

L'ÉVOLUTION DE L'ARBITRAGE QUÉBÉCOIS ET LES MODIFICATIONS SUGGÉRÉES PAR LE PROJET DE LOI 28 : AVANCÉE OU ILLUSION ?

Isabelle Vendette*

RÉSUMÉ	123
INTRODUCTION	125
A. LIMITES AUX POUVOIRS ET À L'AUTONOMIE DE L'ARBITRE AU QUÉBEC EN VERTU DES RÈGLES ACTUELLES	126
1. La convention d'arbitrage : le pouvoir des parties d'élargir ou limiter la compétence de l'arbitre	126
2. Le choix par les parties des règles procédurales applicables à l'arbitrage	128
3. L'injonction : limite aux pouvoirs de l'arbitre en vertu du droit actuel	129
4. L'homologation : limite à l'autonomie de l'arbitrage	130
a) Les motifs de refus d'homologation ou d'annulation de la sentence arbitrale	131

* Avocate associée chez McCarthy Tétrault. L'auteure tient à remercier Mathieu Courchesne, étudiant en droit, pour sa précieuse collaboration lors de la rédaction de cet article.

© 2013 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 3, Numéro 2.

B. LA RÉFORME PROPOSÉE DES RÈGLES SUR L'ARBITRAGE	134
1. Mise en contexte	134
2. Critiques de l' <i>Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile</i>	134
3. Louanges et critiques du <i>Projet de loi 28 (Loi instituant le nouveau Code de procédure civile)</i>	136
a) L'objectif du Projet de loi	136
b) L'adoption de la règle de l'arbitre unique	137
c) La reconnaissance de l'immunité de l'arbitre	137
d) Le rôle de conciliateur de l'arbitre	137
e) L'absence dans le Projet de loi de certaines dispositions garantant de l'autonomie de l'arbitrage.	138
f) La réforme apportée par le Projet de loi quant aux pouvoirs de l'arbitre d'émettre des ordonnances d'injonction.	138
g) Le pouvoir de l'arbitre de rendre des ordonnances <i>ex parte</i>	140
h) Le pouvoir de l'arbitre d'émettre d'autres mesures provisionnelles.	143
CONCLUSION	144

L'évolution de l'arbitrage québécois et les modifications suggérées par le projet de loi 28 : avancée ou illusion ?

Isabelle Vendette

RÉSUMÉ

Cet article se propose d'abord d'analyser le principe de l'autonomie de l'arbitrage ainsi que les limites aux pouvoirs de l'arbitre en vertu des règles actuelles du droit de l'arbitrage québécois. Malgré l'objectif louable du législateur de favoriser le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits, l'étape additionnelle de l'homologation d'une sentence arbitrale et l'obligation de recourir aux tribunaux de droit commun afin d'obtenir une mesure provisionnelle sont des exemples évidents des limites de l'arbitrage.

Nous commenterons ensuite la réforme proposée par le législateur en matière d'arbitrage dans le cadre du remaniement du *Code de procédure civile* et du Projet de loi 28 récemment présenté à l'Assemblée nationale. Il sera question plus particulièrement des pouvoirs additionnels accordés par le législateur à l'arbitre en matière de mesures provisionnelles et de sauvegarde, visant à affirmer le principe de l'autonomie de l'arbitrage reconnu par les tribunaux. En effet, si le Projet de loi 28 est adopté, l'arbitre pourra dorénavant émettre des ordonnances d'injonction, incluant des injonctions provisoires *ex parte*, pouvoir auparavant réservé à la Cour supérieure.

INTRODUCTION

La question de la place de l'arbitrage au Québec entre dans le cadre d'une réflexion profonde au sein de la communauté juridique sur l'accès à la justice et le rôle des modes alternatifs de règlement des différends. L'arbitrage est un régime encadré législativement par le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* qui appuient ce mode de justice sur le consensualisme, la flexibilité et l'autonomie. La réforme récemment suggérée s'appuie sur ces principes maintenant bien reconnus pour élargir davantage les pouvoirs de l'arbitre et encourager le recours à ce mode de résolution des conflits.

L'arbitrage est une institution de longue date qui a été adoptée dès l'arrivée des premiers colons français en Amérique du Nord¹. Ce qui était initialement une institution de nécessité pour les Canadiens-Français est ensuite devenu pour eux une alternative à la juridiction des tribunaux anglais².

Malgré les origines lointaines de l'arbitrage au Québec, l'attitude des tribunaux à l'égard de l'arbitrage n'a pas toujours été favorable. Le premier *Code de procédure civile* au Québec entra en vigueur le 28 juin 1867. L'article 1341 prévoyait :

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.

Malgré cette formulation qui présente la clause compromissoire sous l'angle d'un accord de volontés, la jurisprudence refusa de reconnaître le caractère obligatoire de la clause d'arbitrage³. Ce courant atteint son apogée quand la Cour suprême du Canada énonça que la

1. Louis Marquis, « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel » dans H. Patrick Glenn, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1993 aux pp. 447-486.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

clause compromissoire contrariait l'ordre public, témoignant ainsi de l'attitude réfractaire des tribunaux envers la justice arbitrale⁴.

En 1965, le nouveau *Code de procédure civile* entra en vigueur, dont l'article 951 qui prévoyait que la clause compromissoire devait être constatée par écrit. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt de principe *Zodiak*⁵, énonça qu'en adoptant l'article 951, le législateur voulut reconnaître la validité et la légalité de la clause compromissoire parfaite (excluant le recours aux tribunaux) en droit québécois. Malgré la légitimité retrouvée de l'arbitrage, son cadre juridique était inadapté aux besoins de l'époque et la popularité de ce régime stagna⁶.

L'enjeu principal de l'arbitrage est d'en faire un mode attrayant de règlement des conflits favorisant l'accessibilité de la justice pour tous. C'est précisément dans cet état d'esprit qu'en 1986, le législateur proposa un remaniement complet des dispositions relatives à l'arbitrage prévues au *Code de procédure civile* (« C.p.c. ») intégrant certaines dispositions de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁷, et reflétant l'ouverture du Québec sur le reste du monde. Ce sont ces dispositions qui sont toujours en vigueur à ce jour.

Le présent article se propose d'abord d'analyser l'autonomie de l'arbitrage, soit les pouvoirs de l'arbitre et les limites à son autorité en vertu du droit actuel de l'arbitrage québécois. Nous analyserons ensuite les perspectives d'avenir de ce mode alternatif de résolution des conflits à la lumière de la réforme proposée par le législateur dans le cadre du remaniement du *Code de procédure civile* et du *Projet de loi 28* récemment présenté à l'Assemblée nationale.

A. LIMITES AUX POUVOIRS ET À L'AUTONOMIE DE L'ARBITRE AU QUÉBEC EN VERTU DES RÈGLES ACTUELLES

1. La convention d'arbitrage : le pouvoir des parties d'élargir ou limiter la compétence de l'arbitre

La convention d'arbitrage est une manifestation de la volonté des parties quant à l'étendue du mandat qu'elles souhaitent accorder au tiers décideur. À l'exception de l'arbitrage statutaire, les parties à un différend

4. *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144.

