibles, la première reprenant l'article 948 du Code de procédure civile, obligeant les arbitres à juger suivant les règles de droit à moins qu'ils n'en aient été dispensés par la convention ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs. La seconde dispensant les arbitres de juger suivant les règles de droit sauf convention contraire. Les commentaires soulignent que cette dernière solution a l'avantage d'être très souple et de favoriser les ententes puisqu'aucune règle ne lie les parties<sup>77</sup>. Bien que le projet global du Code civil ne soit pas encore publié à l'heure où nous écrivons ces lignes, nous croyons savoir que c'est la dernière solution qui a prévalu. En effet, les avis exprimés lors de la consultation publique qui a suivi la publication du projet ont convaincu l'Office qu'il valait mieux choisir cette version.

35. La nécessité de l'homologation de la sentence arbitrale par le tribunal a été conservée, mais le projet ajoute la précision que

“une partie peut demander l'annulation de la sentence par requête ou en défense à une requête en homologation”

dans un certain nombre de cas qui sont énumérés de façon limitative. Il s'agit de l'invalidité de la convention d'arbitrage, de l'irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral, de la violation des droits de la défense, de l'excès des arbitres, du défaut de motivation de la sentence, de la contrariété avec l'ordre public, de la fraude, ou de l'erreur de droit si les arbitres sont tenus à juger en droit<sup>78</sup>.

De plus, le projet donne au tribunal le pouvoir d'enjoindre aux arbitres de reconsidérer leur décision, de la modifier ou de la compléter<sup>79</sup>.

La révision du droit interne de l'arbitrage tend vers son assouplissement et la disposition visant à permettre aux arbitres de juger

---

76. *Id.*, art. 6.

77. *Id.*, 30.

78. *Id.*, art. 19.

79. *Id.*, art. 20.

en équité sauf convention contraire des parties ne peut que renforcer leur pouvoir éventuel de réviser le contrat.

## **B- La convention d'arbitrage en droit international**

36. Les propositions de modification du droit international privé de l'arbitrage vont beaucoup plus loin. En ce qui concerne le conflit de lois, la disposition proposée stipule que

“La validité de la convention d'arbitrage international est régie par la loi de l'État désigné expressément par les parties.

En l'absence de désignation expresse, elle est régie par la loi applicable au contrat auquel elle se rapporte.

L'arbitrage est soumis aux règles désignées expressément par les parties ou, à défaut, à la loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage”<sup>80</sup>.

Le premier alinéa de cette proposition consacre la théorie de l'indépendance de la convention d'arbitrage. Celle-ci comprend, dans l'esprit des rédacteurs du projet, tant le compromis que la clause compromissoire<sup>81</sup>.

La loi applicable au contrat fait l'objet d'une disposition particulière du projet qui stipule que

“Les actes juridiques présentant un caractère international sont régis par la loi de l'État désigné expressément par les parties.

En l'absence de désignation expresse, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, a le meilleur titre à le régir.

Les actes juridiques ne présentant pas un caractère international sont régis par la loi du lieu où ils sont passés”<sup>82</sup>.

37. Cette disposition ne s'écarte pas du principe d'autonomie de la volonté bien ancré dans la tradition québécoise<sup>83</sup>. En l'absence de choix exprès de la loi applicable, en droit actuel, l'article 8 du Code civil prévoit qu'il peut ressortir de “la nature de l'acte ou des autres circonstances” que l'intention des parties a été de se rappor-

---

80. *Rapport sur le droit international privé, op. cit.*, note 3, art. 29.

81. *Id.*, 84.

82. *Id.*, art. 22.

83. Voir W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, p. 572; *Vipond v. Furness Withy and Co. Ltd.*, (1917) 54 S.C.R. 521; *Bristol Aeroplane v. McGill*, (1963) B.R. 829; *Fiorito v. The Contingency Insurance Co. Ltd.*, (1971) C.S. 1.

ter à une loi donnée<sup>84</sup>. À défaut de ces indications l'article 8 précise que les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés.

La disposition proposée se rapproche davantage de la "proper law of the contract" appliquée par la Cour suprême du Canada<sup>85</sup> que du système français de la loi d'autonomie. Il faut noter que l'étape de la désignation tacite de la loi applicable est abandonnée contrairement à l'article 8 du Code civil.

38. En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le projet s'inspire de la Convention de New York<sup>86</sup>. Il dispose notamment que

"les tribunaux du Québec reconnaissent et déclarent exécutoire, en matière civile ou commerciale, une sentence arbitrale rendue hors du Québec, ou une sentence qui, rendue au Québec ne l'a pas été en vertu des règles québécoises sur l'arbitrage, à moins que la partie contre laquelle elle est invoquée ne fasse une des preuves suivantes:

1. les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou la convention n'est pas valable en vertu de la loi désignée à l'article 29;
2. la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible pour une autre raison, de faire valoir ses moyens;
3. la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions ou elle contient des décisions qui dépassent les termes de celle-ci; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières peuvent être reconnues et déclarées exécutoires;
4. la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties; ou, à défaut de convention, elle n'a pas été conforme à la loi désignée à l'article 29; ou
5. la sentence n'est pas devenue encore obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente de l'État d'après la loi duquel la sentence a été rendue."

---

84. Voir, à titre d'exemple, *Smith Transport Ltd. v. Intraco*, (1974) C.S. 265.

85. *Imperial Life Ins. v. Colmenares*, (1967) S.C.R. 443; *Drew Brown Ltd. v. The Ship Orient Trader*, (1974) S.C.R. 1286. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs déjà rapproché la règle de l'article 8 de la "proper law of the contract", voir *Union Acceptance Co. v. Gay*, (1960) B.R. 827.

86. *Rapport sur le droit international privé, op. cit.*, note 3, art. 81.

Cet article s'inspire de l'article 5 de la Convention de New York. Il vise les sentences arbitrales rendues hors du Québec et celles rendues au Québec mais qui soit sont étrangères à proprement parler parce que soumises à la loi d'un autre État applicable à la procédure d'arbitrage, soit présentent un caractère international, notamment parce qu'elles sont intervenues dans le cadre d'une institution internationale d'arbitrage<sup>87</sup>.

Il faut noter que le paragraphe 1 de la solution proposée adopte la formule de l'article 9a de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961<sup>88</sup>. Les auteurs du projet étaient d'avis que la loi de l'État où la sentence a été rendue ne doit pas être retenue pour déterminer la validité de la convention d'arbitrage.

39. Le projet prévoit également la liste des pièces que doit produire la partie qui invoque la reconnaissance de la sentence en s'inspirant directement de l'article 4 paragraphe I, a et b de la Convention de New York. Finalement, il tranche la controverse entre l'application de l'article 950 ou celle des articles 178 et suivants du Code de procédure civile en précisant que:

“la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale visée aux articles précédents se fait par voie de requête en homologation”<sup>89</sup>.

40. L'adoption de telles dispositions représenterait un pas en avant dans la coopération des pouvoirs provinciaux permettant au gouvernement du Canada de ratifier les conventions internationales en matière d'arbitrage.

---

87. *Id.*, 176 et voir B. GOLDMAN, “L'arbitrage (droit international privé)”, dans *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1968, no 32.

88. Nations-Unies, *Recueil des Traités*, 1963-64, vol. 484, pp. 349 et ss.

89. *Rapport sur le droit international privé*, *op. cit.*, note 3, art. 83.