

CONFÉRENCE 17 SEPTEMBRE 2015 / ABC-DIVISION QUÉBEC

Aperçu du nouveau *Code de procédure civile* en matière d'arbitrage

Introduction par M^e Olivier Després¹, sections 2, 3 et 4 par M^e Stefan Chripounoff² et M^e Raphaël Buruiana³

1. INTRODUCTION – LES PRINCIPAUX CONSTATS

L'arbitrage, aussi désigné sous le vocable « arbitrage conventionnel » parce qu'agrée par les parties à une convention privée comme étant le forum approprié en lieu et place des tribunaux civils, consiste donc « à confier à un arbitre la mission de trancher un différend conformément aux règles de droit et, s'il y a lieu, de déterminer les dommages-intérêts⁴ ».

Si l'arbitrage est très voisin du procès comme mode de règlement des différends, ne serait-ce que parce qu'au terme du processus l'arbitre impose aux parties sa décision après un débat contradictoire, il n'en demeure pas moins que l'arbitrage diffère énormément du procès pour ses avantages indéniables quant à la possibilité de choisir le décideur selon l'objet du différend, aux délais fort brefs pour être entendu puis recevoir une décision, à la flexibilité de la procédure applicable qui pourra être façonnée en fonction des « besoins de la cause », à la confidentialité du processus et certes au fait que la sentence arbitrale est « finale et sans appel », mettant ainsi un point final au différend et à toute incertitude sous réserve des motifs possibles mais fort restreints d'annulation.

L'arbitrage conventionnel figurait déjà au *Code de procédure civile*⁵ tel qu'il existait avant la réforme en cours, toujours au Livre VII (art. 940 à 952), mais dont il était cependant le seul objet.

Et nous n'en sommes pas à la première réforme de l'arbitrage conventionnel au Québec.

En effet, l'année 2015 marque le 29^e anniversaire de l'adoption par l'Assemblée nationale du Québec en 1986 de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*⁶ qui amendait, d'une part, le *Code civil du Bas Canada* d'alors et, d'autre part, le C.P.C. en y apportant de nombreuses modifications novatrices. Cette réforme s'inscrivait dans la mouvance de l'heure en droit commercial – autant national qu'international – par laquelle les États cherchaient à favoriser et à protéger les échanges commerciaux par une harmonisation de leurs règles advenant un conflit et en présence, certes, d'une convention d'arbitrage liant les parties concernées⁷.

¹ M^e Olivier Després, Després Médiation & Arbitrage, avocat, médiateur agréé et arbitre agréé, professeur en matières d'arbitrage civil et commercial et d'arbitrage international.

² M^e Stefan Chripounoff, associé chez Langlois Kronström Desjardins s.e.n.c.r.l. – secteurs du litige commercial et faillite et insolvabilité, et membre du comité exécutif de la section Prévention et règlement des différends de l'Association du Barreau canadien, Division du Québec.

³ M^e Raphaël Buruiana, avocat chez Langlois Kronström Desjardins s.e.n.c.r.l. – secteurs du litige commercial et du droit du travail.

⁴ *Code de procédure civile* (RLRQ, c. C-25.01), art. 620 al. 1 (N.C.P.C.).

⁵ RLRQ, c. C-25 (C.P.C.).

⁶ L.Q. 1986, c. 73.

⁷ Olivier Després, « L'arbitrage conventionnel », dans École du Barreau du Québec, *Justice participative*, (Coll. des habiletés 2015-2016) Montréal, l'École, 2015, p. 93, 94.

Cette réforme de 1986 faisait elle-même suite à une première réforme, moins élaborée mais néanmoins déterminante, ayant eu lieu à l'occasion de la refonte de 1965 du C.P.C. et qui y introduisit la clause compromissoire, concept qui venait bouleverser le droit établi en la matière alors qu'elle avait auparavant été déclarée illégale car contraire à l'ordre public⁸. Toute une avancée!

S'en est suivie une lente, mais constante évolution de la jurisprudence tant la réforme de 1986 était majeure, bien que sa portée ait parfois été sous-estimée.

Puis, dans la foulée de l'Avant-projet de loi et du Projet de loi 28, de nombreuses interrogations ont été exprimées eu égard aux acquis depuis la réforme de 1986⁹.

Mais, en adoptant la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*¹⁰, le législateur allait de l'avant avec une réforme majeure qui, tout en maintenant les principaux acquis de la réforme de 1986 et de la jurisprudence qui s'ensuit, introduisait des modifications requises de longue date et des dispositions novatrices, voire audacieuses, confirmant l'arbitrage comme mode privé de résolution des différends répondant aux objectifs fixés par le législateur dans la disposition préliminaire de la loi : « *permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes* »¹¹.

