

# LA RÉVISION PAR LES TRIBUNAUX DE DROIT COMMUN DES DÉCISIONS PROCÉDURALES RENDUES DURANT L'ARBITRAGE : PERSPECTIVES COMPARATIVES

*Azim Hussain et Frédéric Wilson\**

I.	INTRODUCTION . . . . .	3
II.	SURVOL DE LA JURISPRUDENCE . . . . .	5
	A. Jurisprudence québécoise . . . . .	5
	1. <i>Paris c. Macrae</i> . . . . .	6
	2. <i>Endorecherche c. Université Laval</i> . . . . .	7
	3. <i>Terrawinds Resources Corp. c. ABB Inc.</i> . . . . .	8
	B. L'arrêt <i>Inforica</i> de la Cour d'appel de l'Ontario . . . . .	9
	C. La décision <i>Premium Brands</i> de la Colombie-Britannique . . . . .	12

---

\* M<sup>e</sup> Azim Hussain, B.A., B.C.L. / LLB (Université McGill), M.Sc. (London School of Economics and Political Science), est associé chez Ogilvy Renault, S.E.N.C.R.L., s.r.l. ; M<sup>e</sup> Frédéric Wilson, B.A., B.C.L. / LLB (Université McGill), est avocat chez Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l. Les points de vue exprimés dans le présent texte le sont à titre d'information. Le présent texte ne saurait en aucune façon être interprété comme un exposé complet du droit ni comme un avis juridique d'Ogilvy Renault, S.E.N.C.R.L., s.r.l. ou de l'un des membres du cabinet sur les points de droit qui y sont discutés (le 1<sup>er</sup> juin 2011, Ogilvy Renault se joindra au Groupe Norton Rose).

III.	COMMENTAIRES SUR LA JURISPRUDENCE . . . . .	15
	A. Commentaires sur les décisions <i>Paris c. Macrae</i> et <i>Premium Brands</i> . . . . .	15
	B. Commentaires sur les décisions <i>Endorecherche</i> , <i>Terrawinds</i> et <i>Inforica</i> . . . . .	19
IV.	CONCLUSION . . . . .	20

# La révision par les tribunaux de droit commun des décisions procédurales rendues durant l'arbitrage : perspectives comparatives

*Azim Hussain et Frédéric Wilson*

## I. INTRODUCTION

L'autonomie de l'arbitrage face à l'intervention des tribunaux de droit commun contribue à lui conférer l'une de ses qualités premières : son efficacité. Limiter le pouvoir de contrôle ou de révision des tribunaux de droit commun durant le processus arbitral permet en effet d'en simplifier la procédure et décourage l'emploi de tactiques dilatoires<sup>1</sup>. Le principe de l'autonomie de l'arbitrage est d'ailleurs si crucial qu'il se retrouve dans la plupart des conventions régissant l'arbitrage international ainsi que dans le droit de nombreuses juridictions favorables à l'arbitrage<sup>2</sup>. Récemment, la France a d'ailleurs adopté une nouvelle loi arbitrale qui confirme la tendance bien établie dans cette juridiction de préserver l'autonomie du processus arbitral<sup>3</sup>.

Afin d'assurer cette autonomie, les différentes lois canadiennes sur l'arbitrage consensuel, à l'image des lois inspirées de la *Loi type de la*

1. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801 au para. 86.
2. À titre d'exemples, voir art. II(3) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, R.T. Can. 1986 n° 43, *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial*, Doc. N.U. A/40/17, ann. I (1985) [mod. Doc. N.U. A/61/17, ann. I (2006)], art. 5 ; *Arbitration Act, 1996*, § 1(c) (Angleterre). Pour plus d'exemples, voir également Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, vol. II, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009 aux pp. 1776 et s.
3. Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant sur la réforme de l'arbitrage. La date prévue d'entrée en vigueur est le 1<sup>er</sup> mai 2011. À ce sujet, voir A. Ross, « France reveals new arbitration law » dans *Global Arbitration Review*, 14 janvier 2011, en ligne : <<http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29033/france-reveals-new-arbitration-law/>>.

*CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (« **Loi type** »)<sup>4</sup>, prévoient notamment que le contrôle de la légalité du processus arbitral n'aura lieu, outre quelques exceptions spécifiées dans la loi<sup>5</sup>, qu'après le prononcé de la sentence arbitrale. Cette approche est souvent désignée comme le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité du processus arbitral<sup>6</sup>. Au Québec, le *Code de procédure civile* prévoit que l'intervention des tribunaux, durant l'arbitrage, est limitée aux seuls cas prévus par la loi<sup>7</sup>. Les tribunaux judiciaires n'ont donc pas de pouvoir général de surveillance de la procédure arbitrale équivalent à celui qu'ils exercent, par exemple, à l'endroit des tribunaux visés par les articles 33 et 846 C.p.c.<sup>8</sup>.

Selon l'auteur J. Brian Casey, la loi seule ne permet pas de prédire le degré d'intervention des tribunaux judiciaires durant un arbitrage consensuel. Le « contexte judiciaire ambiant » (*judicial atmosphere*) influencera également comment les tribunaux conçoivent leur rôle pendant l'arbitrage<sup>9</sup>. Par exemple, l'indifférence ou l'hostilité des tribunaux à l'égard de l'arbitrage consensuel les a souvent fait hésiter à donner pleinement effet au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage consensuel<sup>10</sup>.

