

## L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel

M. Louis Marquis

---

**Citer ce document / Cite this document :**

Marquis Louis. L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 45 N°3, Juillet-septembre 1993. pp. 577-618.

doi : 10.3406/ridc.1993.4728

[http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1993\\_num\\_45\\_3\\_4728](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1993_num_45_3_4728)

---

Document généré le 14/10/2015

## Résumé

*L'objectif de la présente étude, qui traite de l'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel, consiste à apporter une définition encore plus claire des tenants et aboutissants de ce mode privé de règlement des différends et, partant de mieux évaluer ce que la société peut en attendre, à la lumière de la réflexion profonde entreprise récemment par la communauté juridique sur la place potentielle du règlement déjudiciarisé des conflits dans l'ordonnement actuel et prochain de la justice au Québec. Dans une première partie, l'auteur analyse cette influence dans une perspective historique. Il en ressort que l'action du droit français fut successivement heureuse et malheureuse. D'abord, elle contribua à la création d'une justice populaire, nécessaire en raison de l'absence d'un système judiciaire structuré. Elle se fit également sentir à l'avantage de l'arbitrage lorsque la justice étatique n'arrivait plus à satisfaire aux exigences de la population. Mais, ensuite, elle servit à placer le droit québécois de l'arbitrage dans une situation sans issue vraisemblable d'épanouissement. L'expression la plus sensible de cette influence et de son résultat se matérialisa dans le désaveu exprimé à l'égard de la clause compromissoire. Par ailleurs, il faudrait se garder de voir dans le recours au droit français l'unique explication de la montée comme de la descente de l'arbitrage. La seconde partie envisage l'objet de l'étude dans une perspective moderne. A cet égard, l'auteur avance que la réforme du droit québécois datant de 1986 et inspirée de la loi type de la C.N.U.D.C.I., convie le juriste à une ouverture sur un monde plus grand et plus diversifié qu'auparavant. Toutefois, pour un ensemble de motifs bien indentifiés, il ressort que le droit français conservera, pour les temps à venir, sa pertinence et qu'il jouera un rôle certain dans l'évolution future du droit québécois de l'arbitrage conventionnel.*

## Abstract

*This study, about the influence of the French legal system on Quebec arbitration law, is aimed at establishing more clearly the very nature of this private method for the settlement of disputes, in the shadow of the profound reflection recently engaged by the legal community on the place of A.D.R. in Quebec. In the first part, the author analyses this influence in an historical perspective to conclude that in was successively fortunate and infortunate. Firstly, it contributed to the development of a form of popular justice, which was necessary since no judicial structured system existed in Quebec. It was also useful for arbitration when substantive law was unable to meet the needs and aspirations of people. Secondly, however, it constituted a negative factor for the evolution of Quebec arbitration law, demonstrated by the invalidation of the « clause compromissoire ». In ail cases, it would be just to keep in mind that other elements equally played a role in the popularity like in the impopularity of arbitration. The second part analyses the subject in a modem perspective. In this context, the author argues that the reform of 1986, based on the Model law adopted by U.N.C.I.T.R.A.L., invites the interpret to look at a larger spectrum of legal cultures than before. However, it rests that, for a number of reasons well identified, French law will remain relevant in the future and have impact on the evolution of Quebec arbitration law.*

# L'INFLUENCE DU MODÈLE JURIDIQUE FRANÇAIS SUR LE DROIT QUÉBÉCOIS DE L'ARBITRAGE CONVENTIONNEL

par

Louis MARQUIS

Avocat au Barreau du Québec et professeur  
à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

creative  
commons



Persée

L'objectif de la présente étude, qui traite de l'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel, consiste à apporter une définition encore plus claire des tenants et aboutissants de ce mode privé de règlement des différends et, partant de mieux évaluer ce que la société peut en attendre, à la lumière de la réflexion profonde entreprise récemment par la communauté juridique sur la place potentielle du règlement déjudiciarisé des conflits dans l'ordonnement actuel et prochain de la justice au Québec. Dans une première partie, l'auteur analyse cette influence dans une perspective historique. Il en ressort que l'action du droit français fut successivement heureuse et malheureuse. D'abord, elle contribua à la création d'une justice populaire, nécessaire en raison de l'absence d'un système judiciaire structuré. Elle se fit également sentir à l'avantage de l'arbitrage lorsque la justice étatique n'arrivait plus à satisfaire aux exigences de la population. Mais, ensuite, elle servit à placer le droit québécois de l'arbitrage dans une situation sans issue vraisemblable d'épanouissement. L'expression la plus sensible de cette influence et de son résultat se matérialisa dans le désaveu exprimé à l'égard de la clause compromissoire. Par ailleurs, il faudrait se garder de voir dans le recours au droit français l'unique explication de la montée comme de la descente de l'arbitrage. La seconde partie envisage l'objet de l'étude dans une perspective moderne. A cet égard, l'auteur avance que la réforme du droit québécois datant de 1986 et inspirée de la loi type de la C.N.U.D.C.I., convie le juriste à une ouverture sur un monde plus grand et plus diversifié qu'auparavant.

Toutefois, pour un ensemble de motifs bien indentifiés, il ressort que le droit français conservera, pour les temps à venir, sa pertinence et qu'il jouera un rôle certain dans l'évolution future du droit québécois de l'arbitrage conventionnel.

*This study, about the influence of the French legal system on Quebec arbitration law, is aimed at establishing more clearly the very nature of this private method for the settlement of disputes, in the shadow of the profound reflection recently engaged by the legal community on the place of A.D.R. in Quebec. In the first part, the author analyses this influence in an historical perspective to conclude that it was successively fortunate and infortunate. Firstly, it contributed to the development of a form of popular justice, which was necessary since no judicial structured system existed in Quebec. It was also useful for arbitration when substantive law was unable to meet the needs and aspirations of people. Secondly, however, it constituted a negative factor for the evolution of Quebec arbitration law, demonstrated by the invalidation of the « clause compromissoire ». In all cases, it would be just to keep in mind that other elements equally played a role in the popularity like in the unpopularity of arbitration. The second part analyses the subject in a modern perspective. In this context, the author argues that the reform of 1986, based on the Model law adopted by U.N.C.I.T.R.A.L., invites the interpret to look at a larger spectrum of legal cultures than before. However, it rests that, for a number of reasons well identified, French law will remain relevant in the future and have impact on the evolution of Quebec arbitration law.*

## INTRODUCTION

Du vécu récent de la communauté juridique québécoise apparaissent plusieurs signes révélateurs de l'amorce d'une réflexion profonde sur la place potentielle du règlement déjudiciarisé des conflits dans l'ordonnement actuel et prochain de la justice au Québec (1). Ce retour des choses sur elles-mêmes, peu importe le tracé qu'il suivra, ne pourra ignorer l'arbitrage. En effet, le passé lointain de l'institution, sa perpétuation à travers les époques et les débats qu'elle a toujours suscités relativement à sa remise en cause du statut monopolistique des tribunaux étatiques lui confèrent spontanément une sorte de privilège d'être prise en considération (2).

---

(1) Le Rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, déposé en juin 1991 auprès du ministre de la Justice du Québec, contient une série de recommandations spécifiques en matière de méthodes alternatives de règlement des conflits ; v. pp. 155 à 217. Parmi les études québécoises récentes, v. R. A. MACDONALD, « Accessibilité pour qui ? Selon quelles conceptions de la justice ? », (1992) 33, *C. de D.*, 457 ; D. MOCKLE, « Zéro contentieux. L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends », (1991) 51, *R. du B.*, 45 ; Y.-M. MORISSETTE, « (Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice », (1991) 51, *R. du B.*, 585.

(2) Pour un exposé des questions politiques et philosophiques reliées à l'arbitrage, v. R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, pp. 71-117. Aussi, sur le rôle de l'arbitrage dans la naissance et l'évolution de la justice étatique,

Le thème de la présente étude, l'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel, s'intègre à l'intérieur de ce questionnement. Son objectif consiste à apporter une contribution additionnelle en vue d'une définition encore plus claire des tenants et aboutissants de ce mode privé de règlement des différends et, partant, de mieux évaluer ce que la société peut en attendre. Dans une première partie, nous envisagerons l'influence française sur notre droit dans une perspective historique. Ce cheminement permettra de mieux situer l'impact, sur l'avenir de la tradition française en territoire québécois, des réformes intervenues en France et au Québec durant les années 1980, lesquelles forment la perspective moderne, seconde partie de l'étude.

#### A. — *Perspective historique*

En soi, l'évaluation de l'influence française, comme toute autre analyse réalisée dans une perspective historique, risque de se buter à des difficultés reliées au repérage des sources d'information. Paradoxalement, un des avantages réels ou supposés de l'arbitrage, son caractère confidentiel, accroît considérablement l'acuité du problème. L'on ne pourra prendre connaissance des détails relatifs à un arbitrage que dans la mesure où son déroulement a été marqué par un recours aux tribunaux étatiques (nomination judiciaire d'un arbitre, homologation de la sentence arbitrale, etc.) et qu'un rapport de jurisprudence a exposé de quoi il en retournait. Cela est particulièrement vrai pour la période qui va des origines de la Nouvelle-France jusqu'à la codification de la procédure civile du Bas-Canada de 1867, que nous couvrirons après avoir relaté les principaux événements de l'histoire du droit français. C'est dire que, sur ce terrain, la mesure de l'influence française ne peut se faire qu'à l'intérieur d'une marge d'erreurs elle-même délicate à préciser et en échange de quelques suppositions. Heureusement, par la suite, la codification et la mise en place graduelle d'un système de publication des jugements plus ordonné améliorèrent sensiblement la situation. Ces facteurs permirent d'augmenter l'impact de l'influence française sur notre droit de l'arbitrage conventionnel et, donc, de fonder l'analyse sur des éléments tangibles plutôt que sur des apparences, comme nous le verrons dans la dernière partie de cette section.

Une remarque supplémentaire s'impose avant d'aller plus loin. Bien que cette étude se limite à l'arbitrage dit conventionnel, c'est-à-dire structuré en fonction d'une convention dont l'objet consiste à « soumettre un

---

v. de MENTHON, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse, Paris, 1926 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1947, p. 128 ; E. GLASSON, TISSIER et R. MOREL, *Traité de procédure civile*, t. V, 1986, n. 1802 ; E. GARSONNET et C. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. VIII, 1904, n. 3016 ; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 1130 ; R. ROUSSEAU et E. LAISNEY, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure*, Arthur Rousseau, 1983, p. 652. Toute référence faite dans ce texte aux expressions « droit français » ou « droit québécois » vise implicitement le secteur de l'arbitrage conventionnel de ces deux systèmes juridiques.

différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux » (3), il serait erroné de passer sous silence, dans une perspective historique, d'autres formes connues de ce mode privé de règlement des conflits. Nous pensons, notamment, à l'arbitrage forcé ou obligatoire, qui exista dans l'ancien droit français et aussi en Nouvelle-France. Les répercussions d'ordre juridique que la pratique de celui-ci entraîna sur l'arbitrage conventionnel imposent que nous nous y arrêtions. C'est en tenant compte de ces observations préliminaires que l'on peut maintenant aborder le thème central de ce texte dans une optique historique.

1) *L'évolution du droit français dans une perspective historique*

L'évolution du droit français de l'arbitrage s'inscrit à l'intérieur d'un long processus historique (4). Elle comprend une suite de transformations dont les premières manifestations remontent à l'époque du droit romain (5). Les traces laissées par l'arbitrage à ce moment sont perceptibles à deux niveaux. D'un côté, le processus judiciaire connut quelques formes d'arbitrage, tout spécialement dans les temps reculés de cette période. C'était le cas pour les actions de la loi, la plus ancienne procédure judiciaire romaine (6). Son déroulement consistait en une comparution devant un magistrat soumis par la loi à la prononciation de quelques paroles et à la désignation d'un « décideur ». Suivant la nature du litige et la qualité des parties, ce « décisionnaire » remplissait sa fonction en tant que juge ou arbitre (7). Il semble, d'après M. Gaudemet, que la voie de l'arbitrage était préférée à celle de l'adjudication par un juge lorsque des facteurs extrajuridiques prenaient une importance particulière à l'intérieur d'un différend (8). Plus tard, lors de l'apparition de la procédure formulaire (9), de nouvelles catégories d'actions furent créées à l'égard desquelles le renvoi à l'arbitrage fut également permis (10). Cet élargissement du domaine d'application de l'arbitrage se rétrécira pour disparaître entièrement avec l'arrivée de la procédure extraordinaire. Les techniques arbitrales seront alors évacuées de l'appareil judiciaire au profit du magistrat

---

(3) La définition est empruntée au texte de l'article 1926.1 C.c., numéroté 2638 dans le Projet de loi 125 constitutif du prochain *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.).

(4) V. de façon générale, P. FOUCHARD, « Arbitrage. Principes généraux », *Jurisclasseur de procédure civile*, fasc. 1010, Paris, Éd. Techniques, mise à jour 1984.

(5) Nous envisageons ici les manifestations les plus directement liées à l'évolution du droit français. En réalité, l'arbitrage existait déjà avant l'époque romaine. V. GLOSSNER, « Arbitration, a glance into history », *Mélanges Eisemann*, C.C.I., 1978, p. 19.

(6) Il s'agissait d'actions « de la loi » parce que leur recevabilité dépendait d'une disposition législative expresse ou de l'emploi de mentions prescrites par la loi sous peine de nullité. V. P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1929.

(7) V. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, L.G.D.J., 1928, p. 808.

(8) GAUDEMET, *Les institutions de l'antiquité*, Montchrestien, 1948, p. 228. L'auteur donne comme exemple la composition des lots dans le cadre des actions en partage.

(9) Ainsi dénommée parce que son déroulement prévoyait l'émission d'une formule qui commandait au juge de condamner le défendeur dans l'éventualité où les faits avérés étaient prouvés.

(10) P. GIRARD, *supra*, note 6.

qui deviendra le seul représentant de l'autorité publique. D'un autre côté, l'arbitrage se rencontra aussi en marge du système judiciaire. Les pratiques diverses amenèrent progressivement le développement d'un arbitrage avec une dominante contractuelle : d'une part, des parties pouvaient choisir, par le biais d'un contrat appelé compromis, de s'en remettre à ce mode de règlement (11) ; d'autre part, la relation juridique entre les parties et l'arbitre s'établissait à partir d'un *receptum arbitrii*, convention renfermant l'engagement de l'arbitre de disposer du litige (12). Aussi vit-on l'arbitrage *boni viri*, ou arbitrage d'un homme de bien, qui était investi d'une simple autorité morale. L'opportunité d'utiliser cette voie découlait notamment de l'absence de sanction rattachée à l'exécution fautive d'une partie dans le cadre de certains contrats synallagmatiques. Au lieu de voir leurs rapports s'envenimer, les parties tentaient de régler leur problème par un appel à cet homme de bien (13).

Dans la France du Moyen Age, en particulier à compter du XII<sup>e</sup> siècle, l'arbitrage connut un essort important (14). La justice arbitrale, de par la rapidité avec laquelle elle assurait le règlement des litiges, tendit à se substituer aux différentes formes de justice officielle (tribunaux ecclésiastiques, seigneuriaux, etc.), où l'on se perdait en conflits de compétence et dans de multiples moyens de contestation (15), et elle profita de l'action exercée par l'Église en faveur du règlement pacifique des conflits. Elle correspondait aussi davantage aux intérêts communs de divers groupes sociaux (famille, village, communauté religieuse) dans lesquels le sentiment d'appartenance et d'autonomie rendait indésirable l'intervention extérieure des autorités étatiques. Mais ces dernières virent également, à cette époque, l'arbitrage d'un bon œil. A l'instar de l'arbitrage existant au sein d'une communauté, qui s'avérait fréquemment obligatoire, elles adoptèrent une série de statuts et d'ordonnances dont l'objectif consistait à imposer cette méthode de règlement dans les affaires familiales et commerciales (16). Tant et si bien que juste avant d'entrer dans la période du droit intermédiaire, l'arbitrage, en vertu de son expérience passée substantielle, se présentait sous l'angle d'une institution spécifique sur le plan juridique. Socialement, il allait constituer l'instrument à la base de la contestation

---

(11) *Ibid.*, p. 993.

(12) *Ibid.*, p. 643.

(13) V. CUQ, *supra*, note 7, pp. 381-382.

(14) Y. JEANCLOS, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, Dijon, 1977 ; J. FOURGOUS, *L'arbitrage dans le droit français aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, thèse, Toulouse, 1906.

(15) C'est ainsi que JEANCLOS déclare : « Il est donc difficile au plaideur de découvrir, dans le maquis des juridictions, celle devant laquelle il peut normalement porter son différend. Plutôt que de voir sa demande rejetée après un long examen, il préfère recourir à l'arbitrage », *supra*, note 14, p. 13.

(16) V., à ce sujet, J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1783-1807, c. 1, sous « Arbitrage » ; E. PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, Paris, Desaint, 1787, p. 17 ; JOUSSE, *Traité des arbitrages et des compromis*, n. 86.

menée à l'égard de la justice étatique lors de la Révolution française (17). Idéologiquement, il cadrera parfaitement avec la doctrine en cours qui voyait, dans la volonté des hommes, le fondement des rapports sociaux et juridiques.

En tant que tel, le passage de l'arbitrage à travers ce moment de l'histoire fut marqué par son élévation à un niveau jusqu'alors inégalé (18). L'Assemblée constituante consacra, dans un principe constitutionnel irrévocable, le droit de tous et de chacun de recourir à ce moyen (19). Dès lors, en toute logique, aucune limite ne fut levée quant à la possibilité de régler par voie d'arbitrage les litiges (20), et les arbitres, personnifiant l'idéal de justice des révolutionnaires, se virent dégagés de plusieurs contraintes, telle la fixation d'un délai pour rendre leur décision (21). De même, ne sera-t-on pas surpris de constater l'accroissement significatif des cas d'arbitrage obligatoire, qui ne connurent toutefois pas beaucoup de succès (22). Ainsi, un décret du 10 juin 1793 relatif au mode de partage des biens communaux prévoyait le renvoi à l'arbitrage des différends au sujet des droits dont la féodalité avait dépossédé les communes. Mais l'expérience se révéla rapidement décriée par suite des injustices commises par les arbitres qui affichaient un parti pris évident envers ces dernières. La situation n'était pas davantage reluisante dans les autres domaines réservés à l'arbitrage forcé, qui se voyait désormais l'objet d'un dénigrement généralisé et dont on réclama l'abolition. Les effets de ce mouvement se prolongèrent jusqu'à atteindre l'arbitrage volontaire, et se firent sentir avec beaucoup d'acuité au moment de la codification de la procédure civile française.