On y notera donc la référence à des procédés « *adéquats* », « *efficaces* », « *empreints d'esprit de justice* » et favorisant « *la participation des personnes* ».

Aussi le législateur invite-t-il alors les parties à déterminer, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode de prévention et règlement de différends (PRD) choisi qui pourra être complétée, s'il s'agit (de médiation et) d'arbitrage, par les règles du livre VII (art. 605 à 655) du nouveau *Code de procédure civile* (N.C.P.C.)¹².

C'est là l'affirmation de l'autodétermination des parties, ou « *Empowerment* », dans le choix tant du mode de PRD que de la procédure applicable.

⁸ Pour une analyse de l'évolution de notre droit en matière d'arbitrage, voir : Diane Sabourin, « L'arbitrage conventionnel et le nouveau *Code de procédure civile* », dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec : « Approche différente » et « accès à la justice »?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 433 et ss.; voir aussi Nabil N. Antaki, « Regard intimiste sur l'état de l'arbitrage au Québec il y a 25 ans », dans Frédéric Bachand et Fabien Gélinas, *D'une réforme à une autre : regards croisés sur l'arbitrage au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 9 et ss.

⁹ Voir le mémoire présenté par de nombreux signataires professeurs et praticiens de l'arbitrage, communément désignés le « Groupe de McGill », sous la direction du professeur Frédéric Bachand : Nabil N. Antaki, Frédéric Bachand; Stéphanie Bachand. *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 [en ligne]; voir aussi l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ). *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 [en ligne].

¹⁰ L.Q. 2014, c. 1.

¹¹ Disposition préliminaire alinéa 2 N.C.P.C.

¹² Art. 6 N.C.P.C. Voir aussi l'article 632 alinéa 1 N.C.P.C., qui, à l'instar de l'article 944.1 C.P.C., affirme que « *l'arbitre procède à l'arbitrage suivant la procédure qu'il détermine* ». L'arbitre cherchera donc à obtenir un consensus des parties si ce n'est déjà fait et, à défaut, déterminera la procédure.

Ceci étant, les parties doivent agir de bonne foi, faire preuve de transparence, notamment quant à l'information détenue, collaborer à la recherche d'une solution et, le cas échéant, à l'élaboration d'un protocole préjudiciaire, et, tout comme le tiers arbitre, assurer le respect des principes de la contradiction et de la proportionnalité et le respect des droits et libertés de la personne et des autres règles d'ordre public¹³.

La reconnaissance à part entière de l'arbitrage comme un des modes privés de PRD, lesquels sont mis à l'avant-scène de la présente réforme de la procédure civile¹⁴, le maintien des acquis de la réforme de 1986 de notre droit de l'arbitrage, l'introduction de modifications requises de longue date et de dispositions novatrices, voire audacieuses, le rapprochement marqué¹⁵ vers la *Loi Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*¹⁶ dans la « facture » des articles 620 à 648¹⁷ du nouveau *Code de procédure civile*, la formulation différente des dispositions impératives de procédure auxquelles on ne peut déroger¹⁸ et la reconnaissance des importants pouvoirs du tribunal d'arbitrage avec l'ajout de certaines balises¹⁹, tels sont nos principaux constats à l'égard de l'actuelle réforme de la procédure civile en matière d'arbitrage.

Nous nous attarderons maintenant au maintien des acquis de la réforme de 1986 du droit de l'arbitrage – LE FONDEMENT INCHANGÉ, puis aux modifications et innovations y apportées – LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE NOUVEAU C.P.C., à l'occasion de la présente réforme de la procédure civile.

2. LE FONDEMENT INCHANGÉ

2.1 La volonté de favoriser les avantages traditionnels de l'arbitrage

La réforme du *Code de procédure civile*, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2016, apportera de nombreuses modifications à l'arbitrage conventionnel soumis au C.P.C. Si les règles qui régissent de tels arbitrages ont ainsi évolué, c'est notamment dans le but d'atteindre les objectifs qui étaient souhaités lorsque l'arbitrage a, pour la première fois, fait son apparition sur la scène provinciale.