5. *Zodiak International c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

6. L. Marquis, *supra* note 1.

7. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I ; voir, à cet effet, *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888.

ne peuvent être tenues de soumettre un différend à l'arbitrage à moins qu'elles n'y aient consenti – ce consentement pouvant être donné après la naissance du litige ou avant même qu'il ne survienne⁸. Cette convention doit être écrite, ou du moins non contestée si elle est intervenue oralement⁹. La convention d'arbitrage, ou clause compromissoire, constitue avant tout un contrat. Elle est donc assujettie aux dispositions générales en matière d'obligations contractuelles, en l'absence de dispositions spécifiques à l'effet contraire. La jurisprudence est à l'effet que la convention d'arbitrage doit recevoir une interprétation large et libérale, favorisant ainsi le recours à l'arbitrage et le règlement des différends susceptibles de survenir entre les parties à la convention¹⁰.

Les parties peuvent convenir de soumettre tous ou seulement certains types de différends à l'arbitrage¹¹. Pour être qualifiée de « clause compromissoire parfaite », celle-ci doit exprimer le caractère obligatoire de l'arbitrage par opposition à une clause qui n'exclurait pas clairement tout recours aux tribunaux¹². Il revient aux arbitres de statuer eux-mêmes sur leur propre compétence¹³.

Les parties prévoient la portée de la convention d'arbitrage. Il s'agit d'une liberté contractuelle soumise aux règles de l'ordre public¹⁴. La règle générale est à l'effet que tout rapport juridique est arbitral sauf si une exception est établie. Le législateur exclut des matières arbitrales les différends portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales et sur les questions intéressant l'ordre public¹⁵. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* apporte des balises quant au recours à l'arbitrage en droit de la consommation¹⁶.

8. Art. 2638 C.c.Q.

9. Art. 2640 C.c.Q.

10. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178 ; *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2012 QCCA 385 ; *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, J.E. 2000-225 (C.A.).

11. *Compagnie d'assurance Standard Life c. Boulianne*, [1999] R.L. 341 (C.A.) ; *9064-1622 Québec inc. c. Société Telus Communications (Telus Mobilité)*, 2008 QCCS 2975.

12. *Grand Toys International Inc. c. Zuckerman*, J.E. 2004-1976 (C.A.) ; voir aussi Marie-Josée Hogue et Véronique Roy, « Arbitrages », Fascicule 27, *JurisClasseur Québec – Procédure civile II*, Montréal, LexisNexis Canada, 2010.

13. Art. 943 C.p.c. ; voir aussi *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.).

14. Voir l'article 940 C.p.c. ainsi que *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, précité, note 10 ; et *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.).

15. Art. 2639, al. 1 C.c.Q.

16. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40, art. 11.1.

2. Le choix par les parties des règles procédurales applicables à l'arbitrage

La procédure d'arbitrage peut être établie par les parties dans leur contrat ou, à défaut, par les règles prévues au livre VII du *Code de procédure civile*, qui ont un caractère supplétif. Cependant, malgré le principe fondamental de la liberté contractuelle, les parties ne peuvent déroger à certaines règles procédurales d'ordre public. L'arbitrage qui, par définition, substitue une justice privée à la justice étatique doit « garantir aux justiciables la même mesure de justice que celle distribuée par les tribunaux, d'où l'élaboration des règles de procédure destinées à assurer l'impartialité de l'arbitre et le respect des règles de justice fondamentale »¹⁷.

Par exemple, l'article 56 de la *Charte des droits et libertés de la personne* s'applique aux tribunaux arbitraux (car exerçant des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires) et prévoit qu'ils devront observer certains principes fondamentaux tels le droit à l'avocat¹⁸, le droit à une audition impartiale et la règle *audi alteram partem*¹⁹. La règle *audi alteram partem* reçoit application car indissociable de l'accomplissement de la fonction judiciaire²⁰. Elle est intimement liée à la notion d'audition impartiale qui est en outre assurée par l'exigence d'impartialité des arbitres. Tout manquement à la règle de l'audition des parties peut donner ouverture à l'annulation de la sentence arbitrale ou mettre en échec son homologation²¹.

Un autre exemple de la liberté encadrée des parties à l'arbitrage est la possibilité de prévoir dans la convention d'arbitrage que les arbitres agiront à titre « d'amiables compositeurs », rôle qui n'est aucunement précisé dans la loi²². La jurisprudence est venue circonscrire ce statut exceptionnel accordé aux arbitres²³. Ainsi, les arbitres qui agissent à titre d'amiables compositeurs sont déchargés de l'obligation d'observer certaines règles de droit substantives et procédurales. Il existe évidemment des limites à cet affranchissement, par exemple les

17. *Sport Maska Inc. c. Zittler*, [1988] 1 R.C.S. 564.

18. Art. 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

19. Art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ; voir aussi Jean Denis Gagnon, « La convention d'arbitrage » dans *Droit spécialisé des contrats, Volume 2 – Les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1999 à la p. 10.

20. J.D. Gagnon, *supra* note 19.

21. Art. 946.4(3^o) et 950 C.p.c.

22. Art. 944.10 C.p.c.

23. *Sport Maska Inc. c. Zittler*, *supra* note 17.

règles de justice naturelle telles *audi alteram partem*, l'impartialité des arbitres, et l'obligation de motiver une décision²⁴. Dans l'arrêt Coderre, la Cour d'appel a également jugé que l'arbitre agissant à titre d'amiable compositeur devait décider conformément aux stipulations du contrat et ne pouvait lui permettre de réécrire le contrat²⁵. Les arbitres doivent également observer les dispositions de la convention d'arbitrage portant sur leur propre compétence²⁶.

3. L'injonction : limite aux pouvoirs de l'arbitre en vertu du droit actuel

Il convient également de s'attarder sur la question du pouvoir des arbitres d'émettre des ordonnances d'injonction. Cette question a récemment été examinée dans l'arrêt *Nearctic*²⁷ qui a mis fin à une controverse jurisprudentielle²⁸. Dans cet arrêt, la Cour d'appel confirme sa position prise dans l'arrêt *Bérubé*²⁹, et réitère que l'injonction est un recours extraordinaire qui ne peut en principe être accordé au Québec que par la Cour supérieure, tel que prévu à l'article 940.4 C.p.c.

Cependant, dans l'arrêt *Nearctic*, la Cour d'appel ouvre la porte à certains pouvoirs de l'arbitre en matière d'injonction. Par exemple, la Cour indique que les parties à l'arbitrage peuvent, dans la convention d'arbitrage, accorder à l'arbitre le pouvoir d'émettre des mesures provisionnelles³⁰. La Cour d'appel fait également un pas en avant en reconnaissant que l'arbitre peut, dans sa décision, émettre des ordonnances d'exécution en nature. Ces ordonnances déclaratoires de faire ou de ne pas faire visent à donner plein effet à la détermination par l'arbitre des droits des parties. La Cour précise qu'une telle ordonnance émise par l'arbitre a un effet déclaratoire et est assimilable à une action en passation de titre, ce qui ne contrevient pas au pouvoir exclusif de la Cour supérieure en matière d'injonction. Seule la procédure d'injonction

24. J.D. Gagnon, *supra* note 19.

25. *Coderre c. Coderre*, *supra* note 7.