---

(17) JOUSSE en fit l'éloge dans ces termes : « La manière de terminer les procès par la voie des arbitres est une des plus utiles et des plus avantageuses pour le bien public, lorsque les arbitres y emploient toute la diligence nécessaire, et toute la fermeté requise pour terminer promptement les affaires. Ils peuvent devenir par là les juges des familles les plus illustres et de toutes les personnes raisonnables ; surtout à présent où il y a tant de dangers à avoir des procès, et où en coût de si gros frais pour les faire terminer, outre les peines et les fatigues que cela occasionne, et l'incertitude de l'événement, qui sont tels aujourd'hui qu'il n'y a personne qui ne doive désirer s'en rapporter à des arbitres, plutôt que de plaider », *supra*, note 16, p. 683.

(18) J.-J. CLÈRE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution », *Rev. arb.*, 1991, 3.

(19) Le décret des 16-24 août 1790 contenait la déclaration suivante : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis. » De même, la Constitution du 3 septembre 1791 proclama « le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, [lequel] ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif ». V., également, GARSONNET et CÉZAR-BRU, *supra*, note 2, p. 351.

(20) D. 16-24 août 1790, art. 2 : « Toutes personnes, ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés dans tous les cas et en toutes matières, sans exception. »

(21) D. 16-24 août 1790, art. 3 : « Les compromis qui ne fixeront aucun délai dans lequel les arbitres devront prononcer et ceux dont le délai est expiré, seront néanmoins valables et auront leur exécution, jusqu'à ce qu'une des parties ait fait signifier aux arbitres qu'elle ne veut plus tenir à l'arbitrage. »

(22) J.-J. CLÈRE, *supra*, note 18, p. 18 et s.

C'est animés d'un sentiment de méfiance à l'égard de l'arbitrage que les rédacteurs du Code de procédure civile travaillèrent à l'élaboration du titre qui lui était réservé. Leur but consistait à s'éloigner de la conception du droit révolutionnaire pour se rapprocher de ce qu'ils considéraient représenter la véritable nature de l'institution et du rôle que celle-ci pouvait jouer dans l'administration de la justice (23). Or, cette nature et ce rôle étaient dominés par l'idée que l'arbitrage n'offrait qu'une justice secondaire à côté de celle rendue par les tribunaux étatiques (24). A ce titre, on lui rendit applicable une série de règles restrictives qui en faisaient un moyen peu commode de régler des différends (25). A ce déclin, sur le plan législatif, s'ajouta « au milieu du XIX<sup>e</sup>, une hostilité accrue (...), en relation avec les tendances positivistes (...) alors prévalantes » (26). Le tout se répercuta dans la politique judiciaire pour aller frapper de plein fouet un instrument essentiel à la viabilité de l'arbitrage dans n'importe quel système juridique : la clause compromissoire. En 1843, dans l'affaire *Comp. l'Alliance c. Prunier* (27), celle-ci était déclarée invalide en vertu du droit issu de la codification. La jurisprudence ne tarda pas à revenir sur sa position. Elle réadmit la validité de la clause en matière internationale afin d'ajuster le droit français sur celui de ses principaux partenaires

---

(23) Commentant les dispositions du décret des 16-24 août 1790, MALLARMÉ déclara : « les idées libérales qui ont présidé à la rédaction de celles-ci, ont dû inspirer une grande confiance dans cette espèce d'institution respectable en elle-même ; mais elles ne devaient pas aller jusqu'à la dénaturer », Discours du 29 avr. 1806, reproduit dans J. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXIII, Paris, 1827, p. 433 et s.

(24) Le témoignage de BOURBEAU est éloquent à ce sujet : « Dans une société qui commence le pénible travail de la civilisation, l'arbitrage est l'ébauche imparfaite des institutions et des garanties judiciaires (...). Dans une société que l'expérience éclaire enfin de sa lumière tardive, où les pouvoirs ont trouvé leur équilibre, où la justice n'admet que des formes protectrices sous la vigilante sauvegarde de magistrats éclairés, l'arbitrage n'a plus qu'une valeur contestable : qu'on le respecte comme un hommage à la liberté du citoyen ; mais élever trop haut ses bienfaits, c'est préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siège du magistrat », *Traité de la procédure civile*, t. VI, Paris, p. 422. De même, le commentaire de MALLARMÉ sur l'article 1004 du Code qui interdisait l'arbitrage sur les questions intéressant l'ordre public : « ces causes touchent de trop près à l'ordre public, pour que le jugement en puisse être abandonné à des arbitres, qui quelque instruits, quelque sages qu'on les suppose, n'offrent jamais à la société la même garantie, la même indépendance que des juges institués par la loi, et investis par le chef de l'État et de son autorité », *supra*, note 23, p. 437.

(25) Pour GLASSON, TISSIER et MOREL, le fait que la réglementation sur l'arbitrage ait été placée à la fin du Code de procédure « indique suffisamment la déchéance qu'a subie l'institution dans l'esprit du législateur », *supra*, note 2, p. 310. De même, GARSONNET et CÉZAR-BRU déclarèrent : « Les auteurs de ce Code ont entouré l'arbitrage de précautions et de restrictions exagérées dont on peut aujourd'hui apprécier l'effet. Il suffit de consulter les recueils de jurisprudence pour constater que cet arbitrage fait naître un grand nombre de procès, et ne sert trop souvent qu'à perpétuer les contestations qu'il est destiné à trancher rapidement », *supra*, note 2, n° 3096.

(26) R. DAVID, *supra*, note 2, p. 123. Plus loin, l'auteur ajoute : « L'idée se répand que l'État a non seulement le devoir, mais le droit exclusif de juger les citoyens ; l'arbitrage n'apparaît plus comme l'exercice d'un droit naturel, mais comme une éviction des tribunaux, contraire à une saine administration de la justice », *ibid.*

(27) Cass. civ., 10 juill. 1843, S.1843.1.561 (concl. HELLO, note DEVILLENEUVE).

commerciaux (28) et atténua les rigueurs du nouveau Code de procédure civile (29). Cependant, ce n'est vraiment qu'à compter du XX<sup>e</sup> siècle qu'émergèrent différents îlots sur lesquels allait reposer le droit français moderne.

Après de multiples discussions et projets de lois, on finit par réhabiliter la clause compromissoire en droit interne, mais seulement là où la demande se faisait insistante, c'est-à-dire dans les matières commerciales. Réalisée par le biais de la loi du 31 décembre 1925 (30), cette innovation profita par la suite de changements importants en jurisprudence. D'une part, les tribunaux commencèrent à développer les moyens nécessaires pour assurer l'exécution forcée de la convention d'arbitrage. Essentiellement, cela signifiait de rendre possible la constitution du tribunal arbitral et de permettre à ce dernier de remplir sa mission en dépit de la résistance de l'une des parties impliquées (31). Aussi, la jurisprudence reconnut le pouvoir de l'arbitre de se prononcer sur la validité et les limites de son investiture (32). Le tout demeurait insuffisant pour procurer à l'arbitrage l'épithète de moyen efficace de règlement des conflits, mais il était clair qu'il profitait d'un mouvement de faveur en progression qui se matérialisa lors de la réforme de 1980-1981 (33).

## 2) *L'influence du modèle juridique français : des origines de la Nouvelle-France jusqu'à la codification de la procédure civile de 1867*

De l'expérience française que nous venons de retracer se profile l'idée que l'arbitrage est sujet à l'environnement social, politique et économique propre à chaque époque. Loin de constituer une entité abstraite insensible

---

(28) V. Cass. civ., 21 nov. 1860, S.61.1.331 ; Cass. civ., 21 juin 1904, S.906.1.22.

(29) Par exemple, l'article 1006 prévoyait que le compromis devait désigner le nom des arbitres sous peine de nullité. La jurisprudence considéra qu'une désignation générale était valable, en autant que les arbitres puissent être déterminés lors de la mise en branle de l'arbitrage ; v. Cass. civ., 6 janv. 1846, S.46.1.619.

(30) *J.O.*, 5 janvier 1926, p. 199 ; *D.*1926.4.25. Cette loi ne contenait qu'un seul article, qui fut incorporé à l'article 631 du Code de commerce. Il devint ensuite l'article L.411-2 du Code de l'organisation judiciaire. Pour plus de détails, v. L. DREYFUS, « La clause compromissoire », (1925) *Rev. pol. et parl.* 370 ; J. HAMEL, « La clause compromissoire dans les contrats commerciaux », *D.H.*1926.13 ; R. MOREL, « La clause compromissoire en matière commerciale », (1926) *Rev. crit. législ. et jurisp.* 486 ; A. WAHL, « La clause compromissoire en matière commerciale », *J.C.P.*27.I.4.

(31) Ainsi, la Cour de cassation reconnut que les tribunaux de droit commun pouvaient prendre toute mesure nécessaire pour assurer la constitution du tribunal arbitral ; v. Cass. réq., 27 févr. 1939, *J.C.P.*39.II.1121 (note J.-L.) ; Cass. civ., 22 janv. 1946, *Gaz Pal.* 1946.1.134 ; H. MOTULSKY, « Le respect de la clause compromissoire », (1955) *Rev. arb.*, 13. Jusqu'alors, la tendance penchait plutôt vers l'octroi d'un recours en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la convention d'arbitrage : Bordeaux, 7 avr. 1932, S.1933.2.17 (note BRËTHE de la GRESSAYE) ; S.1933.2.81 (note ROBERT).

(32) En fait, la question fit l'objet de nombreux revirements. Pour un exposé du débat, v. H. MOTULSKY, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », *J.C.P.*54.I.1194.

(33) La réforme de l'arbitrage interne intervint par le biais du décret n° 80-354 du 14 mai 1980 et celle de l'arbitrage international, par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981. Les dispositions pertinentes figurent aux articles 1442 à 1507 du Nouveau Code de procédure civile.

aux réalités de son temps, l'arbitrage cherche plutôt à les refléter. Pour reprendre R. David, « il ne peut être entièrement dépassionné car il se situe sur un plan où les sentiments comptent autant et plus que les raisons » (34). Ainsi, il serait légitime de penser que les arrivants français dans la colonie, pour qui l'arbitrage faisait partie des habitudes de vie, surtout depuis sa promotion au XII<sup>e</sup> siècle, essayèrent de l'introduire de ce côté-ci de l'Atlantique. De fait, l'arbitrage s'est imposé, aux premiers jours de la Nouvelle-France et, par la suite, comme le moyen privilégié d'obtenir justice. Et si l'action du modèle juridique français ne manqua pas de se faire sentir à ce moment, il convient, avant toute chose, d'exposer dans quel contexte elle le fit.

D'abord, il faut souligner qu'une des caractéristiques de la colonie à ses débuts résidait dans l'absence d'exercice formel du pouvoir de rendre justice par ceux qui en avaient été investis. L'exemple des seigneurs témoigne fidèlement de cette situation. En raison des ressources financières et humaines modestes du temps, il leur devenait difficile d'organiser et d'administrer un système de justice seigneuriale (35). Cette carence ne représenta toutefois pas un problème. A l'instar du mouvement français d'essor de l'arbitrage durant le Moyen Age, qui était fortement lié au caractère autonome des groupes sociaux de l'époque (communauté villageoise, foire, etc.) (36), l'union étroite liant habituellement les membres des diverses collectivités de Nouvelle-France créa chez eux une propension à s'en remettre à un notable de la place (le plus souvent le seigneur, mais aussi le curé) pour la solution des différends surgissant ici et là. Ce dernier, après avoir appelé les opposants à une rencontre, jouait le rôle d'un conciliateur, ce qui ne l'empêchait toutefois pas de rendre un jugement dans l'éventualité où un règlement à l'amiable se révélait impossible (37). Cette justice populaire eut cours jusqu'à l'établissement, par Louis XIV en 1663, d'un gouvernement civil, qui comportait l'institution de tribunaux royaux (38). Au départ, ce nouveau système judiciaire ne connaissait aucun recours à l'arbitrage. Cependant, en raison d'une inclination développée chez les habitants d'intenter des procès dans une proportion trop élevée aux yeux des autorités royales (39), un règlement

---

(34) *Supra*, note 2, p. 73.

(35) W. B. MUNRO, « The Seigneurial System in Canada », dans *Harvard Historical Studies*, t. XIII, New York, Longmans, Green & Co., 1907, p. 145 et s. ; G. DOUTRE et E. LAREAU, *Le droit civil canadien*, t. I, (Histoire), Montréal, Doutre & Co., 1873, p. 183 ; J. DELALANDE, *Le Conseil Souverain de la Nouvelle-France*, Québec, L. A. Proulx, 1927, p. 30 ; J. E. C. BRIERLEY, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, (thèse) Paris, 1964, p. 41.

(36) V., *supra*, p. 581.

(37) Le gouverneur pouvait également exercer des fonctions judiciaires : appels des jugements des seigneurs, audition des causes importantes.

(38) La création du Conseil souverain (gouvernement civil) comportait également l'introduction des ordonnances françaises et de la Coutume de Paris ; v., Édits de 1663 et de 1679, *Édits et Ordonnances Royaux et Arrêts du Conseil d'État*, vol. I, Québec, 1854-56, pp. 37 et 237 ; P. GÉRIN-LAJOIE, « Introduction de la Coutume de Paris du Canada », (1941) 1, *R. du B.*, 61.

(39) BRIERLEY, *supra*, note 35, pp. 42-44.

prévoyant l'arbitrage forcé était adopté en 1667 (40). Essentiellement, il consistait à imposer l'arbitrage préalablement à certains types de demandes en justice (41). Le but poursuivi était similaire aux motivations qui avaient poussé les autorités françaises à adopter l'ordonnance d'août 1560 (art. 3), confirmée par l'ordonnance de Moulins (art. 83) de février 1566 (42). Il s'agissait de se prémunir contre les inimitiés découlant inéluctablement des procès et qui risquaient de perturber l'ordre social (43).

La prochaine manifestation significative de l'arbitrage survint lors de la conquête anglaise de 1759. Dans un premier temps, l'arbitrage faisait partie du régime géré par le gouvernement militaire en place de 1760 à 1764. Il revenait alors aux capitaines de milice de chaque paroisse de disposer des litiges qui leur étaient soumis (44). Dans un deuxième temps, l'instauration d'un système de tribunaux civils, à compter de 1764, amena les habitants de la colonie à choisir l'arbitrage beaucoup plus souvent qu'au cours des années précédentes. En effet, l'établissement de ces cours, d'inspiration anglaise, impliquait l'application du droit anglais (45). Or, plusieurs documents historiques démontrent clairement que les Canadiens français ne voulaient pas se voir régir par ces nouvelles règles. De fait, ils persistèrent à conclure des arrangements selon la Coutume de Paris (46) et ils se soustrayaient à la juridiction des instances anglaises en recourant à l'arbitrage (47). Les dirigeants de la colonie connaissaient la situation, mais il leur était difficile d'y mettre un terme : le circuit formé de la

---

(40) E. LAREAU, *Histoire du droit canadien*, vol. 1, Montréal, 1888-89, p. 234.

(41) Le règlement prévoyait ceci : « Qu'avant qu'aucune partie plaignante ou aucun demandeur habitant des côtes puisse se pourvoir en justice à Québec par voie de procédure, il tentera la voie de la composition à l'amiable en soumettant sa partie par un voisin ou deux dignes de foi, de remettre ses intérêts à un ou plusieurs arbitres, ou à la décision du capitaine de quartier, en matière de peu au-dessous de quinze livres, de légère querelle, débats ou injures proférées (...) attendu que refusant la voie d'honnêteté et la composition à l'amiable qui lui est offerte sur son intérêt prétendu, il témoigne une inclination à la procédure qui ne peut être que blâmable », dans *Projet de Règlements* qui semblent être utiles au Canada proposés à MM. de TRACY et de COURCELLES par M. TALLON, Édits et Ordonnances, *supra*, note 38, vol. II, pp. 29-30.

(42) V., *supra*, p. 581.

(43) Le règlement de 1667 prévoyait que « l'intention du roi (...) n'est pas que ses sujets s'entreruiuent par des procédures de longue haleine, et qu'il convient fort au pays de Canada, de faire régner une forme de justice distributive, brève, succincte et gratuite », *supra*, note 41, p. 31. Sur les ordonnances de 1560 et 1566, v. JOUSSE, *supra*, note 16, n° 86.

(44) BRIERLEY, *supra*, note 35, pp. 46-47 ; DOUTRE et LAREAU, *supra*, note 35, p. 489.

(45) BRIERLEY, *supra*, note 35, pp. 50-51 et les références pertinentes.

(46) L'extrait suivant d'une lettre envoyée à Londres par le gouverneur CARLETON en 1767 le démontre bien : « the people (...) continue to regulate their transactions by their ancient laws, tho unknown and unauthorized in the Supreme Court where most of the Transactions would be declared invalid », dans SHORTT et DOUGHTY, *Documents relating to the Constitutional History of Canada*, Ottawa, 1759-1791, p. 288.

(47) « ... It is not to be wondered at, that the Canadians have, as much as possible by referring matters to arbitration, declined the jurisdiction of our courts of justice », extrait du rapport de CARLETON de 1769, cité dans A. MOREL, « Les réactions des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 », (1960) 20 *R. du B.* 53, note 27, p. 57.

création des rapports juridiques et des litiges en résultant demeurait en dehors de l'emprise des institutions judiciaires nouvellement mises en place (48). Cette conjoncture cessa avec la signature de l'Acte de Québec de 1774 (49), qui rétablissait le droit français en matière de propriété et droit civil. Le bonheur des uns allait faire le malheur des autres. En effet, la remise en vigueur du droit français provoqua le mécontentement des Canadiens de souche britannique, principalement parce qu'il leur semblait inadapté aux besoins particuliers du commerce. Une série de projets, prévoyant la création d'instances spécialisées dans les affaires commerciales, fut proposée afin d'amenuiser leur déplaisir. Ces projets restèrent toutefois lettre morte (50).