Le recours aux tribunaux de droit commun s'avère de plus en plus coûteux; les délais, de plus en plus longs. Un changement de cap en direction de l'arbitrage semblait donc, de prime abord, être une voie qui serait privilégiée par les parties et leurs avocats. Par une procédure souvent aménagée afin de faciliter la tâche aux parties, l'arbitrage se voulait être l'offre d'une possibilité de régler un conflit à coût moindre, de façon plus rapide et confidentielle.

¹³ Art. 2, 622 al. 3 et 632 al. 1 N.C.P.C.

¹⁴ L'arbitrage demeure volontaire, certes, mais doit être considéré à l'instar des autres modes de PRD avant de s'adresser aux tribunaux : art. 1 et 2 N.C.P.C.

¹⁵ Nous vous référons en cela au Tableau comparatif des dispositions de l'actuel C.P.C. avec celles du N.C.P.C. et de la *Loi Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, (1986) 120 Gaz. Can. I n° 40, suppl., annexe I, p. 83 (Loi Type de la CNUDCI), préparé par M^e Olivier Després et reproduit en annexe aux présentes.

¹⁶ Commission des Nations unies pour le droit commercial international.

¹⁷ Étant les chapitres I à VII du Titre II – L'arbitrage, du Livre VII – Les modes privés de prévention et de règlement des différends du N.C.P.C.

¹⁸ Voir à cet effet les art. 940 C.P.C. et 622 N.C.P.C.

¹⁹ Voir à cet effet les art. 944.1 C.P.C. et 632 N.C.P.C.; art. 944.10 C.P.C. et 651 et 620 N.C.P.C.; et art. 944.11 C.P.C. et 636 N.C.P.C.

L'arbitrage peut également représenter une avenue fort intéressante lorsque la question en litige en est une qui est pointue dans un domaine très technique. Cela permet notamment d'éviter les nombreuses clarifications et expertises qui devraient autrement être faites dans le cadre d'une audience devant un juge qui serait néophyte dans le domaine particulier. En recourant aux services d'un décideur hautement qualifié sur le plan technique, les parties ont une meilleure assurance que la décision à être rendue soit correcte.

Toutefois, tel que l'arbitrage se présente encore aujourd'hui avant l'entrée en vigueur de la réforme du C.P.C., de nombreux éléments laissent entendre aux parties que les avantages traditionnellement associés à l'arbitrage relèvent davantage du mythe que de la réalité. La réforme du C.P.C. vise donc notamment à faire valoir les avantages que procure ce mode alternatif de règlement des différends, afin qu'il continue de représenter une option réellement différente et possiblement avantageuse par rapport au recours aux tribunaux de droit commun.

2.1.1 Un coût moindre que le recours aux tribunaux de droit commun

Les coûts de l'arbitrage, tel que nous le connaissons actuellement, sont rarement négligeables et constituent même souvent les frais les plus importants que les parties auront à défrayer.

À ce chapitre, le C.P.C. prévoit à son article 941 qu'à défaut d'entente contraire entre les parties l'arbitrage a lieu devant trois arbitres. Cette règle, qui trouve justification dans la possibilité pour chaque partie de nommer l'arbitre de son choix, favorisant de ce fait l'acceptation de la décision finale à être rendue, contribue aux coûts élevés qui peuvent être associés à l'arbitrage. Bien qu'elle puisse sembler hautement pertinente dans le cadre d'arbitrages internationaux, ou d'arbitrages dont la valeur en litige est très importante, la nomination d'un tel tribunal d'arbitrage dans le cadre de dossiers où l'enjeu économique est moins important perd inévitablement de sa nécessité et de sa pertinence.

Le recours à l'arbitrage est souvent envisagé, car il permet aux parties de nommer des arbitres possédant des connaissances extrêmement pointues dans des domaines particuliers. Toutefois, tout dépendant du domaine technique dans lequel s'inscrit le différend entre les parties, il est possible que les arbitres en mesure d'agir soient peu nombreux avec des taux horaires qui reflètent bien cette réalité.

En introduisant un nouveau processus de nomination d'un seul arbitre à défaut d'entente entre les parties²⁰, la réforme répond donc directement à la préoccupation importante de réduire les coûts élevés qui sont régulièrement associés à l'arbitrage sous le C.P.C.

2.1.2 Un processus typiquement confidentiel

L'arbitrage a aussi traditionnellement été préféré aux recours devant les tribunaux civils en raison de son objectif de résolution rapide des conflits sur une base confidentielle. Si l'article 945 C.P.C. ne prévoit que l'obligation pour l'arbitre de respecter le secret du délibéré, les parties prévoient souvent, au sein de leur convention d'arbitrage, que le processus arbitral en son ensemble demeurera confidentiel, et ce, autant pour les parties que pour l'arbitre. En

²⁰ Voir les art. 624 et 625 N.C.P.C.

l'absence d'une telle disposition contractuelle précise, les parties ne sont néanmoins soumises à aucune obligation générale de confidentialité²¹.