26. J.D. Gagnon, *supra* note 19.

27. *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, *supra* note 10.

28. *Lachapelle Pontiac Buick GMC Itée c. General Motors du Canada Itée*, 2010 QCCS 1126 ; *Dubois & Frères Itée c. General Motors du Canada Itée*, 2010 QCCS 962 ; *Placements Raoul Grenier inc. c. Coopérative forestière Laterrière*, J.E. 2002-1183 (C.S.) (appel rejeté J.E. 2003-2275) ; voir aussi Mountagha Ekoukou-Sow, « Chronique – Arbitrage consensuel en droit québécois : le pouvoir des arbitres de rendre des ordonnances forçant l'exécution en nature d'une obligation » dans *Repères*, juillet 2012 à la p. 4, *La référence Droit civil*, EYB2012REP1218.

29. *Service Bérubé Itée c. General Motors du Canada Itée*, 2011 QCCA 567.

30. *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, *supra* note 10.

proprement dite, qui entraîne des conséquences pénales en cas de non-respect de l'ordonnance, relève exclusivement de la Cour supérieure.

Ainsi, malgré le refus des tribunaux de reconnaître aux arbitres le pouvoir d'émettre des injonctions, principalement en raison de l'existence de l'article 940.4 C.p.c., l'effet de cette prohibition s'érode par une interprétation libérale des pouvoirs des arbitres.

4. L'homologation : limite à l'autonomie de l'arbitrage

Le principe de l'autonomie constitue la clef de voûte du régime de l'arbitrage conventionnel au Québec. La réforme du *Code de procédure civile* en 1986 reflète cet objectif, mais c'est l'arrêt de principe *Desputeaux*³¹ qui éleva l'autonomie de l'arbitrage au rang de principe fondamental. Cette autonomie s'exprime entre autres dans le pouvoir des arbitres de statuer sur leur propre compétence ainsi que dans leur pouvoir de rendre des sentences arbitrales qui tranchent les droits des parties.

Malgré l'objectif louable de l'autonomie, l'une de ses limites les plus évidentes est le processus d'homologation de la sentence arbitrale par les tribunaux de droit commun. En principe, la sentence arbitrale lie les parties dès son prononcé³². Cependant, elle n'est susceptible d'exécution forcée que si elle est homologuée par le tribunal³³. En effet, l'arbitre n'ayant aucun pouvoir de contrainte, il est impossible, avant l'homologation, de forcer l'exécution d'une sentence arbitrale advenant le refus d'une partie de s'y conformer volontairement. En revanche, celui qui ne respecte pas une sentence arbitrale homologuée est passible d'outrage au tribunal³⁴.

Le rôle de la Cour supérieure lors de l'homologation n'est cependant pas de revenir aux causes du différend et de le résoudre. L'article 946.2 C.p.c. énonce clairement que le juge homologuant ne peut examiner le fond du différend³⁵. Cette disposition consacre ainsi le principe de

31. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, supra note 10.

32. Art. 945.4 C.p.c.

33. Art. 946 C.p.c.

34. *Sheppard c. Université McGill (The Royal Institution for the Advancement of Learning)*, J.E. 2001-757 (C.A.).

35. Voir aussi Donald Béchar, « Homologation et annulation de la sentence arbitrale » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 2, citant *Lemelin c. Lanteigne*, J.E. 89-177 (C.S.).

l'autonomie de l'arbitrage, que nous qualifions de relative, et tente d'atténuer l'impact de l'étape de l'homologation.

a) Les motifs de refus d'homologation ou d'annulation de la sentence arbitrale

Les motifs pour le refus d'homologation sont les mêmes que pour l'annulation d'une sentence arbitrale³⁶. Une partie peut demander l'annulation de la sentence arbitrale, indépendamment ou non d'une demande de la partie adverse d'homologuer la sentence arbitrale³⁷. En effet, le législateur prévoit deux façons de demander l'annulation : par requête au tribunal ou en défense à une requête en homologation³⁸.

L'article 946.4 C.p.c. prévoit les motifs pour lesquels le tribunal peut refuser l'homologation. D'abord, il est établi que la convention d'arbitrage doit être valide pour que la décision qui en découle soit exécutoire³⁹. Il s'agit d'une conséquence logique du fait qu'elle constitue un contrat nommé assujéti au droit commun. Les parties à l'acte doivent avoir la capacité de contracter pour que leur engagement soit valide⁴⁰. Outre les règles générales de droit civil s'appliquant à la validité des contrats, une loi particulière pourrait faire en sorte qu'une convention d'arbitrage soit considérée illicite. À cet égard, nous rappelons la *Loi sur la protection du consommateur*⁴¹ qui prohibe dorénavant l'obligation imposée à un consommateur de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, sans pour autant éliminer la possibilité pour ce dernier d'y consentir après la survenance d'un litige.

Ensuite, l'homologation peut être refusée en raison d'un manquement aux principes de justice naturelle lors de l'arbitrage. Le troisième paragraphe de l'article 946.4 C.p.c. prévoit ainsi que le tribunal peut refuser l'homologation s'il est établi qu'il a été impossible pour une partie de faire valoir ses droits ou si la règle *audi alteram partem* n'a pas été respectée lors de l'arbitrage. Par ailleurs, les tribunaux ont également confirmé la possibilité pour les parties d'exclure le contre-interrogatoire de la procédure arbitrale et de prévoir que l'arbitre doit rendre sa décision sur la base de la seule argumentation écrite⁴².

36. Art. 947.2 C.p.c.

37. Art. 947 C.p.c.

38. Art. 947.1 C.p.c.

39. Art. 946.4, al. 2 C.p.c.

40. Art. 946.4, al. 1 C.p.c. ; voir aussi *Société de gestion Paquin Itée c. Mousseau*, J.E. 96-726 (C.S.).

41. *Loi sur la protection du consommateur*, supra note 16, art. 11.

42. *The Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne*, J.E. 94-1591 (C.S.) ; *Silverberg c. Hooper*, J.E. 90-437 (C.S.).

L'annulation de la sentence arbitrale demeure possible dans les cas où il y aurait eu un excès de compétence de la part de l'arbitre qui aurait agi au-delà de l'étendue de ses pouvoirs⁴³. On évoque la situation où la sentence arbitrale ne porte pas sur un différend visé par la convention d'arbitrage ou lorsque l'arbitre décide au-delà des termes de la convention d'arbitrage⁴⁴. Ainsi, une telle décision qui excède le mandat délégué à l'arbitre par les parties est par conséquent entachée de nullité. Il est également établi que les arbitres ne peuvent décider d'une question qui a légalement fait l'objet d'une entente entre les parties⁴⁵. C'est aussi le cas lorsqu'une partie se désiste unilatéralement du seul avis de différend que l'arbitre avait à trancher⁴⁶. L'annulation demeure possible dans le cas où le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté⁴⁷. Cependant, les tribunaux ont indiqué que si la partie qui allègue une violation de la procédure arbitrale applicable n'en subit pas de préjudice et n'est pas empêchée de faire ses représentations, alors les tribunaux n'annuleront pas la sentence arbitrale pour ce motif⁴⁸.