En 2005, le professeur Frédéric Bachand proposait, outre un modèle théorique des conditions de l'intervention du juge avant et durant le déroulement de l'arbitrage, une revue exhaustive du droit positif sur la question<sup>11</sup>. Quelque cinq années après la publication de l'ouvrage phare

4. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial*, supra note 2.
5. En vertu de l'article 943.1 C.p.c., par exemple, le tribunal peut être appelé à réviser une décision du tribunal d'arbitrage portant sur sa propre compétence.
6. F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2005 à la p. 147.
7. Art. 940.3 C.p.c.
8. *The Gazette, une division de Southam inc. c. Blondin et al.*, J.E. 2003-1589, REJB 2003-45981 au para. 43 : « Dans le cas des instances visées par les articles 33 et 846 C.p.c., le contrôle de la légalité des décisions par le tribunal de droit commun est de règle, mais le législateur peut restreindre ce pouvoir d'intervention du tribunal de droit commun, faculté qu'il exerce habituellement au moyen d'une clause privative. Dans le cas des tribunaux d'arbitrage consensuels, l'inverse est maintenant la règle. Le juge, comme le spécifie l'article 940.3 C.p.c., ne peut intervenir que là où la loi le lui permet. »
9. J. Brian Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada*, Huntington, Juris Publishing, 2005 à la p. 228.
10. Voir, par exemple, la décision *Québec (Procureur général) c. Du Mesnil*, J.E. 97-2081, REJB 1997-03059 (C.S.), où la Cour supérieure du Québec concluait qu'un tribunal d'arbitrage était assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux supérieurs. Cette conclusion fut par la suite infirmée par la jurisprudence subséquente. Voir notamment *The Gazette*, supra note 8, et *Desputeaux c. Éditions Chouettes (1987) Inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178 au para. 68.
11. *Supra* note 6.

du professeur Bachand, il nous apparaît donc approprié de se pencher sur l'évolution du « contexte judiciaire ambiant ».

Récemment, les tribunaux canadiens ont d'ailleurs rendu un certain nombre de décisions témoignant de leur conception des limites de leur intervention durant un arbitrage consensuel. Des tribunaux du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont en effet eu à se prononcer sur la possibilité de faire exception au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité des décisions rendues pendant des procédures d'arbitrage. Alors qu'au Québec et en Ontario certains jugements ont réaffirmé ce principe, une décision de la Colombie-Britannique, *Premium Brands Operating GP Inc. c. Turner Distribution Systems*<sup>12</sup>, semble ouvrir la porte à une plus grande intervention des tribunaux avant le prononcé de la sentence. Le présent texte propose une revue de ces décisions d'intérêt (II) suivie d'un bref commentaire sur les principes qui y sont soulevés (III).

## II. SURVOL DE LA JURISPRUDENCE

### A. Jurisprudence québécoise

En 2009 et 2010, la Cour d'appel et la Cour supérieure du Québec ont eu l'occasion de clarifier l'état du droit sur la question du principe du contrôle *a posteriori* de la légalité des décisions arbitrales. Dans *Endorecherche c. Université Laval*<sup>13</sup> et *Terrawinds Resources Corp. c. ABB inc.*<sup>14</sup>, les tribunaux québécois ont refusé de faire exception à ce principe alors qu'ils étaient saisis de requêtes en annulation d'ordonnances de procédure portant sur la preuve préalable à l'arbitrage. Cette prise de position claire a notamment permis de répondre au doute soulevé dans le jugement prononcé, en 2006, à l'occasion de l'affaire *Paris c. Macrae*<sup>15</sup>. Le juge Mongeon y questionnait alors la portée du principe du contrôle *a posteriori* en énonçant que certaines ordonnances procédurales rendues en cours d'arbitrage pouvaient être homologuées et faire l'objet d'une requête en annulation. Il convient donc de débiter par un court rappel de cette décision.

12. *Premium Brands Operating GP inc. c. Turner Distribution Systems Ltd.*, 2010 BCSC 258.

13. *Endorecherche inc. c. McNicoll*, 2009 QCCS 3680 ; 2010 QCCA 232. L'étude Ogilvy Renault s.e.n.c.r.l., s.r.l., au sein de laquelle les auteurs du présent commentaire pratiquent, représentait l'Université Laval.

14. *Terrawinds Resources Corp. c. ABB inc.*, 2009 QCCS 5820. Ogilvy Renault, s.e.n.c.r.l., s.r.l., représentait l'intimée ABB inc.

15. *Paris et al. c. Macrae et al.*, 2006 QCCS 7452.

### 1. *Paris c. Macrae*

Dans l'affaire *Paris c. Macrae*, les demandeurs Gérard Paris et Société financière Invespar Inc. contestaient une décision d'un tribunal d'arbitrage rejetant une requête en déclaration d'inhabilité et en opposition à la substitution de procureurs. Deux mois après que le tribunal d'arbitrage eut rendu cette décision, les demandeurs ont présenté une requête en annulation devant la Cour supérieure. Les intimés ont répondu à cette requête en présentant à leur tour une requête en irrecevabilité s'appuyant sur une abondante jurisprudence démontrant que les décisions interlocutoires rendues par un tribunal d'arbitrage ne sont pas susceptibles d'annulation avant le prononcé de la sentence. À titre subsidiaire, les intimés plaidaient que même si la décision contestée pouvait faire l'objet d'une requête en annulation, les conditions prévues aux articles 946.2 C.p.c. et suivants n'étaient pas satisfaites.

Selon le juge Mongeon, il est faux de prétendre que toutes les décisions et ordonnances rendues en cours d'arbitrage ne sont pas susceptibles d'homologation et d'annulation. Il estime en effet que lorsque la sentence arbitrale finale ne pourra remédier aux conséquences d'une décision rendue en cours d'instance, ce caractère de finalité justifie que l'on puisse en demander l'homologation. C'est le cas, selon lui, d'une décision portant sur une requête en déclaration d'inhabilité :

15. Avec égards pour l'opinion contraire, le soussigné est d'avis que les jugements interlocutoires d'un tribunal d'arbitrage ne peuvent pas tous être traités en bloc tant au niveau de leur homologation que de leur annulation. Certaines distinctions s'imposent. Ainsi, certains jugements interlocutoires devront de par leur nature être homologués et, par conséquent, seront susceptibles d'annulation.