De telles clauses se retrouvent donc très fréquemment dans des conventions d'arbitrage, représentant un avantage de taille dans le cas de dossiers qui seraient autrement médiatisés ou pour lesquels les parties voudraient tout simplement préserver le caractère confidentiel. Toutefois, en pratique, rares sont les conventions d'arbitrage qui définissent clairement les obligations de l'arbitre relativement au respect du processus confidentiel. Bien que l'on puisse envisager que celui-ci respecte volontairement ce caractère confidentiel tout au long du processus arbitral, il n'est lié par aucune obligation implicite²².

Le nouveau C.P.C., à l'article 644, prévoit non seulement que l'arbitre doit respecter le secret du délibéré, mais qu'il doit également respecter la confidentialité du processus arbitral en son ensemble. Les commentaires de la ministre de la Justice indiquent que « [c]ette obligation couvre toutes les étapes de l'arbitrage, de la nomination de l'arbitre à la fin de l'arbitrage²³ ».

Ainsi, la législation reflétera davantage la volonté des parties qui se retrouvent en arbitrage, en confirmant la préoccupation certainement préexistante des parties voulant que le tribunal d'arbitrage soit tenu au secret de l'ensemble du processus arbitral. Le nouveau C.P.C. ne prévoit toutefois aucune sanction en cas de manquement aux obligations de l'arbitre. Dans l'affaire *Rhéaume*, l'appelant souhaitait voir une décision arbitrale annulée en raison du manquement de l'un des trois arbitres à son obligation de respecter le secret du délibéré. La Cour d'appel, tout en confirmant que cette obligation avait été enfreinte, rejeta cette demande de sanction, indiquant que ce ne sont pas pour autant tous les manquements à la procédure arbitrale qui entraîneront la nullité de la décision. De façon significative, le nouvel article 644 N.C.P.C. semble aussi reconnaître implicitement que le processus arbitral (et le délibéré) est confidentiel par défaut. Si l'arbitre est tenu de respecter la confidentialité du processus et le secret du délibéré, les parties ne seraient-elles pas elles-mêmes tenues, par défaut, de le faire aussi? D'aucuns pourraient donc plaider que le libellé du nouvel article 644 N.C.P.C. renverse le principe élaboré dans l'affaire *Rhéaume*, de sorte que, en l'absence d'une stipulation à l'effet que l'arbitrage n'est pas confidentiel, les parties seraient tenues au secret.

2.1.3 Un arbitrage qui se veut plus rapide que la procédure devant les tribunaux de droit commun

Le processus arbitral se veut fondamentalement être un moyen rapide de règlement de différend, sans les délais que l'on retrouve souvent devant les tribunaux de droit commun. L'article 945.8 C.P.C., prévoyant que la sentence arbitrale jouit d'un caractère final et sans appel, confirme cette volonté que le processus se fasse avec célérité et ne soit pas sujet à de multiples contestations judiciaires. Malheureusement, cela n'a pas empêché des dossiers d'arbitrage sous le C.P.C. actuel de s'éterniser.

Force est d'admettre que, dans certains cas prioritaires, certaines décisions peuvent être rendues de manière plus expéditive en arbitrage que devant les tribunaux de droit commun. Ainsi, lorsque des dates limites sont fixées et ne peuvent être dépassées, il est possible

²¹ *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.* (C.A., 2010-12-10), 2010 QCCA 2269, SOQUIJ AZ-50699852, 2011EXP-3, J.E. 2011-2, [2011] R.J.Q. 1.

²² *Ibid.*

²³ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires de la Ministre de la Justice : le Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015, p. 465.

d'obtenir une décision dans des délais très rapprochés. Dans de tels cas, le processus arbitral apparaît nettement plus avantageux que le processus devant les cours civiles. L'arbitrage peut alors permettre aux parties de régler un différend, en procédant sur la base d'échéanciers fixés d'urgence²⁴.