Qu'en est-il du pouvoir des tribunaux de substituer leur propre appréciation des faits ou du droit à celle de l'arbitre ? Il est clair que le législateur n'a pas prévu de droit d'appel de la sentence arbitrale. La révision judiciaire n'est pas non plus applicable à une décision d'un tribunal arbitral conventionnel puisque ce dernier n'est pas un tribunal administratif⁴⁹.

Il importe de distinguer la jurisprudence d'avant 1986 des décisions plus récentes⁵⁰. La jurisprudence antérieure démontre que les tribunaux se réservaient la faculté de refuser d'entériner une décision purement arbitraire ou entachée d'une erreur manifestement déraisonnable, et ce, malgré l'absence d'un tel motif au *Code de procédure civile*⁵¹.

43. Par. 4^o de l'article 946.4 C.p.c.

44. *Leduc c. Houle*, J.E. 96-1657 (C.S.).

45. *Trudel c. Placements immobiliers R. & A. Scott inc.*, J.E. 95-1667 (C.S.).

46. *Néron c. Néron*, J.E. 97-552 (C.S.).

47. Par. 5 de l'article 946.4 C.p.c. ; voir aussi *Société d'investissements l'Excellence inc. c. Rhéaume*, 2008 QCCS 3083 ; *Pétrolière impériale c. Lessard*, J.E. 96-439 (C.S.) ; *Leduc c. Houle*, supra note 44.

48. *Holding Tusculum, b.v. c. Louis Dreyfus, s.a.s.*, 2008 QCCS 5904.

49. *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard*, [1985] R.D.J. 556 (C.A.) ; *9101-0983 Québec inc. c. 9051-4076 Québec inc.*, 2012 QCCS 724.

50. Voir, à cet effet, *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Savard Itée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

51. *Fortin c. Centre communautaire juridique du nord-ouest*, J.E. 84-1024 (C.A.).

La jurisprudence plus récente a reconnu que les motifs de contestation mentionnés à l'article 946.4 *C.p.c.* sont limitatifs et doivent être interprétés restrictivement⁵². Les tribunaux ont rappelé à plusieurs reprises que leur intervention quant à la sentence arbitrale ne correspond pas à un appel de cette décision⁵³. En effet, lors d'une demande d'homologation ou d'annulation, le tribunal ne doit pas analyser les mérites du litige⁵⁴. La jurisprudence précise que le juge doit entériner la sentence arbitrale même s'il est en parfait désaccord avec ses conclusions⁵⁵. Dans l'arrêt *Desputeaux*⁵⁶, la Cour suprême rappelle que le législateur a volontairement restreint le degré de contrôle des tribunaux sur les sentences arbitrales pour préserver l'autonomie de cette institution. En effet, le contrôle de la justesse des sentences arbitrales compromet l'autonomie souhaitée par le législateur qui exprime clairement sa volonté à l'article 946.2 *C.p.c.*

La Cour d'appel affirmait récemment dans l'arrêt récent *Nearctic*⁵⁷ que la norme de contrôle est très restrictive et ne permet pas de revoir le mérite de la cause. Le pouvoir d'intervention est limité et le juge ne devrait que déterminer si l'arbitre a suivi les règles d'interprétation en rédigeant sa sentence arbitrale. Dans cet arrêt, la Cour était d'avis que le dispositif rendu par l'arbitre était surprenant et même douteux, et que la Cour en serait probablement arrivée à un autre résultat. Cependant, la Cour a refusé d'intervenir quant au fond du dossier, jugeant que l'arbitre n'avait pas excédé sa compétence.

Au niveau de l'ordre public⁵⁸, l'homologation ne sera refusée que dans les cas où le dispositif de la sentence est inconciliable avec les principes fondamentaux de l'ordre public⁵⁹.

Ceci témoigne clairement de la volonté réaffirmée des tribunaux de promouvoir l'autonomie de l'arbitrage, en limitant les cas où les tribunaux peuvent modifier les sentences arbitrales. De plus, dans les

52. D. Béchar, *supra* note 35 ; voir aussi *Trudel c. Placements immobiliers R. & A. Scott inc.*, J.E. 95-1667 (C.S.) et *Di Stefano c. Lenscrafters inc.*, [1994] R.J.Q. 1618 (C.S.).

53. Voir notamment *EMS Technologies Canada Ltd. c. Advantech Satellite Networks Inc.*, 2013 QCCS 4333 ; *Citec Administration inc. c. Corporation du parc d'affaires La Rolland*, 2010 QCCS 1059 ; *Beaudry c. 151444 Canada Inc.*, J.E. 90-1257 (C.S.).

54. *Holding Tusculum, b.v. c. Louis Dreyfus, s.a.s.*, *supra* note 48 ; voir également *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, *supra* note 10.

55. *Leduc c. Houle*, *supra* note 44.

56. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, *supra* note 10.

57. *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, *supra* note 10.

58. Art. 946.5 *C.p.c.*

59. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, *supra* note 10 ; *Citec Administration inc. c. Corporation du parc d'affaires La Rolland*, *supra* note 53.

dernières années, la Cour d'appel s'est avérée être un grand partisan de l'élargissement des pouvoirs de l'arbitre en favorisant une interprétation large, libérale et moderne⁶⁰. La réforme maintenant suggérée par le législateur emboîte le pas à la Cour d'appel et propose même plusieurs développements majeurs aux pouvoirs des arbitres.

B. LA RÉFORME PROPOSÉE DES RÈGLES SUR L'ARBITRAGE

1. Mise en contexte

Une réforme majeure du *Code de procédure civile* est mise de l'avant par le législateur. L'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (l'« Avant-projet »)⁶¹ a été rendu public en 2011 et le *Projet de loi 28 (Loi instituant le nouveau Code de procédure civile)*⁶² (le « Projet de loi ») est présentement à l'étude devant l'Assemblée nationale. Son adoption à une date encore indéterminée comportera des changements importants en matière d'arbitrage.

Nous reviendrons rapidement sur certaines des modifications qui avaient été présentées par l'Avant-projet et analyserons ensuite certaines des dispositions du Projet de loi.

2. Critiques de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile

L'Avant-projet se propose de remanier l'état du droit de l'arbitrage conventionnel. Globalement, ces changements représentent un progrès notable pour l'arbitrage au Québec qui sera plus que jamais conforme à la vision moderne de cette institution. On y promulgue l'accroissement des pouvoirs des arbitres dans l'optique de les outiller pour disposer effectivement et entièrement du litige qui leur est soumis.

Les dispositions préliminaires de l'Avant-projet prévoient que le *Code de procédure civile* vise à permettre, dans l'intérêt public, le règlement de différends par des procédés de justice civile adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des

60. Voir notamment *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, supra note 10.

61. Avant-projet de loi, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2^e sess., 39^e lég., Québec, 2011.

62. Projet de loi 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess., 40^e lég., Québec, 2013.

parties à la prévention des conflits⁶³. Les valeurs sur lesquelles repose le nouveau *Code de procédure civile* sont celles de l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération⁶⁴. Ainsi, tant la disposition préliminaire que l'article premier de l'Avant-projet témoignent de l'engagement du législateur de favoriser l'accès à la justice.