Ces données, en dépit de leur état fragmentaire, permettent de tirer certaines conclusions. D'abord, on pourrait considérer que le caractère informel de la justice rendue par les seigneurs, tant au niveau de la forme que du fond, constituait un obstacle de taille à la pénétration et à la circulation du droit français en Nouvelle-France ou, du moins, à la perceptibilité de ces phénomènes (51). En ce sens, s'il y avait eu influence en provenance de France aux origines de la colonie, celle-ci se serait surtout fait sentir sur le plan social par l'importation de comportements et d'habitudes existant dans la mère patrie. A y regarder de près cependant, on remarque que cette justice populaire était imprégnée d'idées et de concepts juridiques ayant circulé en Europe. Ainsi, le système judiciaire populaire où les seigneurs jouaient le rôle de « décideurs » se rapprochait passablement, dans sa mentalité, d'une espèce primitive signalée précédemment, l'arbitrage *boni viri*. La ressemblance découle de ce que, dans les deux cas, les parties s'en remettaient à un tiers choisi à cause de l'ascendant naturel qu'il possédait sur les autres et parce que chacun comportait une dimension de conciliation considérée comme fondamentale (52). De même, le règlement de 1667 qui imposait l'arbitrage préalablement à l'introduction de certaines demandes en justice, prévoyait qu'il se déroulerait suivant la méthode de l'amiable composition (53). Or l'ancien droit français connaissait la formule, sous diverses connotations. Historiquement, la plus

---

(48) L'observation découle d'une remarque faite au gouverneur par un dénommé F. MASÈRES en 1769 : « Fortunately for the peace of the Province no litigations have yet arisen in any of Your Majesty's Courts of Justice to give occasions to decisions that would make (the new subjects) acquainted with the change of the laws », dans SHORTT et DOUGHTY, *supra*, note 46, p. 327.

(49) 14 Geo III, c. 83.

(50) BRIERLEY, *supra*, note 35, pp. 61-63.

(51) V. les exemples donnés par F. J. C. CUGNET, de décisions rendues par les seigneurs comme il leur plaisait dans *Extraits des Registres du Conseil supérieur et des Registres d'Intendance*, Québec, G. Brown, 1775.

(52) V., *supra*, p. 581 et 582.

(53) V., *supra*, note 41. L'arbitrage des capitaines de milice durant le régime transitoire du gouvernement militaire (1760 à 1764) s'en rapprochait également, tel qu'il apparaît dans ce passage d'une lettre que leur adressait le gouverneur en 1760 : « ... vous autorisant à recevoir et écouter toutes plaintes portées devant vous, sans aucune partialité, et vous ordonnant de les terminer, et d'en décider à l'amiable suivant les lumières de votre raison et en conscience, avec toute la justice et droiture qu'il convient, et le tout gratis... », dans DOUTRE et LAREAU, *supra*, note 35, p. 489.

répandue voulait qu'elle confère le pouvoir à l'arbitre de décider en équité et sans formalisme procédural plutôt qu'en droit strict (54). Mais peu importe sa portée exacte, il importe de retenir que la Nouvelle-France ne s'en est jamais départie, dès qu'elle l'eut adoptée (55). Finalement, la période de l'ancien régime français fut marquée par l'existence d'une pratique d'arbitrage, en marge de celle exercée par les seigneurs, plus formaliste tant sur le plan de son déroulement que des engagements qu'elle comportait au niveau contractuel. De faible volume, elle était fondée, selon toute vraisemblance, sur l'ancien droit français alors en vigueur (56).

Si l'influence juridique française avait réussi très tôt à faire son entrée en Nouvelle-France, il reste que sa mesure subséquente apparut passablement diffuse. En effet, après l'Acte de Québec de 1774, les conditions sociales ne favorisèrent plus, comme auparavant, le recours spontané à l'arbitrage. D'une part, le rétablissement du droit français en matière de propriété et de droit civil élimina la raison précise pour laquelle les Canadiens français avaient recouru à l'arbitrage depuis la Conquête. D'autre part, l'instauration récente d'un premier véritable système judiciaire, même calqué sur le modèle anglais, semblait répondre davantage à l'esprit litigieux des habitants (57). Ajoutons que l'état de développement fort limité de la vie des affaires en Nouvelle-France n'aidait en rien l'évolution de l'arbitrage, rapidement considérée en Europe comme le moyen privilégié d'obtenir justice dans ce domaine (58). En somme, le droit français ne disposait que de canaux très étroits pour circuler et, au surplus, parfois impossibles à détecter en raison du caractère confidentiel de l'arbitrage. Et lorsque l'un d'eux venait à se découvrir, par le biais de la publication d'un rapport de jurisprudence, il est frappant de remarquer que le renvoi explicite à des sources étrangères, notamment françaises, s'avérait peu fréquent (59). Quoi qu'il en soit, leur lecture attentive permet de se rendre compte d'une identité sous plusieurs principes juridiques. Pour s'en tenir à quelques illustrations, mentionnons l'affaire *Métivier c. Les Sœurs de Sainte-Croix* (60), où la Cour décida qu'une partie pouvait révoquer en tout temps la nomination de l'amiable compositeur qu'elle

---

(54) La documentation sur l'amiable composition est particulièrement dense. Pour un exposé d'ensemble, v. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit*, Paris, Librairies techniques, 1980.

(55) V., *infra*, p. 613 et 614.

(56) V. les causes rapportées suivantes : *Corbière c. Laverdière*, 1 *R.J.R.Q.* 10 ; *Delorme c. Moufle*, 1 *R.J.R.Q.* 13. Dans les *Édits et Ordonnances*, *supra*, note 38, v. *Cochon c. Gagnon*, vol. 2, 105 ; *Mathieu c. Charron*, vol. 2, 114 ; *Deguire c. Deschaillons*, vol. 3, 168 ; *Re Trampe*, vol. 3, 188.

(57) Sur cette tendance des habitants, v. MUNRO, *supra*, note 35, p. 153 ; également, le rapport du Général MURRAY de 1762, reproduit dans SHORTT et DOUGHTY, *supra*, note 46, pp. 47-53. *Contra* : F. X. CHARLEVOIX, *Histoire et Description générale de la Nouvelle-France*, Paris, 1744, vol. 1, p. 370.

(58) Des motifs tenant à la rapidité du processus et à l'expertise des décideurs expliquent le lien traditionnel établi entre l'arbitrage et les affaires commerciales. V., entre autres, FOURGOUS, *supra*, note 14.

(59) C'est du moins ce qui ressort de nos recherches effectuées dans les jugements rapportés dans les principaux codes de procédure annotés publiés au début des années 1900.

(60) (1875) 7 *R.L.* 388 (C.s.).

avait désigné en l'absence de stipulation quant à la durée de sa mission. Elle se trouvait à reprendre implicitement une règle émise par Couchot, laquelle fut éventuellement retenue dans le Code de procédure civile (61). Encore, dans *Tate c. Janes* (62), la Cour réaffirma une règle connue de l'ancien droit français qui interdisait à l'arbitre de se prononcer sur un différend non visé par la convention d'arbitrage (63). Les méandres de cette parenté entre les systèmes français et québécois allaient être précisés lors de la codification de la procédure civile du Bas-Canada.

### 3) *L'influence du modèle juridique français : de la codification de 1867 jusqu'aux années 1980*

Au terme du processus de codification, un Code de procédure civile entrant en vigueur le 28 juin 1867 (64). Il réservait son titre huitième à l'arbitrage conventionnel, où l'on retrouvait les articles 1341 à 1354 (65). Le dixième *Rapport* des commissaires (66), de même que la version reproduite dans *Les lois de la procédure civile de Doutre* (67), mentionnaient, pour chaque article, les sources dans lesquelles avaient puisé les codificateurs (68). Ainsi, on constate qu'ils renvoyaient parfois exclusivement aux auteurs français Pothier, Couchot, Bornier ou Bonnin (69). C'était le cas

---

(61) Article 1347 : « Pendant les délais du compromis les arbitres ne peuvent être révoqués que du consentement de toutes les parties. Si le délai est indéfini, il est libre à chacune des parties de révoquer le compromis, lorsqu'il lui plaît. » COUCHOT avait posé la règle dans ces termes : « Lorsque le temps pour juger est indéfini, il est libre, quand on veut, de révoquer les arbitres ; mais quand le temps est défini, ils ont le pouvoir, nonobstant la révocation de l'une des parties, de rendre le jugement à la réquisition de l'autre », *Le Praticien universel*, 9<sup>e</sup> éd., t. 1, 1747, p. 90.

(62) 5 R.J.R.Q. 467. A noter que l'arbitrage était intervenu à la suite d'une décision du tribunal, à laquelle les parties avaient consenti.

(63) L'origine de la règle remonte au droit romain : « It is quite true that, as a matter of law, an arbitrator, even though he be an amiable compositor, must act strictly within the limits of his nomination as such (...). That has been a rule of law since the days of the Romans, *abiter nihil extra compromissum facere potest* (Dig. liv. IV, tit. VIII, l. 33, v. 21) and often reaffirmed in our jurisprudence », *Les Commissaires du Havre de Québec c. La Cie du Parc St-Charles*, (1920) 29 B.R. 302, p. 307.

(64) Acte concernant le *Code de procédure civile du Bas Canada*, S. Prov. C. 1866, 29 & 30 Vict., chap. 25.

(65) Lors de la refonte du Code en 1897, ces articles furent renumérotés 1431 à 1444. A part une précision apportée à l'art. 1436 en ce qui concerne l'amiable composition, les grandes lignes du Code de 1867 furent reprises. Ce fut également le cas lors de la refonte de 1965 (art. 940 à 951), mise à part le remplacement de l'article 1431, qui traitait du compromis, par l'article 940 et l'ajout de l'article 951 sur la clause compromissoire.

(66) *Code de procédure civile du Bas Canada*, 10<sup>e</sup> Rapport, Ottawa, 1866, pp. 284-286.

(67) G. DOUTRE, *Les lois de la procédure civile*, vol. 2, Montréal, Eusèbe Sénécal, 1867, pp. 205-206.

(68) En 1983, P. FERLAND publia un inventaire complet des correspondances entre les articles 940 et s. du Code de 1965 et ceux des éditions précédentes du Code ainsi qu'avec les sources françaises, dans *L'arbitrage conventionnel*, Montréal, Thélème, 1983, pp. 103-112.

(69) POTHIER, *Œuvres posthumes*, t. 3, Paris ; Bugnet ; 1861, pp. 109-110 et 121, COUCHOT, *Le Praticien Universel*, t. 1, 9<sup>e</sup> éd., 1747, pp. 88-91, (la référence 1 COUCHOT 30 telle que rapportée au 10<sup>e</sup> Rapport des commissaires et dans DOUTRE, *supra*, note 67, ne correspond à aucune des publications de cet auteur) ; P. BORNIER, *Conférence des nouvelles ordonnances de Louis XIV, roi de France et de Navarre*, t. 1,

pour l'article 1341 qui traitait de façon générale du compromis (70). En d'autres matières, telles la capacité de conclure un compromis (art. 1342) et la forme que doit revêtir ce dernier (art. 1345 : « par écrit »), la référence comprenait à la fois un ou des auteurs français et un article correspondant du Code de procédure civile français de 1806 (71). Enfin, il arrivait, comme pour l'article 1349 traitant de la récusation des arbitres, que le renvoi se limite à signaler un ou plusieurs des articles du Code français (72). Que fallait-il comprendre de tout cela ? Il revient à W. S. Johnson d'avoir présenté le premier exposé doctrinal sur le sens à donner au travail des codificateurs (73). Ramenée sous forme de synthèse, son analyse se compose des éléments suivants. D'abord, le mandat confié aux commissaires ne consistait pas à créer un droit tout nouveau ayant égard à celui existant auparavant. Au contraire, et le fait ressort de leurs commentaires généraux, ils devaient procéder à la codification des règles de l'ancien droit français dont la Nouvelle-France avait hérité à son origine, avec les modifications qu'elles avaient subies ici (74). De façon plus spécifique, quoique laconique, les codificateurs avaient dit des articles sur l'arbitrage qu'ils ne constituaient qu'une reproduction du droit d'autrefois (75). Cette idée de conservation du droit existant avait d'ailleurs pris l'allure d'un principe d'interprétation, puisqu'on l'avait consacrée dans le texte de l'article 1 du Code (76). Johnson appuyait notamment son point de vue

---

Paris, 1727, p. 235 ; P. BONNIN, *Commentaire abrégé de la procédure civile*, Paris, Joubert & Cie, 1845, p. 647.

(70) Article 1341 : « Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent ». Le renvoi était fait à POTHIER et COUCHOT.

(71) Article 1342 : « Il n'y a que ceux qui ont la capacité légale de disposer des objets compris dans le compromis qui puissent s'y soumettre » ; renvoi à COUCHOT et à l'article 1003 du Code de procédure civile français. L'exigence trouve sa source dans l'ancien droit français, et elle n'a pas été remise en cause lors de la codification française de 1806. Elle se fonde sur l'idée que la conclusion d'une convention d'arbitrage équivaut à une renonciation des parties à leur droit fondamental de saisir l'appareil judiciaire étatique d'un litige. Il devient dès lors légitime de restreindre l'accès de l'arbitrage à ceux qui peuvent disposer librement des droits litigieux. Le raisonnement vaut également pour le contrat de transaction (art. 1918 C.c.). V. P.-B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 8, p. 306. Article 1345 : « Le compromis doit être constaté par écrit » ; renvoi à POTHIER et à l'art. 1005 du Code français.

(72) Article 1349 : « Les arbitres ne peuvent être récusés que pour cause survenue ou découverte depuis leur nomination » ; renvoi à l'art. 1014 du Code français.

(73) W. S. JOHNSON, *The Clause Compromissoire : Its Validity in Quebec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945, p. 82 et s.

(74) V., le *Rapport, supra*, note 66, p. VI : « La procédure du Bas Canada (...) de même que nos lois civiles, a été empruntée de plusieurs sources différentes. Pour le fonds, nous avons les anciennes lois françaises, et nommément l'ordonnance de 1667, avec les quelques changements qu'elle a subis ici sous le gouvernement français ».

(75) « Les articles concernant les arbitrages reproduisent les règles de notre droit, et le dernier seul exige quelques observations ». Il s'agissait de l'art. 1354 qui permettait l'appel de la sentence arbitrale seulement lorsque le compromis prévoyait une pénalité, *Rapport, supra*, note 66, p. XXXIV.

(76) Article 1 : « Les lois sur la procédure et les règles de pratique existant lors de la mise en vigueur du présent Code sont abrogées : 1. Dans le cas où ce Code contient quelques dispositions qui a expressément ou implicitement cet effet ; 2. Dans les cas où elles sont contraires à, ou incompatibles avec quelque une des dispositions de ce Code, ou

sur la décision rendue dans *Bourdon c. Cité de Montréal* (77), qui traitait d'une demande de récusation d'arbitres. Dans cette affaire, le tribunal, afin de saisir toute la portée de l'article 1439 C.p.c. (78), avait justement tracé le profil historique de la disposition de façon à remonter jusqu'à l'ancien droit (79). Toutefois, des propos de l'auteur se dégageait également l'idée que sa position de principe comportait une nuance de taille : il demeurerait possible que les codificateurs aient voulu, sur certains points, rompre d'avec l'ancien droit (80). Une illustration probante de cette exception provenait de l'affaire *Cité de Montréal c. Paiement et Pitre* (81). Il s'agissait, en l'espèce, de préciser le régime des voies de recours contre la sentence arbitrale. Après analyse, la Cour en vint à la conclusion que le législateur avait instauré un système différent à la fois de l'ancien et du nouveau droit français (82). En définitive, la leçon à retenir consistait

---

dans les cas où ce Code contient des dispositions expresses sur le sujet particulier de ces lois ou de ces règles ».

(77) (1918) 54 C.S. 193.

(78) Anciennement numéroté 1349 dans le Code de 1866.

(79) Ce profil était basé sur le raisonnement suivant du juge BRUNEAU : « Nos lois sont celles qui nous ont été conservées et garanties par l'Acte de Québec, de 1774, à moins d'avoir été depuis abrogées, expressément ou implicitement. Leur codification n'a pas eu d'autre effet légal. Le principe en est consacré par l'art. 2613 du C. civ. et par l'art. 1<sup>er</sup> du C. proc. Il s'ensuit que lorsque nos Codes sont muets sur un sujet particulier, il faut toujours et nécessairement référer aux règles de l'ancien droit français et non pas à celles du droit moderne. Nous ne devons pas adopter et sanctionner les principes de ce dernier, ni ceux du droit romain, anglais ou américain, dès qu'ils sont contraints à ceux de l'ancien droit français non abrogé, puisque nous adopterions et sanctionnerions des principes contraires à l'esprit même de nos codes. Ainsi, quand il s'agit des règles de procédure, on doit avoir recours à celles de l'Ordonnance de 1667, lorsque le Code de procédure ne décide pas formellement une question, puisque cette ordonnance était le véritable Code de procédure en vigueur en ce pays, en 1774 et en 1857 », *supra*, note 77, p. 202.

(80) *Supra*, note 73, p. 87.

(81) (1919) 55 C.S. 64, confirmé par 28 B.R. 381.