Tel que mentionné précédemment, les dossiers pour lesquels les parties prévoient le recours à l'arbitrage sont souvent des dossiers d'envergure, pour lesquels la preuve est susceptible d'être longue et fastidieuse, et pouvant faire l'objet d'expertises et de nombreux témoignages. En proposant la procédure arbitrale qui devra être déterminée par le tribunal d'arbitrage²⁵, les parties doivent néanmoins éviter de tomber dans le piège de reproduire toutes les étapes procédurales classiques que l'on retrouve devant les tribunaux civils : interrogatoires préalables, débats sur objections, multiplicité de procédures écrites, auditions au fond avec de longs interrogatoires en chef *viva voce*, plaidoiries écrites et soumissions orales, etc. Ayant lieu par défaut devant un banc de trois arbitres, le processus arbitral devient d'autant plus lourd qu'il faut arrimer tous les emplois du temps afin que le tribunal entende et décide de toute question ou requête qui lui est soumise. La réforme du C.P.C. prend bien en compte cette préoccupation en maintenant le pouvoir du tribunal d'arbitrage de décider de la procédure qui régit l'arbitrage²⁶, tout en prévoyant la nomination d'un seul arbitre, avec l'assistance du tribunal, à défaut d'entente entre les parties²⁷.

D'autre part, le caractère final et sans appel de la sentence est régulièrement attaqué par des parties perdantes qui invoquent, par le biais d'arguments souvent créatifs, l'un ou plusieurs des moyens de nullité que l'on retrouve à l'article 946.4 C.P.C. L'absence de juridiction de l'arbitre (art. 946.4 al. 4 C.P.C.) constitue l'un des moyens les plus souvent plaidés pour demander la nullité d'une sentence arbitrale. Ces questions d'ordre juridictionnel peuvent soulever des débats complexes au stade de l'homologation de la sentence devant les tribunaux de droit commun, pouvant même donner lieu à des appels jusqu'à la Cour suprême du Canada²⁸. De tels recours peuvent donner lieu à des délais relativement longs pour l'homologation de la sentence arbitrale, tel qu'illustré par le dossier de *Canadian Royalties Inc.*²⁹. En effet, suite à une sentence arbitrale rendue le 1^{er} avril 2009 par l'arbitre M^e Claude-Armand Sheppard, il aura fallu attendre jusqu'au 19 juillet 2012 pour que la décision devienne exécutoire, suite au rejet de la requête de Nearctic Nickel Mines Inc. pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême.

Les moyens de nullité demeurant essentiellement les mêmes sous le nouveau C.P.C.³⁰, les tribunaux devront continuer à intervenir efficacement pour empêcher des délais démesurément longs au stade de l'homologation de la sentence arbitrale. En effet, l'article 646 N.C.P.C. énumère les mêmes moyens que l'article 946.4 C.P.C. pour contester l'homologation ou demander l'annulation d'une sentence arbitrale. Une nouveauté intéressante consiste toutefois

²⁴ Pour certains exemples, voir Pierre A. Michaud, « Introduction », dans Marie-Josée Hogue et Patrick Ferland *et al.*, *LegisPratique – Guide de l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 2.

²⁵ Voir l'art. 944.1 C.P.C.

²⁶ Voir l'art. 632 al.1 N.C.P.C.

²⁷ Voir l'art. 625 N.C.P.C.

²⁸ À titre d'exemple, voir *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.* (C.S. Can., 2003-03-21), 2003 CSC 17, SOQUIJ AZ-50167394, J.E. 2003-626, [2003] 1 R.C.S. 178; voir aussi *Canadian Royalties Inc. c. Nearctic Nickel Mines Inc.* (C.S., 2010-09-22), 2010 QCCS 4600, SOQUIJ AZ-50675869, 2010EXP-3444, J.E. 2010-1901, [2010] R.J.Q. 2455, appel rejeté (C.A., 2012-02-29), 2012 QCCA 385, SOQUIJ AZ-50835977, 2012EXP-1037, J.E. 2012-570, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2012-07-19), 34801.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Comparer à cet effet l'art. 946.4 C.P.C. avec l'art. 646 N.C.P.C.

en l'introduction de la possibilité de contester l'homologation de « mesures provisionnelles ou de sauvegarde » émises par l'arbitre. Sous le C.P.C. actuel, seule la sentence arbitrale finale peut être homologuée³¹.

2.2 L'arbitrage : un processus volontaire... mais qui devra être considéré par les parties

Sous l'égide du C.P.C., tout comme suite à la réforme, l'accès à l'arbitrage conventionnel est un processus volontaire. À défaut d'entente entre les parties, le litige se transporte devant les tribunaux de droit commun. Ce faisant, les parties, lors de la signature d'un contrat ou d'une entente, vont généralement se prémunir d'une convention d'arbitrage faisant état des questions qui devront, dans la mesure où elles sont soulevées, être soumises au tribunal arbitral. Les parties sont donc libres de déterminer la compétence de celui-ci, de l'élargir ou de la restreindre à certaines questions très précises³².