La rédaction de l'Avant-projet constitue certes un pas dans la bonne direction et quelques points positifs méritent notre attention. Par exemple, le législateur reconnaît timidement à l'arbitre, dans l'exercice de ses fonctions, le pouvoir de rendre toute décision provisoire ou propre à sauvegarder les droits des parties⁶⁵. Nous verrons plus loin que dans le Projet de loi, le législateur a fait un pas de géant quant aux pouvoirs des arbitres en matière d'injonction.

L'Avant-projet a cependant fait l'objet de vives critiques tant de la part du milieu académique et de la magistrature que des praticiens. Un mémoire portant sur cette réforme du droit arbitral signé par plusieurs membres influents de la communauté juridique a été produit⁶⁶.

La principale objection soulevée par les auteurs de ce mémoire est que la réforme proposée ne favorise pas l'arbitrage international au Québec. Premièrement, les auteurs dénoncent la réécriture des dispositions sur l'arbitrage par opposition à son actualisation au moyen d'une simple mise à jour. Les auteurs recommandent d'ailleurs au législateur d'adopter plutôt les dispositions de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁶⁷, déjà adoptée par plusieurs autres juridictions, dont les provinces canadiennes de common law.

La modification la plus controversée est l'ajout d'un nouveau motif d'annulation et de refus d'homologation fondé sur la déconsidération de l'administration de la justice⁶⁸. Selon les auteurs du mémoire, l'ajout d'un tel motif placerait le Canada en violation de ses obligations interna-

63. Disposition préliminaire de l'Avant-projet de loi.

64. *Ibid.*

65. Art. 637 de l'Avant-projet de loi.

66. Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile* (dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel), décembre 2011 par Prof. Nabil N. Antaki et al.

67. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I.

68. Art. 652 de l'Avant-projet.

tionales puisque ce motif n'est pas prévu à la *Convention de New York*⁶⁹ et la réputation du Québec comme forum d'arbitrage s'en trouverait entachée⁷⁰.

Le législateur a été sensible aux arguments mis de l'avant par la communauté juridique et a majoritairement répondu aux préoccupations de celle-ci. Entre autres, le motif additionnel d'annulation et de refus d'homologation fondé sur la déconsidération de la justice n'apparaît plus dans le Projet de loi.

3. Louanges et critiques du *Projet de loi 28 (Loi instituant le nouveau Code de procédure civile)*

a) L'objectif du *Projet de loi*

Le *Projet de loi*, rendu public en 2013, reprend et améliore l'Avant-projet. L'objectif avoué du législateur est d'affirmer l'existence des modes privés de règlement des différends et d'inciter les parties à considérer ces recours avant et au lieu de s'adresser aux tribunaux⁷¹.

D'ailleurs, l'article premier du *Projet de loi* impose aux parties l'obligation de considérer le recours au mode privé de prévention et de règlement des différends. Il s'agit d'un véritable changement de paradigme par rapport au droit actuel. Plutôt que de demeurer un régime conventionnel d'exception, le recours aux modes privés de règlement des conflits devient incontournable. D'ailleurs, l'article 622 est plus strict que l'actuel article 940.1 C.p.c. :

[L]es questions au sujet desquelles les parties ont conclu une convention d'arbitrage ne peuvent être portées devant un tribunal de l'ordre judiciaire, alors même qu'il serait compétent pour décider de l'objet du différend, à moins que la loi ne le prévoit.

Cependant, le deuxième alinéa indique que ce n'est qu'à la demande d'une partie que le tribunal peut renvoyer le litige à l'arbitrage. Le législateur ne permet donc pas aux tribunaux de renvoyer d'office à l'arbitrage un litige qui leur est soumis et qui serait couvert par une clause d'arbitrage, ce qui diminue l'impact du premier paragraphe de l'article 622. De plus, aucune conséquence n'est prévue advenant le défaut par

69. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3.

70. Pages 3 et 4 du *Mémoire*, *supra* note 56.

71. Voir les notes explicatives du *Projet de loi*.

les parties de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

b) L'adoption de la règle de l'arbitre unique

L'article 624 du Projet de loi propose un changement qui s'accorde avec la volonté du législateur de réduire les coûts associés au règlement des litiges. Le législateur prévoit qu'il n'y aura qu'un seul arbitre saisi de la cause, alors que la règle actuelle du *Code de procédure civile* prévoit la nomination de trois arbitres⁷². Ceci représente une économie notable pour les parties et incitera les parties à recourir davantage à la procédure arbitrale. Cependant, il est à prévoir qu'il y aura davantage de débats devant les tribunaux quant à la nomination de l'arbitre unique. Le législateur prévoit également que les parties peuvent décider dans la convention d'arbitrage de déroger à cette règle et de nommer trois arbitres, si telle est leur volonté.

c) La reconnaissance de l'immunité de l'arbitre

L'article 621 du Projet de loi codifie un principe reconnu en jurisprudence⁷³, celui de l'immunité des arbitres. On prévoit que les arbitres ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, à moins qu'ils n'aient agi de mauvaise foi ou n'aient commis une faute lourde ou intentionnelle.

d) Le rôle de conciliateur de l'arbitre

Le législateur attribue à l'arbitre un rôle additionnel : celui de « tenter de concilier les parties »⁷⁴. L'arbitre peut donc agir comme conciliateur si les parties le lui demandent et que les circonstances s'y prêtent. Si la tentative échoue, l'arbitre peut poursuivre l'arbitrage avec le consentement exprès des parties. Il est important de noter qu'une telle conciliation effectuée par l'arbitre ne sera probablement pas aussi efficace qu'une conférence de règlement à l'amiable puisque les parties éviteront d'exposer complètement leur position si c'est le même arbitre qui entend le litige au mérite en cas d'échec de la conciliation. Une solution pour les parties serait peut-être de demander à un autre arbitre

72. Art. 941 C.p.c.

73. *Maçonnerie Demers inc. c. Lanthier*, [2002] R.J.Q. 1998 (C.S.); voir également l'arrêt de la Cour d'appel dans *Zittre c. Sport Maska Inc.*, [1985] C.A. 386 (pourvoi à la CSC accueilli).