(82) A la base de la décision de la Cour se trouvait le raisonnement suivant : « [A]vant de recourir aux commentateurs, faut-il toujours, d'abord, se demander si notre droit, sur la question soumise, est identique à celui du droit français ancien ou moderne. Prenons, par exemple, le compromis lui-même. Le Code français a 25 articles sur le sujet, le nôtre en a 14. Les articles 1003, 1005, 1006, 1009, 1012 et 1014 du Code français sont les seuls qui correspondent, soit pour le tout, soit en partie, aux art. 1432, 1434, 1435, 1436, 1437, 1438 et 1439 de notre Code. Dans notre procédure, le compromis doit désigner le délai dans lequel la sentence doit être rendue. L'art. 1434 est impératif sur ce point. Or, l'art. 1007 du Code français porte, au contraire, que le compromis sera valable encore qu'il ne fixe pas de délai. Les codificateurs ont pris la peine de citer sous l'art. 1434, cette disposition du Code de procédure civile français comme contraire à celle du nôtre », *ibid.*, p. 73. Sur le plan de la forme, la différenciation provenait du fait que le seul moyen de rendre une sentence arbitrale exécutoire consistait à intenter une action « en la forme ordinaire pour faire condamner la partie à l'exécuter ». (art. 1353, renuméroté 1443 lors de la refonte de 1897). Le droit québécois se trouvait dès lors privilégier une procédure étonnement lourde à côté de l'*exequatur* du droit français. Quant au fond, l'article 1354 (renuméroté 1444 en 1897) ne prévoyait pas l'appel de la sentence arbitrale. Contrairement au droit français, la seule possibilité pour le tribunal de se pencher sur le fond de l'affaire était restreinte à l'existence d'une stipulation de pénalité : son paiement par une partie autorisait le tribunal à « s'enquérir du fond de la contestation ». En vertu du Rapport des codificateurs, cette solution, calquée sur Pothier, fut retenue afin de mettre un terme au flottement jurisprudentiel d'avant la codification, similaire à celui ayant eut cours dans l'ancien droit français. Comme telle, l'unanimité n'avait jamais été atteinte sur la nécessité qu'une pénalité soit stipulée

à admettre que la fidélité de principe du droit québécois de l'arbitrage avec l'ancien droit français depuis son importation en Nouvelle-France avait pu connaître quelques épisodes d'inconstance. Il fallait donc redoubler de prudence lorsqu'un problème d'interprétation ou d'application d'une règle se posait afin d'aller chercher au bon endroit les informations nécessaires au dénouement de l'impasse.

Ainsi, suivant Johnson, dérivait de la codification le principe à l'effet que la source première du régime législatif prévu aux articles 1341 à 1354. C.p.c. provenait de l'ancien droit français. Étant donné la faveur dont avait bénéficié l'arbitrage durant cette période (83), on pourrait penser que le droit québécois puisa là l'inspiration propre à assurer son épanouissement. Or son évolution subséquente à la codification montre plutôt le visage d'une institution qui n'est jamais parvenue à se développer dans toutes ses possibilités. Du reste, l'aval encore récent donné à l'opinion de l'auteur par la doctrine (84) et la jurisprudence (85) ne rend pas compte pleinement de la tournure des événements et de la mesure de l'influence française après 1867. Pour comprendre ce qui s'est passé, il suffit de suivre la trace révélée par le véritable contexte entourant la parution de la thèse de Johnson, celui de la publication d'un genre de manifeste porté à la défense de la validité de la clause compromissoire en droit québécois. Autrement dit, c'est en retraçant le fil du débat autour de cette question que sera le mieux reflétée l'allure de la situation entre la codification et la réforme du droit québécois de 1986.

La clause compromissoire se définit comme une entente en vertu de laquelle des parties décident de recourir à l'arbitrage relativement aux différends éventuels qui pourraient naître de ce rapport juridique (86). Elle possède une variante contractuelle : le compromis (87). En soi, le

---

dans le compromis pour qu'une partie puisse en appeler de la sentence. V., notamment, *Tremblay c. Tremblay*, 4 R.J.R.Q. 38 ; FOURGOUS, *supra*, note 14, p. 162 et s.

(83) *Supra*, p. 581.

(84) J. E. C. BRIERLEY, « Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987) 47 *R. du B.*, 259, p. 263 ; FERLAND, *supra*, note 68, p. 28.

(85) *Corporation municipale du Village de St-Bernard c. Trottoirs et chaînes Pilote inc.*, (1983) R.D.J. 583 (C.A.), pp. 590-592 ; *Sport Maska c. Zitrer*, (1988) 1 R.C.S. 564. Dans cette affaire, la Cour suprême devait décider si l'on pouvait qualifier d'arbitrage l'opération qui consiste à confier à un tiers le soin de perfectionner ou de réviser un contrat. Elle refusa d'aller dans ce sens, optant pour une conception de l'arbitrage analogue à la position traditionnelle du droit français sur la question (v. H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, p. 5 et s.). Selon cette dernière, la mission de l'arbitre s'avère essentiellement juridictionnelle. La technique de révision ou de perfection lui est donc étrangère dans la mesure où elle procède d'un acte « législatif ». Sur la détermination de l'intention des parties en l'espèce, M<sup>me</sup> le Juge L'HEUREUX-DUBÉ déclara, page 603 du jugement : « Cette intention pourra s'inférer des critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence tant au Québec qu'en France, les sources de notre droit étant identiquement tributaires de l'ancien droit français et l'évolution de nos dispositions en la matière ayant suivi la même démarche ».

(86) Il est indifférent que la clause compromissoire soit matériellement incluse dans un contrat sous forme d'une stipulation ou qu'elle se présente dans un document séparé, v. la définition de l'art. 1926.1 C.c. V., pour les développements récents, *infra*, pp. 602 et 607.

(87) Le propre du compromis est de sceller la volonté des parties de recourir à l'arbitrage relativement à un différend né et actuel.

rôle de la clause ne consiste pas à tout prévoir quant au déroulement de l'arbitrage, mais simplement d'indiquer les quelques éléments de base requis pour sa mise en branle (88). Dans la mesure où elle se présente sous forme d'un accord de volontés, il apparaîtrait normal qu'elle bénéficie de l'effet propre au principe général de la force obligatoire des contrats (89). Ainsi, le défaut d'une partie de collaborer à la mise en œuvre de l'arbitrage du moment qu'un litige survient devrait être sanctionné par des moyens efficaces d'exécution forcée. Tel ne fut pas le cas pendant la majeure partie de la période allant de la codification de 1867 jusqu'à la réforme de 1986. Empruntant une direction différente de celle suggérée par W. S. Johnson, la jurisprudence québécoise dénia tout caractère obligatoire à la clause. En d'autres termes, elle ne la reconnaissait pas sur le plan juridique. Cette attitude reposait essentiellement sur deux fondements. Le premier, d'ordre littéral, trouvait sa justification dans un recours direct au droit français. A lui seul, il en disait déjà beaucoup sur le sentiment qu'entretenaient les tribunaux à l'égard de l'arbitrage. Mais c'est le second qui démontra encore plus clairement que l'on avait affaire finalement à une mentalité judiciaire réfractaire à l'institution.

L'argumentation qui sous-tendait le premier de ces motifs tenait à ces quelques considérations. La clause compromissoire, par définition, ne peut voir son contenu englober l'ensemble des mentions énumérées à l'article 1344 relatif au compromis (90). Comment, par exemple, désigner « les objets en litige » alors que l'essence même de la clause est de prendre forme alors que ce litige n'existe pas encore ? Or le compromis constitue la seule forme valable de convention d'arbitrage sur le plan juridique. La réglementation du Code de procédure civile, à sa face même, n'en admet aucune autre (91). Mais ne pourrait-on pas aller au-delà des textes afin de valider la clause en tant que contrat innommé ? Les tribunaux ne possèdent pas le pouvoir d'aller en ce sens : le caractère dérogatoire au droit commun de l'institution les cantonne au Code qui ne parle que du compromis (92). Seule une disposition législative univoque pourrait entraîner un changement à ce propos (93).

---

(88) Pour plus de détails sur l'état actuel du droit, v. J.E.C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne » (1987) *C.P. du N.* 521, n<sup>os</sup> 86 et s.

(89) J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1989, p. 236 et s., n<sup>os</sup> 348 et s.

(90) Art. 1344 : « L'acte de compromis extra-judiciaire doit désigner les noms et qualités des parties et des arbitres, les objets en litige et le temps dans lequel la sentence arbitrale doit être rendue ».

(91) *V. McKay c. Mackedie*, 11 (1897) C.S. 513 ; *Prowse c. Lanier*, 10 *R. de J.* 226 ; *The Robertson Asbestos Mining Co. c. Houle*, 21 (1912) B.R. 1976 ; *Archambault c. Saurette*, 36 *R. de J.*, 84 ; *Chamberland c. Corp. du Village de Mont-Joli*, 74 (1936) C.S. 529 ; *Vinette Construction Itée c. Dobrinsky*, (1962) B.R. 62.

(92) *V. Lefebvre c. McKinnon*, 23 (1914) B.R. 555 ; *Pelletier c. Duchaine*, 71 (1933) C.S. 216 ; *Montreal Kitchen Supply Co. c. Suburban Entreprises Inc.*, (1956) C.S. 1 ; *Limoges c. Limoges*, 60 (1957) R.P. 178.

(93) V. les opinions en ce sens de J.-J. BEAUCHAMP, « Clause compromissoire et condition préalable », 12 (1906) *R.L.N.S.* 429, p. 431 et s. ; C. PERRAULT, « Clause compromissoire et arbitrage », 5 (1945) *B.R.* 75, p. 76.

Plus que similaire à la tradition française postcodification, ce raisonnement lui avait été directement emprunté (94). Pourtant, il repoussait une interprétation favorable qu'on aurait pu tirer des textes du Code. Entre autres, l'article 1341 laissait penser que des parties pouvaient conclure un compromis à l'égard d'un litige éventuel (95). De son côté, l'article 1344 n'envisageait pas expressément la nullité du compromis dans le cas où il n'incluait pas toutes les mentions prescrites, contrairement au droit français (96). On aurait pu, de cette façon, arguer que la clause compromissoire était sous-entendue dans la définition du compromis et que son contenu minimal usuel (un simple engagement de s'en remettre à l'arbitrage) s'avérait suffisant si telle avait été la volonté des parties.

Les tribunaux ne virent là que des dissemblances sans conséquence (97). Pour eux, les textes pertinents dans les deux droits s'avéraient identiques (98). Ils s'autorisèrent de cette unité, par ailleurs, pour suivre l'évolution qu'avait connue le droit français à la suite de la codification de 1806 et dont le résultat s'était soldé par la nullité de la clause compromissoire (99). Ainsi rejetaient-ils l'argument d'ordre historique soutenu par Johnson et Ferland (100) pour qui le silence du Code québécois sur la clause compromissoire traduisait l'intention du législateur de s'en remettre au droit en vigueur au moment de la codification de 1867. A leur avis, ce dernier n'avait d'aucune manière modifié les règles de l'ancien droit français importé aux débuts de la colonie, lequel ne mettait pas en doute la validité de la clause.

En fait, l'abandon de la logique juridique basée sur l'histoire reflétait un état d'esprit défavorable à l'arbitrage de la part des tribunaux. La jurisprudence du début des années 1960 l'atteste éloquemment. A ce moment, les tribunaux ajoutèrent un autre motif à celui avancé auparavant, ayant au moins le mérite d'exprimer plus fidèlement leur sentiment d'hostilité (101) : la contrariété de la clause compromissoire face à l'ordre public. Tel fut le considérant d'un arrêt de la Cour d'appel rendu dans l'affaire *Vinette Construction Ltée c. Dame Dobrinsky et al.* (102). Peu de temps après, la Cour suprême entérinait ce point de vue dans l'affaire *National*

---

(94) V. les chapitres VI et VII de JOHNSON, *supra*, note 73.

(95) Art. 1341 : « Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent » (nos italiques).

(96) Art. 1007 du Code français de 1806.

(97) V. *Prowse c. Lanier*, 10 *R. de J.* 226.

(98) V. *Quinlan c. Redmond*, 39 (1911) C.S. 145, p. 147.

(99) V. *The Shedden Forwarding Co. c. G.T.R. Co. of Canada*, 15 (1914) R.P. 229, p. 233.

(100) JOHNSON, *supra*, note 73, p. 82 et s. ; FERLAND, *supra*, note 68, p. 109 et s. Ils reçurent cependant l'appui du juge OWEN, dissident, dans l'affaire *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, *supra*, note 91.

(101) Ce sentiment ressort clairement des remarques du juge SURVEYER : « (...) 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 », E. F. SURVEYER, « Réformes proposées au Code de procédure civile », (1924) *R. de D.*, 351, p. 352.

(102) *Supra*, note 91.

*Gypsum Co c. Northern Sales Ltd* (103), en dépit de sa connaissance avouée de l'intérêt que représentait la validation de la clause sur le plan du droit international privé des affaires (104). Essentiellement, les tribunaux craignaient que d'admettre la validité de la clause ne soit le présage d'une utilisation abusive de celle-ci (105). De plus, il leur apparaissait incongru qu'une partie puisse donner un consentement valable à une telle entente, alors qu'elle ne connaît pas encore la nature du litige qui pourrait l'opposer à son cocontractant (106). Reste que le malaise ne pouvait se dissiper de voir la jurisprudence afficher autant de rigidité à l'égard de cette sorte de convention, valable dans le droit des autres provinces canadiennes (107). Le Québec vivait alors sa Révolution tranquille et on se rendait compte, dans divers milieux, que la clause compromissaire pouvait jouer un rôle important lié à l'accroissement de l'activité économique. Cette préoccupation ressort nettement des commentaires tenus par les commissaires chargés de la rédaction du nouveau Code de procédure civile québécois (108). Le législateur endossa en quelque sorte leur opinion, par le biais de l'article 951 qui prévoyait simplement que la clause compromissaire devait « être constatée par écrit ». On fit reproche au texte de l'article de ne pas avoir su, à l'instar de la loi française de 1925, autoriser sans conteste le principe de la clause. Mais la jurisprudence n'eut d'autre choix que de se rendre à l'évidence : on ne pouvait prétendre, sans commettre d'illogisme, que le législateur ait pu réglementer la forme et les effets d'une convention sans en admettre la validité (109). Quelques années plus tard, la

---

(103) (1964) R.C.S. 144.

(104) Page 151, le juge FAUTEUX s'exprime ainsi : « Desirable as it may be in private international law, with respect to commercial matters, the Quebec legislature has not yet seen fit to make any enactment substantially similar to the one made in France to le Code du Commerce. And so far as it has expressed any policy in the matter, the legislature does not appear to favour the validity of such clause, as shown by the reasons for judgement of *St-Jacques J. in Gordon and Goth Australia v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd*. After anxious consideration, I have formed the opinion that the *Vinette* case, expresses the law of the Province in the matter and the arbitration clause pre-cited must, therefore, be held invalid as being against public policy. », *ibid.*

(105) V. les remarques du juge CASEY, dans *Vinette*, *supra*, note 91, p. 69.

(106) V. *Peter c. Les Commissaires du Havre de Québec*, 15 (1889) Q.L.R. 277, p. 284 ; PERREAULT, *supra*, note 93, p. 76.

(107) V. R. H. MACLAREN et E. E. PALMER, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell, 1982, p. 17 et s.

(108) « Les commissaires ont pensé devoir compléter et rajeunir les dispositions actuelles du Code de procédure relativement à l'arbitrage, à cause de l'importance de plus en plus grande que prend dans le droit actuel ce mode de solution des litiges, importance qui est de même susceptible d'augmenter avec l'essor de l'économie, surtout si la clause compromissaire est reconnue. La validité de cette clause, il est vrai, soulève un problème — qui n'est pas de procédure, mais de droit substantif, et qu'il appartient au législateur ou aux juges de trancher — mais les Commissaires ont jugé bon de prévoir le jour où elle serait certaine ».

(109) Le juge GAGNON écrit, pp. 986-988, du jugement rendu dans *Ville de Granby c. Désourdy Constructions Itée*, (1973) C.A. : « Le législateur français avait fait exception par une loi du 31 décembre 1925 à la règle posée par la Cour de cassation de la nullité de la clause compromissaire. Il avait amendé l'article 631 du Code du commerce qui fixait la compétence des tribunaux de commerce, en y ajoutant le texte suivant : « Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viennent à se produire.

Cour suprême confirmait ce nouveau courant jurisprudentiel dans l'affaire *Zodiac International Productions Inc. c. The Polish People Republic* (110). Sa décision était à prévoir compte tenu de l'évolution assurée de la jurisprudence récente (111) et du mouvement doctrinal considérable qui s'était développé à la suite de l'adoption du nouveau Code de procédure en faveur de la validité de la clause (112).

La vigueur et l'éclat de ce changement marquaient en même temps le retard accumulé par le Québec sur la France. Là-bas, les réformes de 1980-1981, qui avaient retenu nombre des innovations réalisées en jurisprudence durant les années précédentes, appartenaient déjà au passé. Ici, l'arbitrage se débarrassait à peine d'un mal, l'invalidation de la clause compromissoire, incarnation d'une longue phase de négativisme juridique entretenu à son endroit. Qu'en est-il des suites de ce revirement ? Avant d'y venir, il convient d'émettre quelques commentaires en guise de conclusion.

Ce regard, orienté vers une perspective historique, révèle, pour ainsi dire, une influence française sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel successivement heureuse et malheureuse. Premièrement, elle contribua à la création d'une justice populaire, nécessaire en raison de l'absence d'un système judiciaire structuré. Elle se fit également sentir à l'avantage de l'arbitrage lorsque la justice étatique n'arrivait plus à satisfaire les exigences de la population. Deuxièmement, empruntant la voie du droit d'après la codification française de 1806, différent de celle indiquée par les origines du droit québécois — le droit français d'avant la codification —, elle servit à placer ce dernier dans une situation sans une vraie issue d'épanouissement. L'expression la plus sensible de cette influence et de son résultat se matérialisa dans le désaveu exprimé à l'égard de la clause compromissoire. Le tout se comprend à la lumière de l'expérience étrangère : une relation de cause à effet existe entre la légalisation de la clause et l'augmentation des différends réglés par l'arbitrage. La nature humaine

---

Sans doute notre Législature aurait-elle été bien inspirée d'employer des termes aussi clairs, mais je suis tout de même d'avis que son intention d'autoriser la clause compromissoire, qu'elle soit complète ou simplement préjudicielle, s'infère du contexte jurisprudentiel sur lequel elle a agi, comme du texte de l'article 951 C.P. et de la place qu'il occupe dans le nouveau Code. » V. également, *Syndicat de Normandin Lumber Ltd c. Le Navire « Angelic Power »*, (1971) C.F. 263, p. 268.

(110) (1983) 1 R.C.S. 529.