16. Il faut d'ailleurs noter que le Code de procédure civile ne contient aucune disposition *empêchant* l'homologation d'une décision arbitrale interlocutoire. Il n'y a tout simplement pas de disposition spécifique prévoyant le mécanisme ou les circonstances ou à l'annulation pouvant conduire à l'homologation d'une sentence interlocutoire.

17. Par exemple, une sentence arbitrale interlocutoire permettant à une partie d'avoir accès à des documents, de recevoir une indemnité partielle, un cautionnement ou une provision pour frais devra être susceptible d'homologation pour lui donner force exécutoire. De même, une telle sentence devra pouvoir être annulée si elle ne rencontre pas les critères de l'article 946.4 C.p.c.

**18.** Le soussigné est d'avis qu'une sentence arbitrale interlocutoire rendue sur une requête en déclaration d'inhabilité d'un avocat agissant pour le bénéfice d'une partie à l'arbitrage peut faire l'objet d'une demande d'homologation ou d'annulation, à cause notamment du caractère de finalité du jugement alors rendu.

**19.** La sentence arbitrale R-14 ordonne quelque chose qui ne pourra être remédiée par un jugement final. Cette sentence permet aux avocats Blake, Cassels & Graydon de Montréal de continuer à agir pour le compte des intimés et de les représenter pendant l'ensemble du processus d'arbitrage. Un tel jugement diffère beaucoup d'un cas où l'on demanderait une remise ou une autre conclusion du même style, à caractère purement administratif.

**20.** Il en va de même dans le cas d'une sentence arbitrale interlocutoire qui n'aurait pas pour objet de décider d'un point ou d'une question qui pourrait de toutes façons être corrigé par la sentence arbitrale finale.

**21.** Sans donc se prononcer sur les autres cas précités, le Tribunal est d'avis que dans le cas spécifique d'une décision portant sur le droit à la représentation par l'avocat de son choix revêt un caractère assez important pour que le Tribunal puisse être saisi dès à présent d'une requête en annulation.

**22.** Si effectivement les faits d'une instance en particulier justifiaient la déclaration d'inhabilité de l'avocat de l'une des parties, il serait inapproprié de retarder le débat sur le droit à la représentation d'un avocat jusqu'à ce que jugement final intervienne.

[Nos soulignements]

Le juge Mongeon donna finalement raison aux intimés en concluant que même si la Cour supérieure pouvait réviser la décision contestée durant le déroulement de l'arbitrage, les critères d'annulation prévus aux articles 946.4 et 946.5 C.p.c. n'étaient pas satisfaits.

## **2. Endorecherche c. Université Laval**

Dans le cadre d'un arbitrage découlant d'une entente encadrant l'exploitation et la commercialisation de résultats de recherche, les arbitres ont ordonné à Endorecherche inc. et à Fernand Labrie de communiquer à l'Université Laval certains documents jugés pertinents pour la préparation du litige. Afin de contester cette ordonnance, Endorecherche et Labrie ont présenté une requête en annulation d'une sentence arbitrale dans laquelle ils soutenaient que l'ordonnance dépassait les termes de la convention d'arbitrage. Ils plaidaient que l'ordonnance

contestée est assimilable à une sentence arbitrale au sens de l'article 946 C.p.c. parce qu'elle déciderait en partie du fond du litige et leur causerait un préjudice irrémédiable<sup>16</sup>. En réponse à cette requête, l'Université Laval a présenté une requête en irrecevabilité.

En première instance, le juge Guertin de la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité présentée par l'Université Laval<sup>17</sup>, estimant que la décision rendue par les arbitres ne pouvait être révisée qu'au stade de l'homologation de la sentence arbitrale. Les demandeurs ont ensuite décidé de porter cette décision en appel. Réaffirmant au passage l'importance de limiter l'intervention des tribunaux de droit commun « à des cas d'exceptions »<sup>18</sup>, la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance. L'ordonnance contestée étant de « nature procédurale, prononcée à un stade interlocutoire » et visant à « assurer le déroulement transparent, harmonieux et efficace de l'arbitrage »<sup>19</sup>, rien ne justifiait, à ce stade, d'interrompre le processus d'arbitrage.

### **3. *Terrawinds Resources Corp. c. ABB Inc.***

L'affaire *Terrawinds* découlait d'un contrat de vente conclu entre des entreprises basées au Québec et en Ontario. Il s'agissait donc d'un arbitrage mettant aux prises des intérêts commerciaux extraprovinciaux au sens de l'article 940.6 C.p.c. Insatisfaites d'une décision où deux des trois arbitres leur refusèrent le droit de procéder à un interrogatoire au préalable<sup>20</sup>, *Terrawinds*, *Swef LP* et *Swef GP* présentèrent une « requête pour annuler une sentence arbitrale et demande de sursis des procédures ». Elles estimaient que la décision interlocutoire des arbitres était « manifestement déraisonnable » puisqu'elle excédait le cadre de leur compétence.

Les requérantes reconnaissaient que la décision attaquée était de nature procédurale et qu'elle ne pouvait donc, en principe, faire l'objet d'une requête en annulation. Faisant écho aux passages de la décision *Paris c. Macrae*<sup>21</sup> reproduits dans le présent commentaire, elles proposaient néanmoins de faire exception à cette règle au motif que la décision attaquée présentait un « caractère de finalité irrémédiable »<sup>22</sup>.

---

16. *Supra* note 13 au para. 7.

17. *Ibid.* au para. 28.

18. *Endorecherche inc. c. Université Laval*, 2010 QCCA 232 au para. 2.

19. *Ibid.* au para. 6.

20. Ce droit est prévu à l'article 398 C.p.c. pour les instances judiciaires.

21. *Supra* note 15.

22. *Supra* note 14 au para. 7.