74. Art. 620(2) du Projet de loi.

d'agir comme conciliateur afin de préserver la confidentialité et l'ouverture du processus.

e) L'absence dans le Projet de loi de certaines dispositions garantes de l'autonomie de l'arbitrage

Nous déplorons cependant l'absence dans le Projet de loi de plusieurs dispositions garantes de l'autonomie de l'arbitrage, par exemple, l'actuel article 940.3 C.p.c. qui prévoit qu'un juge ne peut intervenir que dans les cas prévus par le *Code de procédure civile*⁷⁵. De plus, le Projet de loi n'inclut pas de disposition interdisant spécifiquement au juge saisi de la demande d'homologation ou de la requête en annulation de la sentence arbitrale d'examiner le fond du différend⁷⁶. Nous sommes d'avis que l'abandon d'une telle disposition ne devrait pas modifier la jurisprudence récente à l'effet que le rôle des tribunaux n'est pas de contrôler la justesse des sentences arbitrales. Cependant, étant donné la controverse antérieure à cet égard, il serait préférable d'inclure une telle disposition dans le nouveau *Code de procédure civile*.

f) La réforme apportée par le Projet de loi quant aux pouvoirs de l'arbitre d'émettre des ordonnances d'injonction

Sans doute, la modification la plus importante du droit arbitral actuel proposée par le Projet de loi se situe au Chapitre IV intitulé « Les mesures d'exception ». Ces dispositions vont beaucoup plus loin que celles de l'Avant-projet en accordant des pouvoirs très étendus aux arbitres en matière de mesures provisionnelles et de sauvegarde. Il est évident que le législateur s'est inspiré à cet égard du chapitre IV A de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁷⁷, adopté en 2006. Cette approche du législateur est louable et s'accorde avec l'élargissement des pouvoirs des arbitres, principe prôné par la Cour d'appel ainsi que la communauté internationale⁷⁸.

75. Voir également, à cet égard, le *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur le Projet de loi 28 instituant le nouveau Code de procédure civile*, 9 septembre 2013.

76. L'article 646 du Projet de loi ne contient pas de telle interdiction, mais elle se retrouve à l'art. 653 du Projet de loi (applicable aux sentences arbitrales rendues hors du Québec seulement) ; voir également le *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec*, *supra* note 75.

77. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, *supra* note 67.

78. Voir *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, *supra* note 10, et le *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur le Projet de loi 28 instituant le nouveau Code de procédure civile*, *supra* note 75.

Ainsi, l'article 638 du Projet de loi prévoit que l'arbitre peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure provisionnelle ou propre à sauvegarder les droits des parties, en plus de déterminer la durée d'une telle mesure et ses conditions. Cet article consacre une réforme majeure des pouvoirs de l'arbitre en lui reconnaissant le pouvoir autrefois réservé aux tribunaux de droit commun d'émettre des ordonnances d'injonctions provisoires, interlocutoires ou permanentes ainsi que des ordonnances de sauvegarde. Il est intéressant de noter que les arbitres détiendront en cette matière plus de pouvoirs que la Cour du Québec à qui n'est pas reconnu le pouvoir d'émettre des ordonnances d'injonction.

Le législateur prévoit que de telles ordonnances s'imposent aux parties mais qu'elles peuvent être homologuées afin d'obtenir la force exécutoire d'un jugement⁷⁹. Étant donné qu'une demande d'homologation d'une mesure provisionnelle pourrait prendre plusieurs mois, il convient de se questionner sur l'impact qu'elle aura sur le déroulement du dossier arbitral. À défaut d'homologation, une partie qui refuse de se conformer à l'ordonnance ne pourrait être poursuivie pour outrage au tribunal. Cependant, il est évident que le défaut par une partie de respecter la mesure provisionnelle émise par l'arbitre en cours d'instance aurait un impact préjudiciable sur la position et la crédibilité de cette partie à l'arbitrage, ce qui risque d'inciter les parties à respecter les ordonnances de l'arbitre même si non homologuées.

Comme le législateur prévoit que les tribunaux conservent également compétence pour accorder des mesures provisionnelles ou des ordonnances de sauvegarde avant ou pendant la procédure arbitrale⁸⁰, les parties à l'arbitrage pourraient préférer demander directement à la Cour supérieure l'émission d'une telle ordonnance, afin d'éviter l'étape additionnelle de l'homologation et les délais que celle-ci pourrait entraîner. D'ailleurs, l'injonction émise par les tribunaux pourra avoir une portée plus large que celle émise par l'arbitre qui n'aura d'effet qu'entre les parties à l'arbitrage, conformément à la nature consensuelle de l'arbitrage, au principe de l'effet relatif des contrats et à l'article 638 du Projet de loi.

Tout comme les tribunaux, l'arbitre peut exiger un cautionnement lors de l'émission d'une injonction provisoire, interlocutoire ou d'une ordonnance de sauvegarde, pour payer les frais et l'indemnisation du préjudice pouvant résulter de cette mesure provisionnelle. Le Projet de loi prévoit un mécanisme additionnel visant à limiter les demandes de

79. Art. 638 et 646 du Projet de loi.

80. Art. 623 du Projet de loi.

mesures provisionnelles ou de sauvegarde frivoles ou inutiles. En effet, l'article 641 prévoit que la partie qui obtient une telle mesure peut être tenue de réparer le préjudice occasionné ainsi que les frais engagés par la partie adverse, si l'arbitre décide par la suite que la mesure n'aurait pas dû être prononcée. De plus, il est prévu que l'arbitre peut accorder réparation pour le préjudice et les frais à tout moment pendant la procédure. Il s'agit d'une mesure nouvelle qui s'apparente à l'article 17G de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* et qui incitera le requérant à y penser à deux fois avant de demander une mesure provisionnelle.

En matière de droit commun, la jurisprudence a déterminé que des dommages-intérêts ne peuvent être octroyés que s'il y a faute de la part du demandeur lors de la demande de mesure provisionnelle⁸¹. Il sera intéressant de voir si les arbitres suivront cette jurisprudence ou s'ils seront d'avis que la formulation de l'article 641 leur permet d'octroyer des dommages dans le cas où l'injonction est dissoute suite à l'audition au mérite, même s'il n'y a aucune faute de la partie requérante.

Lorsque le législateur parle de préjudice occasionné et de frais engagés par la partie adverse, réfère-t-il également aux honoraires d'avocats encourus pour contester la mesure provisionnelle et peut-être même aux pertes de profits causées par l'effet de l'injonction ? L'octroi d'honoraires extrajudiciaires à titre de dommages est tout à fait exceptionnel en droit québécois et est limité aux cas d'abus⁸² et de mauvaise foi⁸³. En conformité avec la jurisprudence, les arbitres n'accorderont probablement les honoraires extrajudiciaires qu'en cas de mauvaise foi ou d'abus. Les arbitres et ensuite les tribunaux auront l'occasion de définir le dommage qui pourra être compensé en vertu de cette nouvelle disposition mais il est certain que, dans l'intervalle, un requérant pourrait choisir de présenter sa requête en injonction devant les tribunaux de droit commun plutôt que devant l'arbitre, pour éviter l'application possible d'une telle mesure.

g) Le pouvoir de l'arbitre de rendre des ordonnances ex parte

Le Projet de loi va encore plus loin en prévoyant à l'article 639 que l'arbitre peut, en cas d'urgence, même avant la notification (nouveau

81. *Rochon c. Washer*, [1943] C.S. 209.

82. Voir les articles 54.1 et suivants du C.p.c. sur l'abus de procédure et plus spécifiquement l'article 54.4 C.p.c. qui prévoit spécifiquement le pouvoir du tribunal d'octroyer des honoraires extrajudiciaires.

83. *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Itée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.).

terme visant à remplacer la signification) de la demande de mesure provisionnelle ou de sauvegarde à l'autre partie, prononcer une ordonnance provisoire pour une durée n'excédant pas 20 jours. Le législateur reconnaît ainsi à l'arbitre le pouvoir de rendre une ordonnance provisoire *ex parte*. Bien que l'objectif du législateur soit de reconnaître aux arbitres des pouvoirs similaires à ceux des tribunaux de droit commun, il est pour le moins curieux que l'arbitre puisse rendre une ordonnance *ex parte*.