(111) Aux décisions mentionnées, note 109, on peut ajouter celles-ci : *Société québécoise d'exploitation minière c. Hébert*, [1974] C.A. 78 ; *Liman c. K.L.M. Royal Dutch Airlines*, [1974] C.A. 505 ; *Commission scolaire régionale des Bois Francs c. J. H. Dupuis ltée*, [1975] C.A. 759 ; *Heyman c. Lafferty, Harwood & Co.*, [1979] C.A. 231.

(112) J. E. C. BRIERLEY, « Aspects of the Promise to Arbitrage in the Law of Québec », (1970) 30 *R. du B.*, 473 ; E. COLAS, « Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau », (1968) 28 *R. du B.*, 129 ; P. FERLAND, « La controverse au sujet de la validité de la promesse d'arbitrage, appelée la clause compromissoire », (1973) 33 *R. du B.*, 136 ; P. FERLAND, « L'arbitrage sans action en justice dans la province de Québec », (1971) 31 *R. du B.*, 69 ; L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, « Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec », (1968) 3 *R.J.T.* 143 ; W. S. TYNDALE, « Notes on the New Code of Civil Procedure », (1966) 36 *R. du B.* 345 ; J. E. C. BRIERLEY, « La validité de la clause compromissoire demeure-t-elle incertaine en droit québécois ? », (1975) *Rev. arb.* 154 ; W. SAREIKA, « Chronique », (1977) 37 *R. du B.* 244.

veut qu'il soit plus facile, dans l'état actuel des choses, de s'entendre entre parties sur le recours à une méthode de règlement au stade de la formation des droits et obligations (et donc d'insérer une clause compromissoire dans un contrat) plutôt qu'à la naissance des litiges qui peuvent en découler. A ce moment, le changement de circonstances laisse moins de place à la bonne entente sur le sujet.

Par ailleurs, il faudrait se garder de voir dans le recours au droit français l'unique explication de la montée comme de la descente de la pratique de l'arbitrage. Dans ce dernier cas (113), ce serait négliger le rôle joué par d'autres facteurs (114). D'abord, le droit anglais a également participé, dans une certaine mesure, à la levée d'obstacles juridiques. En effet, il est aisé de reconnaître à travers la jurisprudence québécoise, cette attitude propre aux tribunaux anglais de considérer sous un angle restrictif tout octroi de compétence, réalisé par le biais d'un contrat ou d'une loi, à diverses instances juridictionnelles. Notre système judiciaire, d'inspiration anglaise, a adopté une approche similaire qui s'est traduite par une interprétation stricte des conventions d'arbitrage (115). A la longue, la conjugaison des influences française et anglaise concourra à la sclérose de l'arbitrage et à la formation d'une attitude très réservée des justiciables à son endroit, qui en vinrent à s'en remettre de façon quasi systématique aux tribunaux de droit commun. Enfin, il importe de signaler que l'environnement économique n'avait pas été, jusqu'à tout récemment, propice à l'accroissement de la pratique arbitrale. A l'intérieur, la petitesse du volume de l'activité économique, sa concentration dans le secteur primaire et son appartenance étrangère n'avaient rien des conditions propres à encourager le recours à l'arbitrage. Sur le plan international, le Québec n'avait entretenu qu'un nombre très limité de liens d'affaires avec d'autres pays et la mobilité de sa population s'avérait assez restreinte. Une seule exception figurait à ce chapitre, celle des États-Unis. Or, dans ce cas, on se trouvait en terrain connu. Cette relation étroite permettait aux intéressés de s'accommoder de l'absence de juridiction internationale de droit privé et de l'inadéquation des régimes respectifs de droit interne aux réalités du commerce internatio-

---

(113) Pour ce qui est de la montée de l'arbitrage v., *supra*, pp. 584-588.

(114) Nous nous en tenons ici aux facteurs expliquant la descente de l'arbitrage à compter de la codification de 1866. Les comptes rendus les plus substantiels à ce sujet sont ceux de J. E. C. BRIERLEY, « Overview of International Commercial Arbitration in Quebec and in the Canadian Common Law Provinces », dans *Actes du 1<sup>er</sup> Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, 273 et *supra*, note 35, pp. 89-98 ; ainsi que M. LALONDE, « The New Environment for Commercial Arbitration in Canada », (1987) 1 *Rev. Int'l Bus. Law* 31, également publié à (1989) *Rassegna dell'Arbitrato* 13.

(115) Pour une analyse du droit de l'arbitrage dans les pays de Common Law, v. DAVID, *supra*, note 2, p. 148 et s. Pour des exemples d'interprétation restrictive, v. *Couplan Inc. c. C.E.U.M.I.-chimie*, (1979) C.A. 234 et *Développements industriels et commerciaux de Montréal inc. c. Banque Toronto Dominion*, C.S. Montréal 500-05-003762-844, 16 mai 1984 (J.E. 84-514). C'est sans compter les renvois directs au droit anglais observables à l'occasion dans la jurisprudence québécoise ; pour un exemple récent, v. *Sport Maska c. Zittner*, *supra*, note 85.

nal (116), phénomènes liés de près à l'essor de l'arbitrage ailleurs dans le monde (117).

Ainsi délaissé, l'arbitrage conventionnel se trouvait dans un état de stagnation. La solution à l'immobilisme de l'institution résidait dans l'émergence de conditions nouvelles. Mais allaient-elles se faire jour ? De fait, l'intensification et la diversification de l'activité économique aux niveaux national et international et la remise en cause de l'idée voulant que l'ensemble du règlement des conflits se réduise à la voie de l'adjudication judiciaire devinrent réalités (118). Du même coup, ils mettaient en relief le caractère archaïque du droit québécois. Tellement que, devant la nécessité de procéder promptement aux ajustements requis, une seule issue paraissait possible, celle d'une réforme législative. Jusqu'à quel point s'inspirerait-elle du droit français ? Quelle place lui réserverait-il pour l'avenir ? Ce sont là les interrogations qui font s'ouvrir à nos yeux la perspective moderne, seconde partie de l'étude.

### B. — *Perspective moderne*

Après avoir rappelé les circonstances entourant les réformes intervenues en France et au Québec durant les années 1980, nous tenterons de voir comment se présente l'avenir de la tradition française en tant que source d'influence sur le droit québécois.

#### 1) *Les réformes des droits français et québécois de l'arbitrage*

La réforme du droit français de l'arbitrage s'accomplit en deux étapes. La première, réalisée par le décret du 14 mai 1980, réglementait uniquement l'arbitrage interne (119). Le législateur avait estimé que sa contrepartie internationale devait continuer à relever de la jurisprudence et des conventions internationales ratifiées par la France, comme la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après, Convention de New York ou Convention) (120). La différence

---

(116) V. les commentaires de R. K. PATERSON et B. J. THOMPSON, dans *Uncitral Model Law in Canada. Canadian International Commercial Arbitration Legislation*, Toronto, Carswell, 1987, p. VII.

(117) Pour des exposés succincts de ces considérations, v. C. A. ESPLUGUES, « National Intervention in International Commercial Arbitration », (1988) 19 *R.G.D.* 81, pp. 81-82 et L. MARQUIS, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 *R. D. McGill*, 448 pp. 450-454.

(118) V. A. de MESTRAL, « Commentaires », dans *Actes du 1<sup>er</sup> colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1985, p. 34 ; M. LALONDE, « The New Environment for Commercial Arbitration in Canada », (1987) 1 *Rev. of Int'l Bus. Law* 31, p. 32 ; R. K. PATERSON, et B. J. THOMPSON, *supra*, note 116, p. VII.

(119) G. CORNU, « Présentation de la réforme », (1980) *Rev. arb.* 583 ; P. FOUCHARD, « Le nouveau droit français de l'arbitrage », (1982) *Rev. belge dr. int. et dr. comp.* 29 et « L'arbitrage commercial et le législateur », dans *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à R. ROBLOT*, L.G.D.J. 1984, p. 67 ; P. GODÉ, (1980) *Rev. trim. dr. civ.*, 833 ; J. ROBERT, « La législation nouvelle sur l'arbitrage », 190 *D.S.*, 189 ; J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 1983 ; M. de BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, Gide, Loyrette, Nouel, Juridict. Joly, 1990.

(120) On en trouve le texte à (1959) 130, *R.T.N.U.*, n° 4739.

de traitement se révéla rapidement regrettée. On craignait que n'émanent du nouveau texte certaines conceptions mal adaptées à la spécificité de l'arbitrage international. En outre, pensait-on qu'« écrire » ou « codifier » ce droit contribuerait à le simplifier et à le rendre plus accessible. L'appel à la poursuite du travail entrepris fut entendu : le 12 mai 1981, un second décret répondait aux critiques formulées dans l'intervalle (121).

La réforme des droits interne et international reçut un accueil très positif. Dans chaque cas, la formation du nouveau cadre juridique de l'arbitrage emprunta largement à l'esprit et à la lettre des principes dégagés par la jurisprudence antérieure (122). Ce maintien d'une continuité significative entre le passé et l'avenir s'avérait opportun dans la mesure où il visait à préserver des acquis et non des éléments défavorables ou hostiles à l'arbitrage.

D'un autre côté, la tâche des réformistes québécois se présentait fort différemment. Contrairement à celle de leurs homologues français, elle consistait à transformer la conception maintenue traditionnellement par le législateur et les tribunaux. Pour autant que cela soit un objectif à poursuivre et qu'on s'en tienne à une évaluation sur le plan législatif uniquement, on peut affirmer sans ambages qu'il fut atteint par suite de l'entrée en vigueur, le 11 novembre 1986, de la Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage (123). Sans discordance, de nombreuses voix reconnurent que le Québec se trouvait ainsi doté d'une loi dont le modernisme laissait poindre des lendemains meilleurs que jamais pour l'arbitrage (124).

Il va sans dire que ce renversement n'avait pu se produire en l'absence d'un recours à une quelconque influence extérieure. En effet, l'état de sous-développement du droit québécois de l'arbitrage ne laissait guère de choix aux responsables de la réforme que de regarder à l'étranger s'ils

---

(121) P. FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », (1982) *J.D.I.* 374 ; « Le nouveau droit français de l'arbitrage », *supra*, note 119 ; « Spécificité de l'arbitrage international », (1981), *Rev. arb.*, 49 ; « L'arbitrage commercial et le législateur », *supra*, note 119 ; J. ROBERT, « L'arbitrage en matière internationale », (1981) *D.S.*, 209 ; J. ROBERT et B. MOREAU, *supra*, note 119 ; M. de BOISSÉSON, *supra*, note 119 ; R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *supra*, note 2. Les dispositions des deux décrets furent insérées comme suit dans le nouveau Code de procédure civile : arbitrage interne, art. 1442 à 1491 ; arbitrage international, art. 1492 à 1497 ; reconnaissance, exécution forcée et voies de recours à l'égard des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière internationale, art. 1498 à 1507.

(122) J. ROBERT, *supra*, note 119, pp. XI-XVI.

(123) L. Q. 1986, c. 73. Ces dispositions furent intégrées aux art. 1926.1 à 1926.6 C.c.B.C. (renumérotés 2638 à 2643 dans le C.c.Q) et aux art. 940 à 951.2 C.p.c.

(124) N. ANTAKI, « L'arbitrage commercial : concept et définitions », (1987) *C.P. du N.* 491 ; J. E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88 et « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage », *supra*, note 84 ; A. DORAIS, « L'arbitrage commercial - Développements législatifs », (1987) 47 *R. du B.* 273 ; M. LALONDE, *supra*, note 118 ; L. MARQUIS, « Arbitrage de droit nouveau et transactions commerciales : un regard sur les impressions dégagées par les premières esquisses jurisprudentielles », dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1991, 65.

voulaient vraiment procurer une « nouvelle légitimité » (125) à l'institution. Vers quel horizon se tournèrent-ils ? Celui, perceptible depuis longtemps, du droit français, qui venait à peine d'être renouvelé ? C'est probablement le résultat auquel aurait abouti une démarche plutôt instinctive, basée sur une accoutumance au système juridique de la France. Mais le cours des choses se déroula autrement, et l'on vit le regard des réformistes se diriger à deux endroits : premièrement, vers le fruit de travaux entrepris par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après, la C.N.U.D.C.I.) qui culminèrent dans l'adoption de la Loi type sur l'arbitrage commercial international (126) (ci-après, la Loi type

---

(125) L'expression est de J. E. C. BRIERLEY, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage », *supra*, note 84, p. 260.

(126) L'idée d'élaborer une loi modèle sur l'arbitrage fut lancée en 1972. Cependant, il a fallu attendre l'année 1979 pour que la mise en branle de l'affaire devienne réalité. A partir d'un avant-projet réalisé par la C.N.U.D.C.I., le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de cette même Commission se vit confier la mission de préparer un projet de loi type. Ce dernier, soumis à la Commission en mars 1984, fit l'objet d'une vaste consultation auprès des États et des organisations internationales intéressés et d'un examen serré lors d'une réunion intérimaire de l'International Council for Commercial Arbitration, tenue à Lausanne en mai 1984. Les impressions recueillies servirent de toile de fond lors de la 18<sup>e</sup> session de la C.N.U.D.C.I., qui l'adopta officiellement quelques jours plus tard, soit le 21 juin 1985 (Loi type sur l'arbitrage commercial international, 21 juin 1985, dans « Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) sur les travaux de sa 18<sup>e</sup> session », Doc. off. A.G.N.U., 40<sup>e</sup> sess., supp., n<sup>o</sup> 17, Doc. N.U.A./40/17, p. 18, *Gazette du Canada*, vol. 120, n<sup>o</sup> 40, 4 oct. 1986, Suppl.). Finalement, le 11 déc. 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies recommandait aux États membres, par le biais d'une résolution, de considérer la loi type s'ils venaient à légiférer dans ce domaine. Ce désir de l'Assemblée générale découlait, au fond, de son intention de voir se résorber les principaux obstacles à la satisfaction des besoins existants de l'arbitrage commercial international. Parmi ces difficultés figurait le manque de liberté consentie aux parties, suivant les divers droits nationaux, dans la détermination de différents aspects relatifs à un arbitrage, telles la nomination des arbitres, les normes applicables au fond du différend, etc. Aussi, la variété des règles de droit en vigueur un peu partout dans le monde rendait souvent laborieuse toute tentative d'obtenir un constat clair et précis de la situation juridique de parties impliquées dans un processus d'arbitrage. Enfin, à ce facteur d'incertitude s'ajoutait l'inadéquation de nombreuses législations nationales, d'abord conçues pour l'arbitrage interne, aux particularités que revêt ce mode de règlement sur le plan international. Plusieurs objectifs furent définis afin de pallier ces inconvénients. Ils furent en grande partie atteints. L'un d'eux, associé à la raison d'être de la C.N.U.D.C.I., visait l'harmonisation des systèmes juridiques. L'opération prit la forme d'une conciliation entre les conceptions parfois opposées des pays et des organisations internationales sur diverses facettes de l'arbitrage (V. É. P. MENDES, « Canada : A New Forum to develop the Cultural Psychology of International Commercial Arbitration », (1986-1987) *J.Int'l Arb.* 71, p. 86). Cependant, malgré les silences de la Loi type sur certaines questions et les quelques reculs enregistrés par rapport aux tendances prédominantes alors observées (S. JARVIN, « La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », (1986) *Rev. arb.* 509), le modèle d'harmonisation proposé s'est avéré satisfaisant au regard des solutions avancées pour atteindre les autres buts fixés au départ par la Commission. Ceux-ci consistaient premièrement à placer le texte de la Loi type dans l'axe du principe de l'autonomie de volonté : les parties devaient disposer d'un droit de préséance dans la détermination des règles gouvernant le déroulement de l'arbitrage. Deuxièmement, il fallait éviter les situations de vide juridique créées par suite de possibles silences de la part des parties sur leurs véritables intentions. C'est pourquoi on fit en sorte, dans de telles circonstances, de confier aux arbitres un pouvoir discrétionnaire ou, tout simplement, de prévoir une norme de nature supplétive. Troisièmement, il s'agissait d'encadrer la liberté consentie aux parties et aux arbitres des quelques balises considérées comme fondamentales à un processus d'arbitrage

ou L.t.), et, deuxièmement, vers la Convention de New York (127). Le recours à ces instruments comme sources d'inspiration immédiate pour le législateur québécois allait modifier le portrait d'ensemble des liens unissant le système juridique du Québec au droit étranger, tout spécialement vis-à-vis du droit français. Dorénavant, l'influence en provenance d'au-delà des frontières circulerait par de nouveaux canaux, dont les plus importants conduiraient à la Loi type et à la Convention de New York, sans toutefois que ne soit bloqué complètement l'accès au droit français. Mais, avant de traiter spécifiquement de cette question, il convient d'exposer brièvement les résultats concrets de l'intégration de ces textes dans le droit québécois.

Le législateur québécois n'a pas repris mot pour mot l'ensemble de la Loi type et de la Convention de New York. Il n'a pas, par exemple, limité le domaine d'application des dispositions nouvelles du Code civil et du Code de procédure civile à une sorte précise d'arbitrage. Par opposition, l'article 1.3 L.t. mentionne que la Loi type ne régit que l'arbitrage commercial international. De même, les règles relatives à la conduite de la procédure arbitrale diffèrent légèrement : pour s'en tenir à une illustration, le

---

juste et équitable tout en ayant le souci de faire de ce dernier un moyen efficace de régler des différends. Enfin, la Commission voulait tirer profit de l'expérience passée ainsi que des pratiques et coutumes pour proposer des règles aisées à comprendre sur, entre autres points, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (P. FOUCHARD, « Arbitrage commercial international. Sources. », *Jurisclasseur de droit international privé*, Fasc. 585-2, Paris, Éd. Techniques, mise à jour 1990, n° 113-176). A titre de pistes de lecture, v. J. J. DORE, *Arbitration and Conciliation under the Uncitral Rules : A Textual Analysis*, Boston, Martinus Nijhoff, 1986 ; H. M. HOLTZMANN, J. E. NEUHAUS, *A guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989 ; P. FOUCHARD, « La loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », (1987) 4 *J.D.I.* 861 et « Arbitrage commercial international. Notion », *Jurisclasseur de droit international privé*, Fasc. 585-1, Paris, Éd. Techniques, mise à jour 1989 ; G. HERRMANN, « The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration — Its Salient Features and Prospects » dans *Actes du 1<sup>er</sup> colloque*, *supra*, note 118, p. 351.