Saisie de cette requête, la juge Devito refusa d'appliquer le raisonnement du juge Mongeon. Selon elle, la portée de cette décision doit se limiter aux seuls cas où un arbitre se prononce sur une déclaration d'inhabilité d'un avocat<sup>23</sup>. Elle émet également un doute sérieux quant à la possibilité, avancée par le juge Mongeon, que certaines décisions arbitrales ne décidant pas des questions de fond soumises par les parties puissent faire l'objet d'une requête en annulation :

[16] Cela dit, avec respect, le Tribunal est pour sa part d'avis que la loi ne l'autorise pas à distinguer, ni à hiérarchiser les décisions arbitrales qui ne tranchent pas de manière finale un ou plusieurs aspects du fond des réclamations soumises à l'arbitrage, afin de déterminer si elles sont assujetties ou non à un contrôle judiciaire, que ce soit par le biais de l'homologation ou de l'annulation. Le législateur a délimité le cadre de l'intervention des tribunaux de droit commun en la matière et le Tribunal estime qu'il ne peut ajouter à la législation, particulièrement à la lumière des termes restrictifs de l'article 940.3 C.p.c.

La juge Devito s'en remet donc aux arguments de l'intimée ABB inc. Cette dernière rappelait notamment que le *Code de procédure civile* confère aux arbitres le pouvoir de rendre diverses ordonnances procédurales<sup>24</sup>, distinctes des sentences arbitrales. La juge Devito conclut donc que la décision interlocutoire contestée, portant sur le droit d'interroger au préalable, constituait une telle ordonnance procédurale et non une sentence arbitrale susceptible d'annulation.

## B. L'arrêt *Inforica* de la Cour d'appel de l'Ontario

À l'image des décisions québécoises étudiées, l'arrêt *Inforica Inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants Inc.*<sup>25</sup> de la Cour d'appel de l'Ontario en 2009 a également permis de clarifier la distinction entre la sentence arbitrale et l'ordonnance de procédure rendue durant l'arbitrage.

À l'origine de cette affaire, Inforica avait institué des procédures d'arbitrage contre l'appelant CGI en se prévalant de la clause compromissoire contenue au contrat de service liant les deux parties. Avant le début de l'audience, l'arbitre acquiesça à la demande de cautionnement pour frais présentée par CGI, estimant qu'Inforica ne serait pas en mesure de payer les dépens et que le cautionnement permettrait d'assu-

23. *Supra* note 14 au para. 15.

24. Art. 944.1 C.p.c.

25. *Inforica inc. c. CGI Information Systems and Management Consultants inc.*, [2009] O.J. No. 3747 (Ont. C.A.).

rer l'intégrité du processus arbitral<sup>26</sup>. L'arbitre s'appuyait notamment sur les *ADR Chamber Rules* et sur l'article 20 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario<sup>27</sup>, analogue à l'article 944.1 C.p.c. :

**20.** (1) Le tribunal arbitral peut déterminer la procédure à suivre au cours de l'arbitrage, conformément à la présente loi.

Insatisfaite de cette décision, Inforica décida de la contester devant la Cour supérieure de l'Ontario. Cette dernière renversa la décision de l'arbitre, jugeant que ce dernier n'avait pas la compétence requise pour ordonner un cautionnement pour frais. La juge de première instance conclut également qu'une ordonnance de cautionnement constitue une catégorie à part de la simple ordonnance de procédure<sup>28</sup>.

En appel, la question suivante fut donc débattue : la Cour supérieure pouvait-elle, en premier lieu, se prononcer sur la requête d'Inforica ? D'emblée, la Cour d'appel rappela les principes devant guider l'intervention des tribunaux durant la procédure d'arbitrage :

[14] It is clear from the structure and purpose of the Act (the Arbitration Act) in general, and from the wording of s. 6 in particular, that judicial intervention in the arbitral process is to be strictly limited to those situations contemplated by the Act. This is in keeping with the modern approach that sees arbitration as an autonomous, self-contained, self-sufficient process pursuant to which the parties agree to have their disputes resolved by an arbitrator, not by the courts. As Inforica states in its factum, "arbitral proceedings are presumptively immune from judicial review and oversight." The Act encourages parties to resort to arbitration, "require[s] them to hold to that course once they have agreed to do so", and "entrenches the primacy of arbitration over judicial proceedings ... by directing the court, generally, not to intervene": *Ontario Hydro v. Denison Mines Ltd.*, [1992] O.J. No. 2948 (Gen. Div.), Blair J.  
[Nos soulignements]

Inforica soutenait que la Cour supérieure pouvait réviser l'ordonnance de cautionnement pour frais en raison de l'article 17(8) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. Cet article, à l'image de l'article 943.1 C.p.c., permet à la Cour d'intervenir lorsque l'arbitre se prononce sur sa propre compétence :

**17.** (1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence en matière de conduite de l'arbitrage et peut, à cet égard, statuer sur les

26. *Ibid.* au para. 7.

27. L.O. 1991, c. 17.

28. *Supra* note 25 au para. 11.

objections relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

[...]

Délai de présentation des objections touchant la compétence

(3) Une partie qui a une objection touchant la compétence du tribunal arbitral en matière de conduite de l'arbitrage doit la présenter au plus tard au début de l'audience ou, en l'absence d'audience, au plus tard à la première occasion à laquelle la partie soumet une déclaration au tribunal arbitral.

[...]

Révision par le tribunal judiciaire

(8) Si le tribunal arbitral statue sur une objection en la traitant comme une question préalable, une partie peut, dans les trente jours de la date où elle a reçu avis de la décision, présenter une requête au tribunal judiciaire pour qu'il rende une décision sur la question.

L'appelante plaidait également que l'ordonnance rendue par le tribunal d'arbitrage constituait une sentence susceptible d'annulation au sens de l'article 46(1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*.