D'abord, le caractère consensuel de l'arbitrage apparaît antinomique à la notion de demande *ex parte*. Ensuite, l'utilité principale de la demande d'injonction provisoire présentée *ex parte* devant les tribunaux est d'obtenir une telle ordonnance avant même la connaissance par la partie adverse de la poursuite qui sera initiée et avant même la signification de la requête introductive d'instance. Or, en matière d'arbitrage, ceci ne sera pas possible puisque l'avis d'arbitrage devra être envoyé à la partie adverse et l'arbitre devra être nommé avant qu'une telle demande ne puisse être faite. De plus, l'arbitre hésitera certainement à entendre une demande d'ordonnance provisoire en cours d'instance sans la présence de la partie adverse. La Cour supérieure elle-même est de plus en plus réticente à entendre de telles demandes *ex parte*. Les tribunaux exigent souvent la signification à la partie adverse, ne serait-ce que quelques jours ou mêmes quelques heures avant l'audition, pour permettre à la partie adverse d'être présente lors de l'audition de cette requête.

À l'article 17B de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, il est prévu que l'arbitre ne peut prononcer une telle ordonnance *ex parte* à moins que la communication préalable de la demande de mesure provisoire à la partie contre laquelle elle est dirigée risque de compromettre cette mesure. Les arbitres limiteront probablement l'utilisation de l'ordonnance *ex parte* à une telle situation, même si le Projet de loi n'y réfère pas spécifiquement. Dans tous les cas, le recours à cette procédure sera exceptionnel et, en cas d'urgence, les parties préféreront sans doute recourir à une requête en injonction provisoire présentée *ex parte* devant la Cour supérieure. Selon nous, les parties pourraient certainement décider dans la convention d'arbitrage de supprimer le pouvoir de l'arbitre d'émettre des ordonnances *ex parte*.

De plus, le législateur indique que la durée de l'ordonnance provisoire rendue par l'arbitre pourra être le double de celle de l'injonction provisoire rendue par les tribunaux, soit 20 jours. Il convient de se demander si une telle ordonnance pourra être renouvelée par l'arbitre. Il est à prévoir qu'au-delà de la durée initiale de 20 jours, le requérant pourra présenter une nouvelle demande d'ordonnance de sauvegarde à l'arbitre, qui pourra alors être contestée par la partie adverse. L'un des

avantages de l'ordonnance de sauvegarde est précisément la possibilité qu'elle soit en vigueur pour une durée de plusieurs semaines voire plusieurs mois. Puisque la restriction quant à la durée de la mesure provisionnelle ne s'applique qu'à l'ordonnance rendue *ex parte*, les parties pourront ensuite certainement présenter à l'arbitre une demande d'ordonnance de sauvegarde dépassant la durée de 20 jours, mais peut-être devront-ils respecter la durée maximale de six mois prévue au nouvel article 159(8) du Projet de loi.

Il est également prévu que l'ordonnance provisoire rendue *ex parte* doit être notifiée à l'autre partie dès son prononcé et que tous les éléments de preuve devront y être joints. La partie adverse pourra-t-elle contester avant la fin du délai de 20 jours l'ordonnance rendue *ex parte* ou ses recours seront-ils limités à la demande de dommages-intérêts prévue à l'article 641 ? À la lumière de l'article 640 du Projet de loi, la partie adverse pourra certainement demander à l'arbitre de modifier, suspendre ou rétracter cette mesure dès qu'elle en sera informée.

La jurisprudence⁸⁴ a reconnu une obligation accrue de divulgation en matière de demandes *ex parte*, qui oblige la partie requérante à divulguer tous les faits importants pertinents incluant ceux qui sont en faveur de la partie absente. Si la partie qui demande l'ordonnance *ex parte* ne remplit pas son obligation accrue de divulgation, nous sommes d'avis que l'arbitre pourrait alors user de son pouvoir prévu à l'article 641 afin de condamner la partie requérante à compenser le préjudice subi et même rembourser les honoraires extrajudiciaires de l'autre partie.

Contrairement aux autres mesures provisionnelles ou de sauvegarde, le législateur a prévu que l'ordonnance provisoire s'impose aux parties et n'est pas susceptible d'homologation par le tribunal⁸⁵. La décision rendue *ex parte* n'aura donc pas de force exécutoire. Pourquoi une telle règle ? Probablement en raison de la durée de l'ordonnance *ex parte* limitée à 20 jours et afin d'éviter que le dossier arbitral ne soit paralysé en attendant l'homologation. À nouveau, cet élément militera en faveur d'un recours *ex parte* présenté devant les tribunaux plutôt que devant l'arbitre.

L'article 640 du Projet de loi prévoit l'obligation des parties de communiquer à l'arbitre tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure d'exception a été demandée ou accordée. Suivant ceci, l'arbitre peut modifier, suspendre ou rétracter la mesure sur

84. *Celanese v. Murray*, [2006] 2 R.C.S. 189 ; *Séquestre de Marciano*, 2012 QCCA 1881.

85. Art. 639(2) du Projet de loi.

demande ou, dans des circonstances exceptionnelles, d'office. Cette disposition semble aussi imposer aux parties une obligation accrue de divulgation. Le défaut par une partie de communiquer tout changement ayant un impact direct sur la mesure d'exception accordée par l'arbitre pourrait, selon nous, être sanctionné en vertu de l'article 641. Le pouvoir exceptionnel de l'arbitre de modifier d'office l'ordonnance est également compatible avec son rôle de décideur du différend entre les parties.

Tout compte fait, cette bonification des pouvoirs arbitraux est vue d'un bon œil en ce qu'elle tend à atteindre l'idéal de faire de la justice arbitrale un mode complet de résolution des différends. Le Projet de loi met ainsi fin à la juridiction exclusive de la Cour supérieure en matière d'injonction et permet à l'arbitre d'émettre des ordonnances d'injonction provisoire, interlocutoire ou permanente. Cependant, nous avons des doutes quant à la popularité de ces nouveaux pouvoirs de l'arbitre. En effet, nous croyons que les parties préféreront continuer à s'adresser aux tribunaux afin d'obtenir de telles mesures. D'abord, l'arbitre ne pourra, pour des raisons évidentes, émettre d'injonction provisoire *ex parte* avant la signification de la procédure introductive d'instance. Ensuite, les parties auront tendance à s'adresser directement à la Cour supérieure pour être assurées de la portée et de la force exécutoire des ordonnances d'injonction et éviter les délais liés à la procédure d'homologation. Enfin, les dommages auxquels le requérant s'expose pourraient également inciter les parties à s'adresser à la Cour supérieure plutôt qu'à un arbitre.

h) Le pouvoir de l'arbitre d'émettre d'autres mesures provisionnelles

L'article 638 réfère au pouvoir des arbitres d'émettre des « mesures provisionnelles ». Le *Code de procédure civile* actuel et le Projet de loi incluent dans la section sur les mesures provisionnelles, en plus des injonctions, les saisies avant jugement et le séquestre judiciaire. Le législateur a-t-il voulu donner à l'arbitre le pouvoir de rendre de telles ordonnances ? L'utilisation du terme « mesure provisionnelle » semble effectivement indiquer la volonté du législateur d'octroyer ces pouvoirs à l'arbitre. D'ailleurs, l'article 17 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* semble également permettre à l'arbitre d'émettre des ordonnances de saisies avant jugement.