(127) Celle-ci trouve son origine dans un projet de Convention préliminaire soumis par la Chambre de Commerce International au Conseil Économique et Social de l'O.N.U., qui connût son aboutissement le 10 juin 1958 par l'officialisation du document. Destinée à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à travers le monde, elle est animée par trois grands principes : le juge de l'*exequatur* ne possède pas le pouvoir de réviser le fond de la décision de l'arbitre ; il n'est pas nécessaire qu'une sentence arbitrale reçoive confirmation d'un tribunal compétent du lieu de sa prononciation pour être reconnue en vertu de la Convention ; et le fardeau de la preuve d'un motif d'opposition à l'exécution et la reconnaissance d'une sentence appartient au requérant. A en juger par le nombre de pays qui ont adhéré à la Convention, il est possible de parler de mission accomplie. En mars 1991, elle était en vigueur dans 85 États : v., pour plus de détails, A. PRUJINER, *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1992, p. 395 et s. Au Canada, la Convention est entrée en vigueur le 10 août 1986 par le biais de la Loi de mise en œuvre de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, S.C. 1986, c. 21. Pour une analyse approfondie, v. J. ROBERT, « La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *Dalloz*, 1958, Chronique XXXII ; P. SANDERS, « Vingt années de la Convention de New York de 1958 » (1979) ; *Droit et pratique du commerce international*, 359 ; J. A. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention 1958*, thèse, Rotterdam, Kluwer, 1981.

début de celle-ci ne requiert, dans un cas (128), qu'un simple envoi d'une demande de soumission à l'arbitrage tandis que dans l'autre (129), la demande en question doit préciser l'objet du différend. Toutefois, pour l'essentiel, la loi québécoise se révèle profondément imprégnée des principes directeurs de la Loi type et de la Convention de New York (130). Elle se répartit dans les articles 1926.1 à 1926.6 C.c. et 940 à 947.2 C.p.c. qui forment un régime législatif complet, inspiré de la loi modèle et applicable à l'arbitrage interne et international, et dans les articles 948 à 951 C.p.c., placés dans un titre distinct intitulé « De la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec » et basé sur la Convention. Cette influence incontestable se manifesta par une série de changements apportés au droit québécois d'avant 1986 et qu'il est possible d'aligner sous trois fils conducteurs : reconnaissance accrue des dimensions contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage, collaboration plus étendue entre les juridictions arbitrale et étatique, et simplification du système de reconnaissance et d'exécution des sentences. En ce qui concerne le fondement conventionnel de l'arbitrage, le fait saillant de la réforme vint de l'insertion de la convention d'arbitrage dans la catégorie des contrats nommés du Code civil (art. 1926.1 à 1926.6). Partie intégrante du « droit commun », elle sortait, de cette façon, de la sphère des matières d'exception où le droit antérieur l'avait cantonnée et imposait à l'interprète une lecture modifiée, c'est-à-dire large et libérale, de son contenu. Constituant l'expression, sur le plan contractuel, d'une intention commune de s'en remettre à un mode privé de règlement pour la solution de différends nés ou éventuels, elle constituait la pierre angulaire d'une réglementation conforme à la pensée autonomiste sous-jacente à la Loi type. En outre du principe voulant qu'une convention d'arbitrage incluse dans un autre contrat soit tenue pour distincte des autres clauses de ce contrat, si bien que « la constatation de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage » (art. 1926.5 C.c.), la réforme laissa aux parties la faculté de voir à la détermination des normes applicables au fond du différend (131). Leur revenait, également, le privilège de prévoir les règles de procédure à suivre par les arbitres (132), une liberté encadrée de quelques restrictions destinées à permettre à chaque partie « de faire valoir ses moyens » [art. 946.4(3) et 950(3) C.p.c.]. Tout comme dans la Loi type, une « hiérarchie ordonnée de normes » (133) était instaurée afin de remédier à d'éventuelles abstentions des parties sur ces questions.

Quant à la nature juridictionnelle de l'arbitrage, surtout reflétée dans les dispositions pertinentes du Code de procédure civile, elle fut marquée par un rapprochement sensible du processus arbitral vis-à-vis de plusieurs

---

(128) Art. 16 L.t.

(129) Art. 944 C.p.c.

(130) V. le texte des notes 126 et 127.

(131) Art. 944.10 C.p.c.

(132) Art. 1926.1 C.c. et 940 C.p.c.

(133) J. E. C. BRIERLEY, *supra*, note 84, p. 253.

traits caractéristiques du pouvoir judiciaire. Ainsi, la réforme de 1986 reconnut aux arbitres le droit « de faire prêter serment ou de recevoir l'affirmation solennelle » (art. 944.7 C.p.c.), « de nommer un expert » (art. 944.1 C.p.c.), de rectifier d'office une « erreur matérielle contenue dans la sentence » (art. 945.5 C.p.c.), etc. A ce renforcement des pouvoirs s'ajouta d'autres signes explicites révélateurs de l'existence d'une « juridiction arbitrale », tels l'obligation à la charge des arbitres « de garder le secret du délibéré » (art. 945 C.p.c.) et l'attribution de l'autorité de chose jugée à la sentence arbitrale dès qu'elle est rendue (art. 945.4 C.p.c.). Paracheva le tout l'affirmation de l'article 943 C.p.c. suivant laquelle les « arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence ».

Également, maintes dispositions assuraient le concours des tribunaux étatiques dans l'élimination des incidents les plus fréquemment rencontrés dans le cours de la procédure arbitrale. Que ce soit à la suite de difficultés entourant la constitution du tribunal arbitral (art. 941.1 et 942.2 C.p.c.) ou de la cessation incidente du mandat des arbitres (art. 942.4 à 942.6 C.p.c.), pour ne prendre que ces situations, une partie pouvait faire appel au système judiciaire dans le but de remettre le déroulement de l'arbitrage sur la bonne voie. Cette collaboration, limitée par la loi à quelques cas (134), n'allait pas se faire en échange d'un alourdissement du processus arbitral, notamment par un allongement des délais. En effet, le législateur prit soin d'encadrer le tout de procédures expéditives qui, au surplus, n'empêchaient pas l'engagement ou la poursuite de l'arbitrage (135).

Enfin, la réforme mit en place une structure simplifiée quant à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues au Québec et celles prononcées à l'étranger. Ces dernières sont dorénavant soumises à des régimes juridiques séparés (136), qui partagent tout de même des traits communs. D'une part, toute demande de reconnaissance et d'exécution se fait par requête (137) au terme de laquelle la décision obtenue est exécutoire comme un jugement du tribunal (138). D'autre part, une forte similitude prévaut relativement aux motifs qu'une partie peut opposer à une telle requête, énumérés limitativement par la loi (139), étant entendu par ailleurs que le tribunal saisi de la demande ne peut examiner le fond du différend et qu'aucun appel de la sentence n'est autorisé (140).

Interrogeons-nous maintenant sur la portée des changements entraînés par l'avènement de ce nouveau cadre juridique quant à la nature des liens noués dans le passé par le Québec avec le droit français.

---

(134) Art. 940.3 C.p.c.

(135) Ainsi, l'art. 942.4, al. 2 prévoit qu'après qu'une partie ait requis un juge de se prononcer sur une demande de récusation, « [l]es arbitres, y compris l'arbitre dont la récusation est prononcée, peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence tant que le juge n'a pas statué ».

(136) Les sentences « québécoises » sont régies par les articles 946 à 947.4, les sentences « étrangères » par les art. 948 à 951.2.

(137) Art. 946.1 C.p.c. et 949.1 C.p.c.

(138) Art. 946 C.p.c. et 949 C.p.c.

(139) Art. 946.4 C.p.c., 946.5 C.p.c. et 950 C.p.c.

(140) Art. 946.2 C.p.c. et 951.1 C.p.c.

## 2) *L'avenir de la tradition française*

Il importe de signaler, pour débiter, quelques données pertinentes en regard du sujet ici abordé.

En s'inspirant avant tout de sources internationales pour ramener à une forme et un fond améliorés le droit québécois de l'arbitrage conventionnel (141), le législateur a ouvert celui-ci à une perspective originale de droit comparé. Désormais, la logique des choses voudra que le juriste québécois cherche d'abord les éclaircissements nécessaires à une compréhension pleine et entière de la loi dans les autorités qui servent de références immédiates au législateur, en l'occurrence, la Loi type et la Convention de New York. D'ailleurs, cette démarche possède une assise législative relativement à l'« arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international » (art. 940.6 C.p.c.) et aux sentences « rendues hors du Québec » (art. 948 C.p.c.). Même que dans le premier cas, l'article 940.6 C.p.c. va jusqu'à autoriser expressément le recours à deux autres documents interprétatifs, soit le Rapport de la C.N.U.D.C.I. sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985 et le Commentaire analytique du projet de texte de la Loi type (142). Mais, ce faisant et compte tenu du libellé des dispositions pertinentes, la question se pose de savoir si le législateur n'a pas eu l'intention d'exclure l'utilisation de ces renvois en d'autres circonstances. Prenons l'article 940.6 C.p.c. Il est certain qu'une lecture littérale de cette disposition semble limiter l'extension de son domaine d'application, tel que l'a signalé le professeur Brierley. En revanche, il importe de soulever l'insistance de ce dernier quant au caractère purement formel de la restriction (143). En réalité, certains facteurs ne manquent pas de légitimer une approche libérale à ce sujet (144). Par exemple, le professeur Antaki a justement déclaré « que l'interprète de la loi, connaissant son origine, sera tenté en cas de difficulté de consulter quand même la source du texte et la doctrine abondante qui l'a commentée » (145). En plus de voir là une simple réaction correspondant à l'ordre habituel des choses, l'attitude a un fondement dans le fait que nombre des concepts présents dans la loi nouvelle ne peuvent trouver tout leur sens uniquement dans la législation et la jurisprudence antérieures. Dès lors, nier la possibilité de recourir

---

(141) La faisabilité de la démonstration théorique de ce rapport ne tient pas du hasard. L'intention du législateur d'en arriver là était connue. V. les remarques préliminaires de M. Herbert MARX, ministre de la Justice, *Journal des débats*, 1986, Commission permanente des institutions, n° 17, le 16 septembre 1986, p. CI-549 et s.

(142) Ces textes sont publiés dans (1986), 120, *Gaz. Can.* I, supplément.

(143) Le professeur BRIERLEY donne ainsi à penser que, derrière les apparences, des motifs pourraient justifier un recours aux documents de la C.N.U.D.C.I. dans le cas des arbitrages qui ne mettent pas en cause les intérêts du commerce extraprovincial ou international : « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 523.

(144) V. W. C. GRAHAM, « International Commercial Arbitration : the Developing Canadian Profile », dans PATERSON, *supra*, note 116, p. 100, n° 77 : « The use of the travaux préparatoires is, in my view, a truly wise one and will assist us in obtaining a liberal and effective construction of the statute. »

(145) N. ANTAKI, *supra*, note 124, p. 502, n° 45.

aux sources extérieures augmenterait le risque d'interprétations contraires aux véritables fins de ces concepts et, partant, empêcherait l'institution d'évoluer conformément aux visées de la réforme de 1986 (146). Un autre argument déterminant, selon nous, tient précisément à la raison d'être de l'article (147). Son existence s'explique d'abord par la mise en place d'un régime législatif unitaire au Québec, c'est-à-dire applicable indistinctement aux arbitrages internes et internationaux, commerciaux ou pas. Si cette structure s'avère avantageuse à certains niveaux, l'ensemble du contexte juridique québécois au moment de la réforme et l'expérience passée d'autres pays ayant adopté un régime similaire faisaient craindre que les tribunaux québécois négligent d'interpréter la loi suivant la spécificité de l'arbitrage commercial international en l'absence d'un incitatif en ce sens. Celui-ci devait, finalement, constituer l'essence même de l'article 940.6 C.p.c. Par son entremise, le législateur voulait s'assurer que la structure législative préconisée ne porte pas ombrage à ce type d'arbitrage (148). Ainsi, pour autant que cette intention soit respectée, elle ne nous semble toutefois pas exclure la possibilité de comprendre le sens et de saisir la portée des dispositions québécoises à partir de la Loi type dans leur application aux arbitrages qui ne mettent pas en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international. Un raisonnement analogue vaut pour l'article 948 C.p.c. qui en appelle à la Convention de New York. En effet, la proportion significative de références faites à ce texte dans les documents interprétatifs de la Loi type montre qu'inévitablement, il ne sera pas utile uniquement qu'à l'égard des problèmes juridiques liés « aux sentences arbitrales rendues hors du Québec » (149).

De même croyons-nous opportun de laisser le juriste québécois examiner les mises en application des multiples composantes de la Loi type et de la Convention de New York dans les systèmes juridiques qui ont emprunté plus ou moins largement à ces textes. En matière d'arbitrage

---

(146) Par exemple, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, contenu à l'article 1926.5 C.c., origine de la Loi type. Il n'était pas reconnu avant la réforme de 1986 : v. *Le Club de Hockey Les Nordiques (1979) inc. c. Lukac*, (23 février 1987) Québec n° 200-09-0000665-866 (C.A.). Sur l'interprétation des concepts laissés intacts par la réforme, v. *infra*, p. 614 et la note 207.

(147) Ce bref développement nous permet de poursuivre notre réflexion sur l'article 940.6 C.p.c., entreprise dans *supra*, note 117. V. également, N. ANTAKI, *supra*, note 124, pp. 500-502, n°s 36-45.

(148) V. la déclaration de M. Herbert MARX, alors ministre de la Justice du Québec, lors de l'examen du projet de loi sur l'arbitrage. Assemblée nationale, *Débats*, (30 octobre 1986), p. 3674 : « La référence à ces documents est importante. Elle permettra aux conseillers [...] des entreprises commerciales étrangères d'être certains de l'interprétation 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 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 ».

(149) Cette idée que l'ensemble des dispositions de la loi québécoise issues de la Loi type puisse bénéficier de l'éclairage de la Convention de New York et vice-versa commence à percer en jurisprudence. Pour un exemple récent, v. le jugement de la Cour d'appel dans *Ville de la Sarre c. Gabriel Aubé inc.*, (10-07-1991), Québec n° 200-09-000589-918, J.E. 92-101, M. le Juge J.-L. BAUDOUIN, p. 8.

commercial international, cela s'avère au fond indispensable à l'atteinte de l'objectif d'uniformisation des droits nationaux poursuivi par la C.N.U.D.C.I. (150). Ailleurs, il s'agit simplement de tirer pleinement profit de ce que le droit comparé, comptant ici sur une famille juridique élargie dont font partie les autres entités législatives canadiennes (151), peut apporter au développement de l'arbitrage au Québec.

En somme, la loi nouvelle convie le juriste québécois à une ouverture sur un monde plus grand et plus diversifié qu'auparavant. Cela équivaut-il à un reniement du passé ? En particulier, quelle place occupera le droit français à l'intérieur de cet ensemble ? Il n'y a aucun doute qu'il conservera, pour les temps à venir, sa pertinence et qu'il jouera un rôle dans l'évolution future du droit de l'arbitrage conventionnel québécois. Dans les lignes qui suivent, nous relèverons les traits saillants de ces rapports prochains, en les approfondissant à l'occasion à l'aide d'illustrations.

i) En premier lieu, il faut reconnaître que si la Loi type servit de toile de fond à la réforme de 1986, elle fut elle-même influencée, jusqu'à un certain point, par le droit français. Une simple comparaison des textes démontre bien qu'il existe, du moins au niveau des principes, une correspondance entre les deux dont on n'a pas à se surprendre compte tenu de la part active jouée traditionnellement par la France sur le plan de l'arbitrage commercial international (152). On trouve dans chacun, les idées de libéralisation du régime juridique de l'arbitrage, d'instauration d'une dynamique de collaboration entre les juridictions arbitrale et étatique, et de réduction du système de reconnaissance et d'exécution des sentences à une forme simplifiée. Pour sûr, les traductions normatives de ces énoncés ne donnèrent pas toujours des résultats identiques. Reste qu'aux yeux de l'interprète québécois, cette parenté d'esprit peut faire apparaître le droit français comme une espèce de prolongement de la Loi type qui, eu égard à la riche expérience qu'il renferme, mérite d'être exploré dans la mesure de ses ressemblances et de ses dissemblances avec le droit québécois. Un

---

(150) W. C. GRAHAM, « The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada : A Preliminary Reaction », (1987-88) 13 *Can. Bus. L.J.* 2, p. 10.

(151) Au fédéral : *Loi de mise en œuvre de la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (S.C. 1986, c. 21) et *Loi concernant l'arbitrage commercial*, (S.C. 1986, c. 22). En Ontario : *Loi de 1986 sur les sentences arbitrales étrangères*, (S.O. 1986, c. 25) ; en Saskatchewan : *The Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act.*, (S.C. 1986, c. E-9.11) ; au Manitoba : *International Commercial Arbitration Act*, (S.N.S. 1986, c. 12) à l'Île du Prince Édouard : *International Commercial Arbitration Act*, (P.E.I.A. 1986, c. 14) ; dans les Territoires du Nord-Ouest : *International Commercial Arbitration Act*, (S.N.W.T. 1986, c. 6) ; au Yukon : *Foreign Arbitral Awards Act*, (S.Y.T. 1986, c. 4) ; en Colombie-Britannique : *International Commercial Arbitration Act*, (S.B.C. 1986, c. 14) ; en Alberta : *International Commercial Arbitration Act*, (S.A. 1986, c. I-6.6) ; au Nouveau-Brunswick : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, (L.N.B. 1986, c. I-12.2) et à Terre-Neuve : *International Commercial Arbitration Act*, (S.N. 1986, c. 45).