La Cour d'appel réfuta ces deux arguments. Selon le juge Sharpe, l'article 17 doit être interprété à la lumière du principe de l'autonomie de l'arbitrage<sup>29</sup>. Or, si l'on souhaite limiter au minimum l'intervention des tribunaux judiciaires durant l'arbitrage afin de tenir compte de ce principe, l'article 17 réfère forcément à la compétence du tribunal sur le fond du litige (*jurisdiction over the entire substance or subject matter of the case*), et non aux pouvoirs de rendre des ordonnances de nature procédurale<sup>30</sup>. En déterminant qu'il était habilité à rendre une ordonnance de cautionnement pour frais, l'arbitre ne s'est pas prononcé sur sa compétence à décider du différend entre les parties, mais bien sur l'étendue de ses pouvoirs de rendre diverses ordonnances. L'article 17 ne pouvait donc justifier l'intervention des tribunaux judiciaires.

La Cour rejeta également l'argument d'*Inforica* selon lequel la décision de l'arbitre équivalait à une sentence arbitrale susceptible d'annulation. Le plus haut tribunal de l'Ontario préféra réserver la qualification de sentence arbitrale aux seules décisions qui disposent en tout ou en

29. *Ibid.* aux paras. 16 et 22.

30. *Ibid.* au para. 16.

partie du différend entre les parties<sup>31</sup>. L'ordonnance de cautionnement pour frais relevant davantage de la conduite de l'arbitrage, elle ne constituait donc pas une sentence arbitrale aux fins de l'article 46(1). En bref, les tribunaux judiciaires ne pouvaient réviser l'ordonnance rendue avant le prononcé de la sentence.

### C. La décision *Premium Brands* de la Colombie-Britannique

Dans *Premium Brands Operating GP inc. c. Turner Distribution Systems Ltd.*<sup>32</sup>, les parties étaient liées par des *warehouse agreements* en vertu desquels Turner devait acquérir, rénover et gérer des entrepôts pour le compte de Premium Brands, un manufacturier de produits de viande. En mars 2000, Turner a signifié aux prédécesseurs de Premium Brands un avis d'arbitrage dans lequel il soutenait que ces derniers avaient manqué à certains de leurs engagements. Premium Brands a répondu par une demande reconventionnelle dans laquelle elle reprochait à Turner d'avoir sous-traité, sans son consentement, une partie de ses obligations.

À l'été 2000, l'arbitre Clemens a rendu une sentence tranchant en partie les enjeux opposant les deux parties. Quelques années plus tard, soit en juillet 2003, les parties convenaient de référer les différends subsistants au même arbitre. Suite à une première conférence de gestion, Turner a toutefois laissé le dossier traîner jusqu'en 2009, alors qu'elle déposait deux rapports d'experts ainsi qu'une requête pour amender l'avis d'arbitrage. Premium Brands a alors demandé à l'arbitre le rejet complet du processus d'arbitrage pour « défaut de poursuite » (*want of prosecution*), étant donné la longue inactivité de Turner. Bien qu'il ait reconnu que cette inactivité était « *inordinate and not excusable* », l'arbitre Clemens estimait qu'il n'avait pas le pouvoir de rejeter l'ensemble de la procédure pour défaut de poursuite.

Premium Brands s'est donc adressée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la cour de première instance de compétence générale de cette province), afin de demander la permission d'en appeler de cette décision de l'arbitre. L'article 31 du *Commercial Arbitration Act*<sup>33</sup>, qui régit les arbitrages domestiques<sup>34</sup>, permet en effet à une partie

31. *Ibid.* au para. 29.

32. *Supra* note 12.

33. R.S.B.C. 1996, c. 55.

34. Les arbitrages internationaux sont régis par le *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233.

à un arbitrage de demander aux tribunaux de faire trancher une question de droit découlant d'une sentence arbitrale :

Appeal to the court

**31.** (1) A party to an arbitration may appeal to the court on any question of law arising out of the award if

(a) all of the parties to the arbitration consent, or

(b) the court grants leave to appeal.

(2) In an application for leave under subsection (1)(b), the court may grant leave if it determines that

(a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,

(b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or

(c) the point of law is of general or public importance.

(3) If the court grants leave to appeal under this section, it may attach conditions to the order granting leave that it considers just.

(4) On an appeal to the court, the court may

(a) confirm, amend or set aside the award, or

(b) remit the award to the arbitrator together with the court's opinion on the question of law that was the subject of the appeal.

[Nos soulignements]

La Cour suprême de la Colombie-Britannique devait donc déterminer si la décision de l'arbitre constituait une sentence arbitrale au sens de l'article 31. Le *Commercial Arbitration Act* définit ainsi la notion de sentence<sup>35</sup> :

“**award**” means the decision of an arbitrator on the dispute that was submitted to the arbitrator and includes

(a) an interim award,

---

35. *Supra* note 33, art. 1.

(b) the reasons for the decision, and

(c) any amendments made to the award under this Act ;

De son côté, Turner prétendait que la décision de l'arbitre Clemens ne pouvait constituer une sentence arbitrale puisqu'elle ne décidait pas du différend soumis par les parties<sup>36</sup>.

D'après le juge Pearlman, bien qu'une ordonnance pour défaut de poursuite relève de la conduite des procédures<sup>37</sup>, elle modifie tout de même les droits substantiels des parties et entraîne le rejet complet de la procédure d'arbitrage. Pour cette raison, elle se distingue de la simple ordonnance procédurale<sup>38</sup>. En conséquence, estime le juge Pearlman, conclure dans un cas donné qu'il y a défaut de poursuite équivaut à disposer du différend<sup>39</sup>.

Suivant cette logique, si l'arbitre Clemens avait au contraire conclu avoir le pouvoir de sanctionner Turner pour défaut de poursuite, il aurait ainsi disposé, *ipso facto*, de l'ensemble du différend entre les parties. Sa décision aurait alors été assimilable, selon le juge Pearlman, à une sentence arbitrale assujettie au droit d'appel prévu à l'article 31 du *Commercial Arbitration Act*.