En vertu du *Code de procédure civile*, la saisie avant jugement nécessite dans certains cas l'autorisation d'un juge qui doit signer le bref de saisie afin d'ordonner au huissier de saisir des biens de la partie adverse. Quelles seront les règles applicables à la saisie avant jugement

émise par un arbitre *ex parte* ? La durée de cette saisie sera-t-elle seulement de 20 jours ? L'huissier pourra-t-il se présenter chez le défendeur avec un bref de saisie autorisé par l'arbitre pour saisir certains biens ? La *Loi sur les huissiers de justice*⁸⁶ prévoit que l'exercice de la profession d'huissier comprend tout acte qui a pour objet de signifier les actes de procédure émanant de tout tribunal, de mettre à exécution les décisions de justice ayant force exécutoire et d'exercer toute autre fonction qui est dévolue à l'huissier en vertu de la loi ou par un tribunal. Comme une ordonnance non homologuée de saisie avant jugement rendue par l'arbitre n'a pas force exécutoire, les huissiers pourront-ils effectivement mettre à exécution de telles ordonnances de l'arbitre ?

Si l'arbitre a le pouvoir de rendre des ordonnances d'injonction et de saisie avant jugement, aura-t-il également le pouvoir de rendre des injonctions de type *Anton Piller* ou *Mareva*, recours extraordinaires, drastiques et discrétionnaires ? Quelles seront les limites aux pouvoirs des arbitres ? À défaut par le législateur de répondre à ces questions, les tribunaux auront dans les années à venir la tâche de définir, encore une fois, l'étendue des pouvoirs de l'arbitre au Québec.

CONCLUSION

Initialement, l'Avant-projet a été critiqué au motif que la réforme du droit arbitral n'avait pas été réalisée en collaboration avec les juristes œuvrant dans le domaine⁸⁷. En définitive, le législateur a prêté une oreille attentive aux commentaires et inquiétudes des praticiens et universitaires dans le cadre de la rédaction du Projet de loi. Le législateur a cependant jugé utile de procéder à une réforme des dispositions relatives à l'arbitrage plutôt que de s'en tenir à des modifications ponctuelles. De plus, le législateur n'a pas choisi d'adopter la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁸⁸ mais s'en est tout de même inspiré dans sa rédaction d'un système d'arbitrage moniste fondé sur la mise en valeur des modes privés de règlement des conflits.

Nous croyons que la réforme favorisera le recours à l'arbitrage, malgré plusieurs limites de ce mode alternatif de résolution des conflits. L'un des désavantages principaux de l'arbitrage est le coût important qui doit être défrayé par les parties à l'arbitrage. La modification quant au nombre des arbitres saisis du litige (d'un panel de trois arbitres⁸⁹ à un

86. RLRQ, c. H-4.1.

87. Mémoire, *supra* note 56.

88. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, *supra* note 67.

89. Art. 941 C.p.c.

arbitre unique⁹⁰) permettra une réduction importante des coûts. De plus, cette modification favorisera une résolution expéditive de la cause puisque les parties n'auront qu'à tenir compte des disponibilités d'un seul arbitre.

La réforme permettra également à l'arbitre d'avoir plus de pouvoirs, entre autres en matière de mesures provisionnelles. De plus, les parties ont maintenant davantage de certitude quant au respect par les tribunaux de l'autonomie de l'arbitre. Malgré l'étape additionnelle de l'homologation, qui peut dans certains cas nécessiter une audition de plusieurs jours⁹¹, dans ses décisions récentes, la Cour d'appel promet que la sentence arbitrale sera respectée, et ce, même si les tribunaux ne sont pas du même avis que l'arbitre quant au fond du dossier. Cependant, il est malheureux que le législateur n'ait pas repris dans le Projet de loi la disposition prévue à l'article 946.2 C.p.c. qui interdit au tribunal saisi d'une requête en homologation d'examiner le fond du différend. Également, l'absence de disposition similaire à l'actuel article 940 C.p.c. qui prévoit que les parties ne peuvent déroger aux dispositions du *Code de procédure civile* à l'effet que certaines décisions prises par les tribunaux sont finales et sans appel, ouvre la porte à des étapes et délais additionnels, qui ne favoriseront pas le recours à l'arbitrage⁹².

L'arbitrage comporte également d'autres avantages que les parties doivent considérer. Par exemple, dans le cas de litiges complexes, le choix d'un arbitre ayant une expertise dans un domaine spécifique peut être un avantage de taille. Les parties à l'arbitrage peuvent également convenir des règles de fond et de procédure qui sont applicables à leur litige⁹³. Il en va de même pour le calendrier du déroulement de l'instance qui, selon nous, n'a pas à être soumis au délai de 180 jours. Il convient de souligner la nature souvent moins contradictoire et plus informelle du déroulement de l'arbitrage par rapport aux tribunaux. Ceci peut contribuer à régler un différend ponctuel entre des parties qui ont par ailleurs l'intention de poursuivre une relation d'affaires.

La confidentialité de l'arbitrage peut également constituer un grand avantage pour les parties, confidentialité qui est dorénavant codifiée dans le Projet de loi⁹⁴. Le caractère privé du processus arbitral et de la

90. Art. 624 du Projet de loi.

91. *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, supra note 10 : audition de huit jours sur l'homologation et la requête en annulation.

92. Voir le *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur le Projet de loi 28 instituant le nouveau Code de procédure civile*, supra note 75.

93. *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, supra note 13.

94. Art. 644 du Projet de loi.

sentence arbitrale peut constituer un avantage indéniable. Cependant, avec la procédure d'homologation ou d'annulation de la sentence arbitrale, cet avantage perd beaucoup de son attrait puisque la sentence arbitrale et les questions en jeu seront discutées par la Cour et perdront ainsi leur caractère privé.

En conclusion, malgré plusieurs limites inhérentes à l'arbitrage et des doutes quant à l'utilité de certaines mesures mises en place par le législateur, nous sommes d'avis que cette reconnaissance par le législateur de l'autonomie de l'arbitrage et cet octroi de pouvoirs accrus aux arbitres incitera plusieurs à reconsidérer le recours à l'arbitrage et l'ajout d'une clause d'arbitrage dans leur convention. Il sera important pour les parties de s'attarder davantage sur la rédaction de leur clause d'arbitrage et déterminer, à la lumière du *Code de procédure civile* actuel et de la réforme proposée, les pouvoirs qu'elles veulent ou non accorder à l'arbitre. Si le Projet de loi est adopté, les parties privilégieront-elles la voie de l'arbitrage tel que le souhaite le législateur ? La réponse à cette question pourrait dépendre de l'interprétation que les tribunaux feront de ces nouvelles dispositions et de l'autonomie qu'ils accepteront de reconnaître aux arbitres.