(152) V. par ex., les observations formulées par les représentants de ce pays lors des travaux de la C.N.U.D.C.I. dans « Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international », *Rapport du Secrétaire général*, Doc. off. N.U. A/C.N.9/263 et Add. 1 à 3.

lien semblable, porteur de conséquences similaires, existe aussi via la Convention de New York. Il repose sur le fait que celle-ci est en vigueur sur les deux territoires et que les régimes propres dont se sont dotés la France et le Québec (procédure autorisée par l'article 7 (1) C.N.Y.) se tiennent très près de la Convention (153). Afin de préciser davantage la portée dans l'avenir de ces assertions, il paraît nécessaire de renvoyer à quelques-uns des éléments symétriques et asymétriques contenus juridiques français et québécois (154).

Comme on l'a dit, la dimension contractuelle de l'arbitrage découle des multiples facettes de son existence qui tiennent à l'expression d'une volonté commune des parties en présence. Négligée dans le droit antérieur à la réforme de 1986 (155), elle trouve depuis sa manifestation première à l'article 1926.1 C.c. où loge une définition de la convention d'arbitrage (156). Elle transparaît également au travers d'autres dispositions qui gravitent autour de cet article. Celui-ci reflète une conception dite « unitaire » de la convention d'arbitrage en ce sens que cette dernière désigne autant le contrat par lequel des parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage un différend né, que celui dont l'objet est un différend éventuel (157). L'unité n'est toutefois pas absolue puisque certaines modalités d'application appellent parfois une distinction entre ces deux modes de convention d'arbitrage (158). Le droit français procède inversement. En principe, il envisage séparément le compromis et la clause compromissoire (159). Cependant, à l'intérieur du régime spécifique prévu pour chacun, des règles s'avèrent identiques, telle l'obligation de prévoir à peine de nullité la procédure de désignation des arbitres (160). L'opposition entre l'unitarisme québécois et le dualisme français se refléchit dans le domaine d'application de la convention d'arbitrage. Ainsi, le droit québécois ne suit pas la position traditionnelle française qui limite le champ d'application de la clause compromissoire aux différends de nature commerciale (161), restric-

---

(153) Au Québec, les art. 948 à 951.2 s'appliquent à l'exécution des sentences rendues hors du Québec ou sentences étrangères. Il n'y a pas de régime spécifique à l'exécution des sentences rendues au Québec en matière internationale, contrairement au droit français (art. 1498 et s. N.C.P.C.).

(154) Pour une comparaison fort intéressante et plus élaborée des droits français et québécois, v. S. THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec. Droit interne - Droit international privé*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1991. Pour notre part, nous nous en tiendrons à une analyse du droit interne, sauf pour le point VI), *infra*, pp. 614-615.

(155) L'arbitrage était envisagé à ce moment sous l'angle de la procédure : *National Gypsum Co. Inc. c. Northern Sales Ltd*, *supra*, note 103 ; *Vinette Construction ltée c. Dobrinsky*, *supra*, note 91.

(156) Art. 1926.1 C.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 ».

(157) J. E. C. BRIERLEY, « Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage », *supra*, note 84, pp. 266-268.

(158) J. E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 557 et s. ; *Sport Maska c. Zitrer*, *supra*, note 85, p. 582.

(159) Le compromis se rapporte au différend né (art. 1447 N.C.P.C.) et la clause compromissoire au différend éventuel (art. 1442 N.C.P.C.).

(160) Art. 1448 al. 2 et 1443 al. 2 N.C.P.C.

(161) V. J. ROBERT, *supra*, note 119, p. 53 et s.

tion inexistante pour le compromis. Au contraire, l'article 1926.2 C.c. prévoit une délimitation de l'objet *rationae materiae* de la convention d'arbitrage uniforme en toutes circonstances. N'empêche que le contraste n'a pas caractère d'absolu. Hormis la distinction posée par le droit français, une analogie prévaut quant à l'impact de l'ordre public sur l'arbitrabilité des différends (162). Elle pourrait s'avérer fort intéressante à des fins de comparaison puisque cette question présente plusieurs difficultés, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier les nuances dans les effets de l'ordre public sur la compétence des arbitres (163).

Pour terminer avec la dimension contractuelle, signalons que la convention d'arbitrage doit rencontrer des exigences spécifiques ayant trait à sa forme et à son contenu. A ce sujet, le droit français est nettement plus formaliste que le droit québécois. Dans le cas de la clause compromissoire, l'écrit est prescrit sous peine de nullité et elle doit préciser les modalités de désignation des arbitres (164). Cela vaut également pour le compromis, à l'exception de l'écrit qui n'est requis que pour fins de preuve et qui doit spécifier l'objet en litige (165). Le régime du Code civil et du Code de procédure civile offre davantage de souplesse. L'article 1926.3 C.c. autorise la preuve de la convention d'arbitrage par de multiples moyens et le contenu exigé n'inclut aucun des éléments prévus par le droit français (166).

L'autre dimension, qui contribue à conférer à l'arbitrage son statut d'institution mixte (167), relève de ses attributs de nature juridictionnelle. L'un des plus marquants provient de l'affirmation, à l'article 943 C.p.c. (168), du pouvoir des arbitres de statuer sur leur propre compétence. Désigné communément sous la formule « *Kompetenz-Kompetenz* » ou « compétence de la compétence », ce principe constitue un bel exemple du genre d'éclaircissements susceptibles d'être apportés au droit québécois par le droit français. En effet, la brièveté ou le laconisme de l'article 943 C.p.c. ne rend pas compte pleinement de l'étendue du principe. De son côté, l'article 1466 N.C.P.C. (169) se veut davantage explicite : sa lecture,

---

(162) V. les art. 2060 C.c.F. et 1926.2 C.c.

(163) V. J. E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra* note 88, p. 555 et s. ; J. ROBERT, *supra*, note 119, p. 21 et s.

(164) Art. 1443 N.C.P.C.

(165) V. les art. 1448 et 1449 N.C.P.C.

(166) Le texte de l'art. 1926.2 laisse la porte ouverte à une convention d'arbitrage verbale. V. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 547, n° 74.

(167) Pour une synthèse des diverses théories sur la notion d'arbitrage, A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, p. 33 et s. ; 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., p. 27 et s., n°s 41 et s.

(168) Art. 943 C.p.c. : « Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence ».

(169) Art. 1466 N.C.P.C. : « Si, devant l'arbitre, une partie conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture ».

facilité au besoin par un retour vers ses origines jurisprudentielles (170) et son évolution plus récente (171), permet de comprendre que l'arbitre possède le pouvoir de décider de la validité comme de l'étendue de sa compétence. L'orientation prise par la jurisprudence québécoise post-réforme à ce sujet nous laisse penser qu'un regard de sa part vers le droit français aurait pu l'amener à adopter une vision différente, davantage conforme à l'esprit du principe (172). L'arbitrage en tant que juridiction privée suppose également l'incompétence des tribunaux de droit commun. Les deux droits endossent la règle, en obligeant le tribunal saisi d'une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage à décliner juridiction et à renvoyer le dossier à l'arbitrage. Mais les modalités d'application de ce renvoi divergent dans chaque cas. En droit québécois, l'article 940.1 C.p.c. (173) exige la rencontre de trois conditions (174) : la convention d'arbitrage ne doit pas être affectée de nullité, le renvoi ne peut intervenir qu'à la demande d'une partie, formulée avant l'inscription de la cause. Du côté français, l'article 1458 N.C.P.C. (175) établit un double régime. Si, bien que l'arbitre soit déjà saisi du différend, une partie s'adresse simultanément à un tribunal étatique, celui-ci doit décliner juridiction sans contrôler la validité de la convention d'arbitrage. Dans l'éventualité où la saisine de l'arbitre n'est pas chose faite, le juge pourra rejeter la demande de renvoi s'il constate la nullité manifeste de la convention d'arbitrage (176). A l'exemple de l'article 940.1 C.p.c., le droit français revêt l'incompétence de la juridiction étatique d'un caractère relatif. Autrement dit, le renvoi nécessite une demande de la part d'une partie : il ne peut être prononcé d'office par le juge (177). Cependant, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1458 N.C.P.C.

---

(170) Pour un exposé de la jurisprudence antérieure à l'art. 1466 N.C.P.C., v. E. LOQUIN, « Arbitrage, Compétence arbitrale - Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *Juris-classeur de procédure civile*, Éd. Techniques, Fasc. 1034, nos 57 et s.

(171) V., par ex., *S.I.S. c. Société Bowir*, Paris, 26 nov. 1981, (1982) *Rev. arb.*, 439 (note MEZGER), p. 444.

(172) V., *infra*, p. 615 et s.

(173) Art. 940-1. C.p.c. : « Tant que la clause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention. La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie tant que le tribunal n'a pas statué ».

(174) Pour une analyse récente de l'article, v. *Ville de La Sarre c. Gabriel Aubé inc.*, *supra*, note 149.

(175) Art. 1458 N.C.P.C. : « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence ».

(176) Par nullité manifeste, il faut entendre une nullité qui peut « faire l'objet d'une appréhension directe, univoque, sinon immédiate », de BOISSÉSON, *supra*, note 119, p. 95. L'utilisation du mot « constate » à l'article 940.1 C.p.c. rejoint la même idée d'un contrôle *prima facie* de la validité de la convention d'arbitrage.

(177) V. J. E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 567, n° 136.

laisse moins de latitude dans le temps aux parties pour requérir le renvoi qui devra être revendiqué « avant toute autre défense » (178).

L'intention d'une partie d'enclencher une procédure d'arbitrage (179) à la suite de la conclusion d'une convention d'arbitrage et de la survenance d'un différend soulève des considérations relatives, dans un premier temps, à la constitution du tribunal arbitral. Sur la mission d'arbitre, le droit français prévoit qu'elle ne peut être confiée qu'à une personne physique possédant le plein exercice de ses droits (180). Il affirme le principe, frappé d'ordre public, d'imparité du nombre d'arbitres (181). Ces derniers doivent, dès leur désignation, informer les parties de toute cause de récusation en leur personne (182). Un juge étatique appelé à éliminer une difficulté dans la procédure de nomination des arbitres ne pourra refuser son assistance à moins de nullité manifeste ou d'imprécision de la convention d'arbitrage (183). Et à moins de volonté contraire des parties, la durée de la mission des arbitres est fixée à six mois (184). Quant au droit québécois, il s'avère silencieux sur les motifs justifiant un rejet, par un tribunal étatique d'une demande de nomination d'arbitre. Il ouvre ainsi la porte à l'influence extérieure, suivant le nouveau dessein tracé par la réforme de 1986 dans lequel le droit français figure toujours (185). Du reste, il adopte le principe d'imparité sans le consacrer d'ordre public (186) et partage quelques similarités avec le droit français en matière de récusation (187). Enfin, l'article 942.5 C.p.c. autorise une partie à demander la révocation du mandat d'un arbitre s'il ne rend pas sa décision dans un délai raisonnable (188). Dans un deuxième temps, le déroulement d'un arbitrage obéit à des lignes directrices, qui contribuent au Québec et en

---

(178) J. ROBERT, *supra*, note 119, p. 103, n° 122.

(179) En droit québécois, « [l]a partie qui entend soumettre un différend à l'arbitrage doit en donner avis à l'autre partie, en y précisant l'objet du différend » (art. 944 C.p.c.). Le second alinéa prévoit que « [l]a procédure arbitrale débute à la date de la signification de cet avis ».

(180) Art. 1451 N.C.P.C.

(181) Art. 1453 N.C.P.C., consacré d'ordre public par le biais de l'art. 1459 ; v. Paris, 2 déc. 1983, (1985) *Rev. arb.*, 107 (note LEVEL).

(182) Art. 1452, al. 2 N.C.P.C.

(183) V. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Arbitrage. Compromis et clause compromissoire », *Jurisclasseur de procédure civile*, Paris, Éd. Techniques, Fasc. 1020, nos 25 et s.

(184) Art. 1456 N.C.P.C.

(185) V. J. E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 561, n° 117. La jurisprudence québécoise a commencé à se pencher sur la question ; v. *Anjar Investments c. Colombani*, (28 février 1989) Montréal, n° 500-09-001353-887, J.E. 89-563 (C.A.) ; *Gestion Claude Hébert ltée c. Jacques Vinet Electrix inc.*, (18 avril 1988) Montréal, n° 500-09-000123-877, C.A.P. 88 C-191 (C.A.) ; *Perche c. Argos Canada U.S. inc.*, (16 nov. 1988), Montréal, n° 500-09-001021-864, J.E. 89-130 (C.A.).

(186) Art. 941 C.p.c.

(187) Ainsi, l'art. 942.1 C.p.c. est au même effet que l'article 1452, al. 2 N.C.P.C. et les causes légales de récusation des juges s'appliquent aux arbitres dans les deux droits. Sur ce second aspect, v. les art. 942 C.p.c., 1463 N.C.P.C. et J. ROBERT, *supra* note 119, p. 123, n° 144.

(188) Pour une analyse de cette disposition, v. *Silverberg c. Hooper* (1<sup>er</sup> août 1990) Montréal, n° 500-05-008779-900 (C.S.), M. le Juge Claude BENOÎT, conf. par J. E. 90-488 (C.A.).

France à augmenter le degré de spécificité de l'arbitrage sur le plan juridique. Présentées sommairement, elles se traduisent par une reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties dans l'organisation de la procédure d'arbitrage (189). Mais si cette liberté permet une adaptation aux circonstances de chaque espèce, elle n'est pas illimitée. D'une part, elle se trouve encadrée par quelques dispositions impératives destinées à assurer un minimum d'efficacité au processus lui-même (190). D'autre part, elle s'arrête quand il est question du respect des règles de justice fondamentale (191). Dans un troisième et dernier temps, l'instance arbitrale n'est pas totalement hors d'atteinte des tribunaux étatiques. Cependant, l'interventionnisme judiciaire se réalise dans deux optiques précises : éliminer les obstacles à la poursuite du déroulement de l'arbitrage et pallier à l'absence d'*imperium* chez l'arbitre (192). Là encore, la riche expérience du droit français présente un intérêt certain puisque les dispositions pertinentes du Code de procédure civile ne répondent pas à toutes les interrogations (193).

Au terme de la procédure arbitrale, le devoir revient aux arbitres de rendre sentence. Au sujet de son élaboration, chaque système adhère au principe du secret du délibéré. Toutefois, le droit français va plus loin dans les conséquences qu'il en tire, en interdisant l'expression d'une opinion dissidente dans la sentence (194). Le contenu de cette dernière doit comprendre les motifs sous-jacents à la décision des arbitres (195). Elle lie les parties dès son prononcé (196) et devient exécutoire après avoir été homologuée (197) ou reçu l'*exequatur* (198). La validité de la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un contrôle à ce stade ou à l'intérieur du système des voies de recours. Ici, au-delà des distinctions de nature procédurale, les droits français et québécois prévoient des motifs d'annulation fort similaires. Dans l'un et l'autre reconnaît-on l'absence de capacité d'une partie, l'invalidité de la convention d'arbitrage, « l'inarbitrabilité »

---

(189) Art. 1926.6 C.c. et 940 C.p.c. ; art. 1460 N.C.P.C.

(190) V., par ex., les art. 940.2 C.p.c. et 940.5 C.p.c.

(191) Le droit français a inscrit cette limite dans l'article 1460, al. 2 N.C.P.C. : « Toutefois, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale ». En droit québécois, v. les art. 944.2 à 944.4 ainsi que 946.4(3) C.p.c.

(192) V., par ex., les art. 940.4 C.p.c. (mesures provisionnelles avant ou pendant la procédure arbitrale) et 944.8 C.p.c. (ordre d'un tribunal enjoignant à un témoin de donner une information ou de produire un document).

(193) En voici quelques-unes : Est-il possible, pour les parties de proroger, expressément ou tacitement, le délai de la mission des arbitres ? Qu'est-ce que permet concrètement le principe de l'autonomie de la volonté dans la détermination de la procédure arbitrale eu égard à l'obligation de respecter les règles de justice fondamentale ? Que faire lorsque le Code de procédure civile ne prévoit aucun recours au juge étatique relativement à un incident qui paralyse le déroulement de l'arbitrage ?

(194) Art. 945 C.p.c. et 1469 N.C.P.C.

(195) Art. 945.2 C.p.c. et 1471 al. 2 N.C.P.C. Sur le sens de l'obligation de motiver, v. Paris, 24 oct. 1980, (1982) *Rev. arb.*, 52 (note VIATTE) et *Parent c. Gagnebin*, (11 janv. 1989) Hull n° 550-02-002389-880, J.E. 89-448 (C.P.).

(196) Art. 945.4 C.p.c. et 1476 N.C.P.C.

(197) Art. 946 C.p.c.

(198) Art. 1477 N.C.P.C.

du différend et ainsi de suite, le tribunal étatique étant empêché dans tous les cas d'examiner le fond du différend (199). C'est dire la largesse du terrain ouvert aux observations en direction de la France.

ii) Par ailleurs, le droit français continuera à figurer au centre des problématiques auxquelles seront confrontés les tribunaux et les juristes du Québec durant les prochaines années en raison de la place commune occupée par l'arbitrage dans les deux droits. Effectivement, la dimension contractuelle de l'institution classe celle-ci dans la sphère des rapports de droit privé, revêtue dans chaque cas des mêmes caractéristiques fondamentales (200). C'est là l'évocation, faut-il le rappeler, du lien de base noué par le cours de l'histoire qui sert en grande partie de justification à l'utilisation du droit français comme source du droit québécois pendant les dernières décennies. En matière de conditions de validité de la convention d'arbitrage découlant du droit commun, par exemple, le droit français constitue donc, *a priori*, un instrument naturel de référence (201). Un bref exercice de la sorte montre des règles communes aux deux systèmes juridiques d'exiger des parties qu'elles possèdent la capacité de disposer librement des droits soumis à la décision de l'arbitre (202) et qu'elles donnent un consentement libre et éclairé à la tenue de l'arbitrage, mais elles restent plus développées en droit français, d'où l'avantage d'y porter attention.