Pourquoi en serait-il autrement, demande le juge Pearlman, simplement parce que l'arbitre a conclu qu'il n'était *pas* autorisé à rendre une telle ordonnance ? Il explique :

[59] Arbitrator Clemens' decision that he was powerless to dismiss for want of prosecution did not finally determine the substantive issues in the arbitration. Nonetheless, it involved the substantive rights of the parties. The effect of the arbitrator's decision is that the remaining claims of Turner will proceed to a hearing upon the merits. The arbitrator's jurisdictional decision was a decision on the dispute submitted to him insofar as it determined that Turner was entitled to have its claims heard on the merits, notwithstanding inordinate delay and the likelihood of serious prejudice to the petitioner. Had Arbitrator Clemens concluded that he had jurisdiction, Turner would have been deprived of the opportunity to proceed to a hearing of its outstanding claims. I find that the arbitrator's decision constituted an interim award on the dispute submitted to him.

[Nos soulignements]

---

36. *Supra* note 12 au para. 41.

37. *Ibid.* au para. 47.

38. *Supra* note 12 au para. 56.

39. *Ibid.* au para. 54.

Concluant que l'ordonnance contestée satisfaisait aux autres critères de l'article 31 du *Commercial Arbitration Act*, le juge Pearlman a donc accordé à Premium Brands la permission d'en appeler de la décision de l'arbitre Clemens. L'appel, cependant, fut rejeté : tant la Cour suprême de la Colombie-Britannique que la Cour d'appel ont confirmé que le tribunal d'arbitrage n'avait pas le pouvoir de rejeter un processus d'arbitrage pour défaut de poursuite<sup>40</sup>.

### III. COMMENTAIRES SUR LA JURISPRUDENCE

Les décisions étudiées dans le présent commentaire témoignent de la tension entre la nécessité d'assurer l'efficacité de l'arbitrage consensuel et le rôle que sont appelés à jouer les tribunaux judiciaires afin d'en contrôler la légalité.

La principale question soulevée par ces décisions concerne la qualification des décisions rendues par le tribunal d'arbitrage durant la procédure d'arbitrage. En s'attardant au caractère de finalité d'une décision procédurale et à son effet sur les droits substantiels des parties, les décisions *Paris c. Macrae* et *Premium Brands* invitent les tribunaux judiciaires à s'immiscer davantage dans la procédure arbitrale (A). À l'opposé, en réservant clairement l'appellation de « sentence arbitrale » (susceptible d'être homologuée et d'être révisée par les tribunaux) aux seules décisions arbitrales tranchant le fond du litige, les affaires *Endo-recherche*, *Terrawinds* et *Inforica* réaffirment le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage (B).

#### A. Commentaires sur les décisions *Paris c. Macrae* et *Premium Brands*

Dans *Paris c. Macrae*, le juge Mongeon estimait que certaines décisions arbitrales rendues avant le prononcé de la sentence pouvaient, en raison de leur « nature » ou de leur « caractère de finalité », faire l'objet d'une requête en annulation. L'hypothèse avancée par le juge Mongeon soulève la question suivante : existe-t-il des décisions arbitrales interlocutoires qui, parce qu'elles engendrent des conséquences auxquelles la sentence finale ne saurait remédier, sont assimilables à des sentences susceptibles d'annulation ? Même si au final le juge Mongeon concluait qu'aucun des motifs d'annulation énumérés aux articles 946.4(1) à (5) C.p.c. ne permettait de renverser la décision de

---

40. *Premium Brands Operating GP Inc. c. Turner Distribution Systems Ltd.*, 2010 BCSC 749 et 2011 BCCA 75.

l'arbitre, a-t-il ouvert une brèche qui justifierait une plus grande intervention des tribunaux au stade interlocutoire du processus arbitral ?

À première vue, la proposition du juge Mongeon peut sembler séduisante. En effet, pourquoi ne pas permettre aux tribunaux d'intervenir dès qu'un problème survient au stade interlocutoire au lieu d'attendre la fin du processus ? Ne contribuerait-on pas ainsi à accentuer l'efficacité du processus arbitral ? Avec égard pour ce raisonnement, nous sommes d'avis qu'il fait fi de la logique sous-jacente à la Loi type et aux articles du *Code de procédure civile* régissant l'arbitrage. L'intention du législateur québécois de protéger l'autonomie du processus arbitral et de donner plein effet au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage est sans équivoque. L'article 940.3 C.p.c prévoit que seul un nombre restreint de décisions arbitrales interlocutoires peut faire l'objet de l'intervention des tribunaux<sup>41</sup>. Ce préjugé favorable envers l'autonomie du processus est tel que même lorsque la compétence d'un arbitre est contestée devant les tribunaux, la procédure arbitrale peut suivre son cours<sup>42</sup>.

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Air France c. Mbaye*<sup>43</sup>, a résumé en termes clairs cette intention du législateur en rappelant que l'objectif « fondamental » du législateur québécois était « l'épuisement de la procédure d'arbitrage avant le recours aux tribunaux judiciaires »<sup>44</sup>. L'hypothèse avancée par le juge Mongeon nous semble donc aller à l'encontre du principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage consacré par le *Code de procédure civile* et reconnu par la jurisprudence.

Par ailleurs, qu'en est-il de l'argument, reproduit au paragraphe 16 du jugement, selon lequel « le *Code de procédure civile* ne contient aucune disposition *empêchant* l'homologation d'une décision arbitrale interlocutoire » ? En effet, l'article 946 C.p.c. permet l'homologation de la « sentence arbitrale » mais, à l'image de la Loi type, ne définit pas cette notion. Une interprétation littérale pourrait donc permettre d'argumenter que la notion de « sentence arbitrale » comprend tant les sentences décidant du différend que les décisions de nature procédurale. Comme nous l'enseigne l'auteur Frédéric Bachand<sup>45</sup>, les décisions et ordonnances

41. Il s'agit des articles 940.1, 940.4, 941.1-941.3, 942.4-942.7, 943.1-943.2, 944.6 et 944.8 C.p.c.

42. Art. 943.1 C.p.c.

43. *Compagnie nationale Air France, La c. Mbaye et al.*, J.E. 2003-746 (C.A.). Ogilvy Renault, s.e.n.c.r.l., s.r.l., représentait l'intimée Libyan Arab Airlines.

44. *Ibid.* au para. 70.

45. F. Bachand, « Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances



ces procédurales rendues par l'arbitre ne devraient toutefois pas être assimilées à la notion de sentence arbitrale. Le livre VII du *Code de procédure civile* ayant épousé le principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage, seules les sentences tranchant le fond du litige, et non les ordonnances ou décisions de nature procédurale rendues en cours d'instance, devraient pouvoir faire l'objet d'une requête en homologation<sup>46</sup>. C'est également l'opinion de la Cour d'appel qui, dans *The Gazette c. Blondin*<sup>47</sup>, s'exprimait dans ces termes :

[48] Une première difficulté concerne le statut d'une sentence qualifiée d'« intérimaire ». Il n'est pas sûr que la sentence Sylvestre n° 2, en tant que telle, aurait pu faire l'objet d'une demande d'homologation. Pouvait-elle, dans ces conditions, faire l'objet d'une demande d'annulation ? Ou s'agissait-il au contraire d'une simple ordonnance de procédure, étape préalable à l'élaboration d'une éventuelle sentence finale au fond qui elle seule aurait pu faire l'objet, le moment venu, d'une demande d'homologation ou d'une demande d'annulation.

Le droit français, tout comme le droit anglais, distingue aussi la sentence arbitrale susceptible d'homologation de l'ordonnance de procédure<sup>48</sup>.

Au-delà de la qualification donnée par l'arbitre à la décision rendue en cours d'instance, il est donc nécessaire, afin de déterminer s'il s'agit bien d'une sentence arbitrale susceptible d'homologation, d'analyser si ladite décision tranche le fond du litige.

Qui plus est, qualifier les décisions procédurales de sentences arbitrales conduirait au résultat absurde où, en vertu de l'article 947.4 C.p.c., les parties auraient trois mois pour en demander l'annulation. De tels délais contreviendraient aux objectifs d'efficacité et de certitude qui sous-tendent le Livre VII du *Code de procédure civile* en facilitant le recours aux tactiques dilatoires : à tout moment durant ce délai de trois mois, une partie pourrait paralyser le déroulement de l'arbitrage en contestant toute décision portant sur une question de procédure.

---

de procédure rendues par les arbitres » dans *Arbitrage commercial*, 35 R.J.T. n.s. I, 2001, pp. 481-482.

46. En principe, la notion de sentence arbitrale pourrait toutefois inclure les sentences dites intérimaires. La sentence intérimaire est rendue pendant la procédure d'arbitrage et tranche de façon provisoire le fond du différend. Son caractère intérimaire signifie qu'elle peut être modifiée par la sentence finale.

47. *Supra* note 8 au para. 48.

48. *Supra* note 45 aux pp. 481-482.

En conséquence, la conclusion du juge Mongeon quant à la possibilité d'homologuer une ordonnance décidant d'une requête en déclaration d'inhabilité nous semble erronée : la décision contestée, malgré son caractère apparent de finalité, ne décidait pas du fond du litige.

Dans *Premium Brands*, le raisonnement du juge Pearlman propose également une exception difficilement justifiable au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage. Il s'agit de plus, à la lumière de la jurisprudence qui y est citée, de la première décision à proposer un tel élargissement de la notion de sentence arbitrale prévue à l'article 1 du *Commercial Arbitration Act*.

Le raisonnement du juge Pearlman est principalement basé sur les effets potentiels et hypothétiques d'une ordonnance procédurale donnée sur les droits substantiels des parties. À l'image du défaut de poursuite, principal point de discord traité dans cette décision, il existe toutefois de nombreuses décisions procédurales dont la sanction peut affecter les droits substantiels des parties ou même entraîner le rejet complet d'une action. La faille du raisonnement proposé par le juge Pearlman est d'ailleurs bien résumée dans ce passage de l'arrêt *Infirica*<sup>49</sup> :

[26] I recognize that failure to satisfy an order for security for costs may lead to a dismissal of the claim, but the sanction for non-compliance with an order cannot alter the nature of the order itself. Many procedural or interlocutory orders – for particulars, for production of documents, for the payment of costs ordered in interlocutory proceedings – may carry the ultimate sanction of dismissal of the non-complying party's claim. But if the claim is dismissed, the dismissal flows from the party's failure to comply with the interlocutory or procedural order, not from the order itself, and does not alter the interlocutory or procedural nature of the order that led to dismissal: see *Laurentian Plaza Corp. v. Martin reflex* (1992), 7 O.R. (3d) 111 (C.A.).  
[Nos soulignements]

Peut-être la décision du juge Pearlman s'explique-t-elle du fait que contrairement à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario et au *Code de procédure civile* du Québec, le *Commercial Arbitration Act*, lui, contient une définition de la notion de sentence. En effet, cette loi précise qu'une sentence arbitrale est une décision de l'arbitre sur le différend (*dispute*) dont il est saisi<sup>50</sup>. Le débat entourant l'existence du pouvoir de sanctionner une partie pour défaut de poursuite pourrait-il constituer un différend

49. *Supra* note 25 au para. 26.

50. *Supra* note 33, art. 1.

aux fins de cette définition<sup>51</sup> ? Une telle interprétation, littérale, justifierait toutefois l'intervention des tribunaux dès qu'un désaccord surviendrait sur des questions d'ordre procédural. Or, le juge Pearlman souligne que le *Commercial Arbitration Act* a plutôt comme objectif de décourager le recours aux tribunaux judiciaires pour des questions préliminaires soulevées pendant l'arbitrage<sup>52</sup>. La notion de « différend » à laquelle réfère le *Commercial Arbitration Act*, nous semble donc viser nécessairement, tout comme l'article 946 C.p.c., les réclamations soumises par les parties et non les différentes questions d'ordre procédural pouvant être soulevées en cours d'instance.