Au plan de la logique formelle des sources, le droit français doit cependant partager son statut avec le droit anglais qui s'impose comme un complément de la loi québécoise relativement aux difficultés soulevées par la dimension juridictionnelle de l'arbitrage (203). En effet, l'arbitrage évolue en droit québécois à l'intérieur d'un système judiciaire d'inspiration britannique. Historiquement, cette appartenance n'a pas été étrangère à l'attitude négative des tribunaux québécois envers l'arbitrage, contribuant à en faire, dans une certaine mesure, une institution mixte (204). Cet aspect n'est pas exclusif au domaine de l'arbitrage conventionnel. En réalité, il vaut pour l'ensemble du droit civil québécois (205). Depuis longtemps, des concepts ont traversé les frontières de la *common law* pour s'implanter dans le droit civil, la méthode d'interprétation suivie par

---

(199) Pour des exposés des droits français et québécois le contrôle de la validité de la sentence arbitrale, v. respectivement J. ROBERT, *supra*, note 119, p. 290 et A. DORAIS, *supra*, note 124, p. 295.

(200) J. E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 522, n° 23.

(201) L'argument vaut aussi quant à l'interprétation de la convention d'arbitrage. V., *supra*, p. 613.

(202) Comparer BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 517, nos 29-32 et P. ANCEL, « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Consentement - Capacité - Pouvoir - Objet - Cause », *Jurisclasseur de procédure civile*, Paris, Éd. Techniques, Fasc. 1022, nos 76 et s.

(203) BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *supra*, note 88, p. 523.

(204) V., *supra*, p. 597.

(205) V. L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, pp. 20-21 ; A. MAYRAND, « Le droit comparé et la pensée juridique canadienne », (1957) 17 *R. du B.*, p. 2.

nos tribunaux au début du siècle était tributaire de la pensée anglo-saxonne et ainsi de suite (206). En tant que tels, ces emprunts ne ressortent pas nécessairement comme des éléments malsains, à la condition que le droit civil réussisse à les assimiler sans porter atteinte à son intégrité, ce qui semble avoir été le cas jusqu'ici (207). Néanmoins, il importe d'admettre que la vaste avenue de comparaisons avec d'autres systèmes juridiques, dont certains sont à proximité (208), qui s'offre maintenant au juriste québécois en matière d'arbitrage conventionnel expose ce secteur à un phénomène d'hybridation plus fort encore. Il faut donc se soucier d'en contrôler l'extension.

iii) A notre avis, le droit français rencontre là un motif supplémentaire pour ne pas disparaître de l'éventail des sources supplétives de notre droit. En effet, s'il s'avère opportun de préserver l'esprit civiliste de la loi nouvelle en dépit de cette ouverture sur le monde, une référence au droit français apparaît toute indiquée. L'à-propos d'une telle démarche est facile à démontrer : les deux systèmes appartiennent à une école de pensée articulée autour des mêmes idées de codification et de systématisation du droit. Ces particularités se reflètent dans le style du texte de la loi québécoise, plus concis que celui de la Loi type et de la Convention (209). Ainsi, pour exprimer le principe de « compétence de la compétence », l'article 943 C.p.c. affirme que « [l]es arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence », alors que l'article 16 (1) L.t. prévoit que « [l]e tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ». En pratique, cette préoccupation de voir à la cohérence de système juridique québécois devrait amener l'interprète à examiner comment et à l'aide de quelles méthodes le droit français intègre les éléments qui leur sont communs. A court terme, le passé qui unit le Québec à la France favorise la recherche de la satisfaction de ce besoin du côté du droit français. Mais à longue échéance, il ne serait pas surprenant d'assister à un glissement vers les autres pays de tradition civiliste qui se sont inspirés de la Loi type et de la Convention, au fur et à mesure que le juriste québécois s'acclimatera au schéma proposé par la réforme de 1986.

---

(206) L. BAUDOIN, « Conflits nés de la coexistence juridique au Canada » (1956-1957) 3 *R.D. McGill* 51 ; N. J. MAZEN, « Le juge civil québécois (Approche comparative de droit mixte) », 1982 *cette revue* 375 ; P. B. MIGNAULT, « Les rapports entre le droit civil et la *common law* au Canada, spécialement dans la Province de Québec », (1932) 11, *R. du N.* 201 ; M. TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte ? », Introduction, dans F. P. WALTON, *Le domaine d'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, 1.

(207) Le lecteur pourra, à ce niveau, consulter avantagement les propos du professeur Jean-Guy BERGERON sur l'interprétation des contrats d'assurance selon l'attente raisonnable de l'assuré. Sa réflexion montre comment il est possible de « manipuler » des éléments de droit étranger à partir de concepts propres au droit québécois ; dans *Les contrats d'assurance, lignes et entre-lignes*, Sherbrooke, Les Éditions SEM inc., 1989, t. 1, p. 112 et s.

(208) Nous pensons ici aux autres entités législatives canadiennes. Dans le passé, plusieurs facteurs avaient contribué à empêcher l'uniformisation du droit de l'arbitrage conventionnel au Canada ; V. BRIERLEY, *supra*, note 35, p. 6 et s.

(209) DORAIS, *supra*, note 124, p. 277, y compris la référence au bas de page n° 16.

iv) Autre donnée pertinente que l'on aurait pu déduire des développements précédents, la perspective décrite en première partie n'est pas l'affaire d'une époque complètement révolue. Se dissimule, dans le changement opéré par la réforme de 1986 à la hiérarchie des sources supplétives du droit québécois, une réalité. Depuis 1867 et même auparavant, les renvois par les tribunaux à la législation, la jurisprudence et la doctrine françaises ont laissé des traces, visibles et invisibles, sur notre droit. L'influence de ces marques peut toujours se poursuivre et être renouvelée à l'occasion dans la mesure où la réforme de 1986 n'a pas tout changé. Comme on l'a vu, son objectif principal consistait à modifier l'état d'alors du droit québécois à partir du modèle législatif proposé par la C.N.U.D.C.I. et de la Convention de New York, pour le rendre conforme à la pensée moderne de l'arbitrage. Cette visée impliquait de nombreux changements qui n'ont cependant pas touché à la totalité des concepts existants issus du droit français, soit qu'ils se retrouvaient déjà dans les documents de référence (ex. : l'amiable composition) (210), soit que le législateur québécois les a préférés aux éléments qui y étaient contenus (ex. : la notion « d'objet du différend » (211). Ceux-là épargnés par la réforme pourraient, dès lors, bénéficier de lectures à connotation historique (212).

v) La pertinence future du droit français ne s'arrête pas à ces attendus. Il convient d'ajouter le fait que le regard du législateur québécois au moment de la réforme ne s'était pas complètement détourné de la France. A titre de preuve, il a délaissé l'approche territorialiste préconisée par la Loi type dans sa définition de l'arbitrage commercial international, « repiquant » plutôt l'expression de mise « en cause des intérêts du commerce international » de l'article 1492 N.C.P.C. à l'article 940.6 C.p.c. (213). La généralité des termes utilisés en même temps que leur consonance inconnue en droit québécois ouvrent, une fois de plus, un passage vers le droit français. Le franchissement de cette voie permet d'apprendre que le critère s'intéresse à l'aspect économique de l'opération contractuelle sous-jacente à l'arbitrage et non aux considérations juridiques propres à la définition classique, comme la nationalité des parties, le lieu de leur résidence, la nationalité des arbitres, le droit applicable à la procédure, etc. Suivant cette conception, un arbitrage est dit commercial international s'il se rapporte à un différend dont l'objet consiste en un transfert de biens, de services ou de capitaux à travers les frontières, c'est-à-dire s'il concerne l'économie de plus d'un pays.

---

(210) Art. 28(3) L.t., 944.10 C.p.c. et 1474 N.C.P.C.

(211) L'art. 944 C.p.c. parle d' « objet du différend » et l'art. 1448 N.C.P.C. d' « objet du litige ».

(212) Dans l'évaluation de l'impact de la réforme sur le droit antérieur, il nous apparaît indispensable de ne jamais perdre de vue le changement de mentalité qu'elle promouvoit. Cela signifie que la survie d'un concept ne doit pas être considérée comme un désir du législateur de n'y rien changer : son sens et sa portée dans le passé seront lus à la lumière de cette nouvelle perspective. Nous estimons que la Cour suprême, dans l'affaire *Sport Maska*, *supra*, note 85, p. 575, n'a pas suffisamment insisté sur cette nécessité.

(213) Pour plus de détails, v. MARQUIS, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », *supra* note 117.

vi) Finalement, il ne serait pas étonnant de voir le droit français exercer son influence, sur la base des considérations que nous venons d'exposer, dans deux autres circonstances. Premièrement, relativement aux questions sur lesquelles la Loi type et la Convention fournissent peu ou pas de réponse en dépit de leur importance considérable dans les faits. C'est le cas de « l'arbitrabilité » des différends et de la capacité et du pouvoir de conclure une convention d'arbitrage, éléments entourés d'un mutisme complet (214). De même, la Loi type ne s'exprime-t-elle qu'en quelques mots, par le biais du commentaire analytique, sur la notion d'arbitrage, souvent appelée à être circonscrite tant elle côtoie de près des procédés comme l'expertise et la perfection ou révision de contrat (215). Deuxièmement, il faut reconnaître que le savoir français en matière d'arbitrage commercial international s'appuie sur une longue expérience qui possède le mérite d'avoir su caractériser ce mode de règlement à la lumière de la réalité des échanges économiques transfrontaliers. En conséquence, des résultats juridiques concrets associés à cette pensée d'autonomie et de spécificité existent concernant maints aspects (216). Demain n'est pas la veille où tous les pays nouvellement inscrits au registre des systèmes dotés d'une législation dans ce domaine sauront en faire autant et donc, être d'une réelle utilité sur le plan du droit comparé. D'ici là et subséquemment, il sera toujours opportun de prendre en compte le droit français.

#### CONCLUSION

Le réaligement réalisé par la réforme de 1986 n'a pas réduit l'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel à un phénomène purement historique. Pour répondre aux questions lancées en fin de première partie, disons simplement que le droit français conserve sa pertinence, qu'il est toujours propre à produire des effets sensibles sur un domaine à propos duquel beaucoup reste à faire au Québec. L'important, selon nous, est de s'assurer qu'en toutes choses, on veille d'abord à donner sa pleine grandeur à l'intégration de la Loi type et de la Convention en droit québécois. Après coup, le droit français pourra occuper la place qui lui revient.

---

(214) FOUCHARD, « La loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international », *supra*, note 126, p. 875.

(215) Pour le résumé des travaux de la C.N.U.D.C.I. sur la notion d'arbitrage, v. HOLTZMANN et NEUHAUS, *supra*, note 126, p. 35 et pp. 150-182. Sur les problèmes spécifiques rencontrés en droit québécois, v. THUILLEAUX, *supra*, note 154, pp. 17-24, et MARQUIS, *supra*, note 117, pp. 454-461.

(216) Pour un tour d'horizon de toute cette question de spécificité et des règles juridiques propres à l'arbitrage commercial international, v. Y. DERAÏNS, R. BOURDIN, P. LEVEL, Y. LOUSSOUARN, P. MAYER, *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Paris, FEDUCI, 1984 ; P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1964 et « La réforme du droit de l'arbitrage international. Introduction : spécificité de l'arbitrage international » (1981), *Rev. arb.*, 449 ; B. GOLDMAN, « Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international » (1980), *Rev. arb.*, 323 ; J. ROBERT et B. MOREAU, *supra*, note 119.

L'allure presque exclusivement prévisionnelle de notre analyse de la perspective moderne s'explique par la densité encore relativement restreinte du volume jurisprudentiel et doctrinal post-réforme : vouloir constater de façon définitive si les assertions qu'elle renferme s'avèrent vérifiables représente une investigation dont l'exécution est probablement prématurée. Néanmoins, il n'est pas inutile de traduire brièvement par écrit quelques images projetées par le droit québécois depuis 1986, en relation avec l'avenir de la tradition française et le recours à la Loi type et à la Convention, ne serait-ce que pour identifier de possibles tendances.

En doctrine, les auteurs n'ont pas manqué de tracer quantité de parallèles entre le modèle proposé par la C.N.U.D.C.I., la Convention de New York et la loi québécoise (217). Dans leur examen, certains ont élargi ce cadre comparatif pour y inclure d'autres systèmes juridiques, comprenant notamment celui de la France (218). L'idée suivant laquelle le droit français demeure à l'avant-scène de l'arbitrage conventionnel peut trouver là un appui, tout comme elle reçoit un soutien révélateur dans des parutions du professeur J. E. C. Brierley sur « [l]a convention d'arbitrage en droit québécois interne » (219) et de S. Thuilleaux, à qui l'on doit la publication du premier ouvrage sur le domaine tel que remodelé par la réforme (220). Caractérisé par « le choix du droit français comme système de comparaison pour examiner les nouvelles dispositions québécoises » (221), le volume de M<sup>me</sup> Thuilleaux contient une préface du professeur A. L. C. de Mestral qui y voit une contribution opportune au rapprochement des droits du Québec et de la France.

Le droit français ne profite pas de la même visibilité en jurisprudence (222). Ici, de façon générale, le changement de perspective provoqué par l'entrée en vigueur de la loi de 1986 n'est pas resté sans écho (223). Mais sur le terrain des retombées pratiques, ces derniers n'ont pas encore pleinement retenti. Ce manque de résonance n'a rien d'anodin puisqu'il se fait sentir au sujet d'une composante fondamentale du régime législatif de l'institution : l'appréciation du champ d'application de la convention d'arbitrage effectuée par le juge étatique lors d'une procédure de renvoi. Le droit québécois présente ici des signes d'instabilité, marqués au coin

---

(217) Par ex., R. TREMBLAY, « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage » (1988) 90, *R du N.*, 394 et 536.

(218) A. DORAIS le fit « à titre comparatif », *supra*, note 124, p. 275, tandis que G. COHEN voyait dans les autorités étrangères « un peu plus qu'une simple inspiration », dans « La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères » (1987), *R. du B.*, 435, p. 438.

(219) Dans son étude, *supra*, note 88, l'auteur porte une attention significative au droit français.

(220) *Supra*, note 154.

(221) *Ibid.*, p. 5.

(222) V. tout de même, les affaires suivantes : *Sport Maska c. Zitrer*, *supra*, note 85 et *Navigation Somanar inc. c. Algoma Steamships Ltd*, (1987), R.J.Q., 1346 (C.S.).

(223) Pour une illustration récente, le lecteur pourra consulter le jugement de la Cour d'appel dans *Ville de La Sarre c. Gabriel Aubé inc.*, *supra*, note 149, p. 6.

de relents d'une époque supposément dépassée (224). Or, nous semble-t-il, une attention plus grande de la part des tribunaux aux solutions avancées à l'étranger, tout particulièrement en droit français, aurait pu les amener à des résultats différents de ceux auxquels ils sont parvenus (225). Il faut bien comprendre qu'il ne s'agit pas là d'une problématique repliée sur elle-même : ses paramètres dépassent le strict cadre juridique. Pour reprendre R. David, « [l]a prise en considération de traditions et mentalités étrangères s'impose si l'on veut créer un ordre international juste, de même que l'étude des expériences faites dans les pays étrangers peut servir à créer un ordre social meilleur sur le plan national » (226). Nous ajoutons ceci. Le mouvement d'aujourd'hui vers la mondialisation n'épargnera pas le droit, par nature perméable aux courants moraux, sociaux, économiques et politiques. Il est heureux de constater que l'esprit et la lettre de la nouvelle loi québécoise en matière d'arbitrage conventionnel adhèrent de façon aussi claire à ce phénomène. Mais sans le recours des différents membres de la communauté juridique, pouvons-nous espérer tirer profit de cette circulation accrue des idées qui s'annonce ?

Évidemment, il serait simpliste de voir dans le message d'ouverture sur le monde et de maintien de la pertinence du droit français lancé par la réforme de 1986 une panacée au développement de l'arbitrage conventionnel au Québec. En un sens, c'est ici que se rejoignent les perspectives historique et moderne que nous avons observées : le droit français ne pourra jamais expliquer à lui seul l'épanouissement comme le déclin de l'arbitrage. Aux facteurs extra-juridiques du passé se substitueront, assurément, d'autres causes dans le présent et le futur (227). Actuellement, il est frappant de constater qu'un état de méconnaissance de l'arbitrage continue d'en brouiller la vue aux yeux des utilisateurs potentiels, gênant par le fait même son évolution (228). Envisagée dans le contexte plus large du débat sur le règlement déjudiciarisé des conflits, la situation

---

(224) En effet, si la décision de la Cour d'appel dans *Condominiums Mont St-Sauveur c. Constructions Serge Sauvé ltée*, (1990), R.J.Q., 2783, se voulait une ouverture à l'arbitrage, son effet risque de s'estomper à la suite d'un jugement subséquent du même tribunal rendu dans *C.C.I.C. Consultech International c. Howard R. Silverman*, (24-05-1991), Montréal, n° 500-09-00147-901, J.E. 91-987.

(225) V. les affaires suivantes : *Société Merle c. Société Française d'Expansion Commerciale et Industrielle*, Cass. com., 11 oct. 1954, (1955), *Rev. arb.*, 58 ; Cass. com., 17 juin 1970. Également, L. MARQUIS, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990) 21, *R.D.U.S.*, 303. La problématique revêt une importance de premier ordre. En effet, l'étape du renvoi permet à un tribunal étatique conservateur quant à l'arbitrage de délimiter restrictivement l'objet du litige, restreignant ainsi la juridiction de l'arbitre.

(226) *Supra*, note 2, p. 475. Également, H. P. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32, *R.D. McGill*, 261, pp. 263-264 et 297-298 et « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans *Mélanges L. P. Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 197, p. 214.

(227) Pour un aperçu de ces facteurs sur l'avenir de l'arbitrage commercial international au Canada, v. J. E. C. BRIERLEY, « Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration », (1988) 40, *Maine L.R.* 287 p. 298 et s.

(228) C'est ce qui ressort d'un sondage mené pour le compte du C.A.C.N.I.Q., dont les résultats sont publiés dans un article de N. ANTAKI, « L'utilité, les avantages et les inconvénients de l'arbitrage », dans *Les méthodes alternatives de résolution de conflits*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, pp. 2-3.

donne à réfléchir et rappelle un enjeu dont la simplicité en masque le caractère fondamental : faire de l'accessibilité à la justice, par l'instauration de nouvelles méthodes de règlement, une notion vraiment concrète auprès de tous et chacun.