Enfin, le juge Pearlman justifie également sa décision en concluant que la sentence finale, de toute façon, n'aurait pu remédier au préjudice causé à Premium Brands par l'inactivité de Turner<sup>53</sup>. Cette conclusion semble également discutable puisque l'arbitre aurait pu, en livrant sa sentence, pénaliser Turner en lui faisant supporter une plus grande partie des dépens ou en mitigeant, le cas échéant, les dommages auxquels elle aurait droit.

## **B. Commentaires sur les décisions *Endorecherche*, *Terrawinds* et *Inforica***

À la différence de *Paris c. Macrae* et de *Premium Brands*, les autres décisions étudiées illustrent la volonté des tribunaux de préserver l'autonomie de l'arbitrage en donnant plein effet au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage.

Dans *Endorecherche* et *Terrawinds*, la thèse proposée par les demandeurs rappelle le raisonnement du juge Mongeon dans l'affaire *Paris c. Macrae* : lorsqu'une ordonnance procédurale peut causer un préjudice auquel la sentence finale ne pourra remédier, elle devrait pouvoir faire l'objet d'une requête en annulation avant le prononcé de la sentence. La réponse donnée par les tribunaux infirme la validité de cette thèse. Dans *Endorecherche*, la Cour d'appel insiste notamment sur le caractère procédural de l'ordonnance de communication de documents<sup>54</sup> avant de conclure que cette dernière ne peut être visée par une requête en annulation au sens de l'article 947 C.p.c. Puis, dans *Terrawinds*, le juge Devito remet expressément en cause les conclusions du juge Mongeon et explique que le *Code de procédure civile* n'autorise pas

51. *Supra* note 12 au para. 57.

52. *Ibid.* au para. 36.

53. *Ibid.* au para. 106.

54. *Supra* note 18 au para. 6.

le contrôle judiciaire, avant le prononcé de la sentence, des décisions arbitrales ne décidant pas du fond du litige<sup>55</sup>. En rejetant les exceptions envisagées par le juge Mongeon, ces décisions nous semblent correctement refléter la volonté du législateur d'adhérer pleinement au principe du contrôle *a posteriori* de la légalité de l'arbitrage.

En Ontario, l'arrêt *Inforica* participe aussi à cette tendance jurisprudentielle en retenant une définition de « compétence de l'arbitre » favorable à l'autonomie de l'arbitrage. Comme le soutenait l'appelante *Inforica*, il est vrai que lorsqu'un tribunal d'arbitrage est saisi d'une objection portant sur sa compétence, et qu'il statue sur le sujet, l'une ou l'autre des parties peut généralement interjeter appel de cette décision devant les tribunaux de droit commun. Il s'agit, rappelons-le, de l'une des rares exceptions au principe du contrôle *a posteriori*<sup>56</sup>. Selon l'auteur Frédéric Bachand, la notion de compétence visée par cette exception doit toutefois être interprétée de façon stricte comme étant « l'aptitude du tribunal arbitral à trancher le litige dont il est saisi », et non comme « l'étendue des pouvoirs dont il disposait de rendre certains types d'ordonnances procédurales »<sup>57</sup>. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario, seule cette conception de la notion de compétence correspond à l'approche moderne favorisant l'autonomie du processus arbitral<sup>58</sup>.

#### IV. CONCLUSION

Ce bref survol de la jurisprudence récente portant sur le rôle des tribunaux judiciaires à l'égard des décisions rendues pendant le déroulement de l'arbitrage révèle, en Ontario et au Québec, une volonté réelle des tribunaux de droit commun de soutenir l'autonomie du processus arbitral et de n'intervenir que dans les cas expressément prévus par la loi. Quant à *Paris c. Macrae*, nous croyons que les décisions *Endorecherche* et *Terrawinds* dissipent tout doute quant aux interrogations soulevées par la Cour dans cette affaire.

En Colombie-Britannique, la décision *Premium Brands* assimile les décisions procédurales pouvant mettre fin au litige à des sentences finales et révisables et, ce faisant, ouvre la porte à une intervention accrue des tribunaux. Ce jugement causera-t-il une augmentation du

55. *Supra* note 14 au para. 16.

56. À titre d'exemples, voir l'article 943.1 C.p.c. et l'article 16(3) de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial*, *supra* note 4. Voir également *L'intervention du juge canadien*, *supra* note 6, p. 305.

57. *Supra* note 6 à la p. 312.

58. *Supra* note 25 au para. 16.

nombre d'appels « déguisés » au stade interlocutoire d'un arbitrage ? Bien que le raisonnement qu'il contient est contestable, il ne faudrait toutefois pas en exagérer l'influence. Rappelons notamment que le *Commercial Arbitration Act*, sur lequel il s'appuie, ne gouverne que les arbitrages domestiques et ne s'applique pas aux arbitrages commerciaux internationaux<sup>59</sup>. De plus, les parties peuvent toujours exclure le droit d'appel conféré par la loi dans leur convention d'arbitrage. La jurisprudence subséquente traitant de cette décision nous dira néanmoins si son impact se limitera aux situations analogues aux défauts de poursuite ou si, au contraire, elle créera une entorse durable à l'autonomie du processus arbitral.

La jurisprudence étudiée rappelle surtout qu'en l'absence d'une définition formelle de la notion de sentence arbitrale, les tribunaux doivent se garder de confondre ordonnances procédurales et sentences arbitrales. Autrement, l'autonomie de l'arbitrage consensuel s'en trouverait grandement amoindrie.

---

59. *Commercial Arbitration Act*, supra note 33, art. 1, « arbitration agreement ».