Mais qu'en est-il du recours à l'arbitrage lorsque les parties n'ont pas prévu de clause compromissoire? Le nouveau C.P.C. énonce de façon on ne peut plus claire à son article premier que les parties « doivent considérer » un tel recours. Cela porte à croire que la possibilité de recourir à l'arbitrage devra nécessairement être envisagée par les parties à un différend, et ce, même en l'absence d'une clause d'arbitrage les liant. Restera à voir quelles seront la nature, l'étendue et l'intensité que les tribunaux accorderont à cette obligation de considérer l'arbitrage. Bien que nous voyions difficilement comment une ou des parties à un litige pourraient être sanctionnées pour leur défaut de se conformer à cette obligation, nous pensons qu'un tribunal pourrait émettre une ordonnance obligeant les parties à effectuer certaines démarches concrètes afin d'envisager la possibilité d'y recourir.

2.3 Des règles d'arbitrage qui demeurent essentiellement supplétives.

L'article 940 C.P.C. prévoit expressément le caractère supplétif des dispositions traitant de l'arbitrage, mentionnant que ces règles « s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires ». Pour sa part, le nouveau C.P.C. n'indique pas son application de manière supplétive, mais plutôt, à son article 6, que, s'il est « nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent ». Ainsi, même lorsque les parties auront convenu d'une loi applicable autre que le C.P.C. dans leur convention d'arbitrage, le C.P.C. continuera de s'appliquer afin de compléter cette loi.

Le C.P.C. prévoit, à l'article 940, certaines dispositions qui sont d'ordre public et auxquelles les parties ne peuvent donc pas déroger³³. Ces dispositions impératives traitent de la compétence des tribunaux ou juges, du caractère final de la décision touchant à la nomination, à la récusation ou à la compétence des arbitres, du caractère final d'une décision ordonnant une mesure de sauvegarde suite au défaut par l'arbitre de rendre une décision rectifiant, interprétant ou complétant la sentence arbitrale ainsi que du processus d'homologation ou d'annulation d'une sentence arbitrale.

³¹ *The Gazette, une division de Southam inc. c. Blondin* (C.A., 2003-08-06), SOQUIJ AZ-50187080, J.E. 2003-1589, D.T.E. 2003T-789, [2003] R.J.Q. 2090, [2003] R.J.D.T. 1108, paragr. 48. Voir également *Endorecherche inc. c. McNicoll* (C.S., 2009-07-31), 2009 QCCS 3680, SOQUIJ AZ-50570079, J.E. 2009-1629.

³² *Desputeaux, supra*, note 28, paragr. 22.

³³ Il s'agit spécifiquement des articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4 C.P.C., et de l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire.

Le nouvel article 622 alinéa 3 N.C.P.C. prévoit également le caractère d'ordre public de certaines dispositions, sans toutefois les citer. Ainsi, les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions qui déterminent « *la compétence du tribunal, ni à celles concernant l'application des principes de contradiction et de proportionnalité, le droit de recevoir notification d'un acte ou l'homologation ou l'annulation de la sentence arbitrale* ». Nous en comprenons que l'article 630 N.C.P.C., prévoyant que la décision du tribunal quant à la nomination, la récusation ou la révocation est sans appel, est d'ordre public, tout comme les articles 632 alinéa 1 et 640 alinéa 2, prévoyant le respect des principes de la contradiction et de la proportionnalité, et l'article 632 alinéa 3 N.C.P.C., traitant de la compétence du tribunal arbitral. Les articles 627 alinéa 1, 631, 639 alinéa 2 et 642 alinéa 5 prévoient pour leur part les obligations de notification auxquelles les parties sont tenues de se conformer. Finalement, les parties ne peuvent convenir de clauses dérogeant aux articles 645 à 648, traitant de l'homologation et de l'annulation de la sentence arbitrale.

3. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE NOUVEAU C.P.C.

3.1 L'obligation de respecter le principe de proportionnalité maintenant ancré en matière d'arbitrage

L'arbitre est, sous le C.P.C., maître de la procédure devant lui. C'est ce qui ressort de l'article 944.1, ainsi que du nouvel article 632 alinéa 1. Cette nouvelle disposition prévoit expressément la mission de l'arbitre de veiller au respect du principe de proportionnalité, voulant que les frais, la durée et la preuve en arbitrage soient raisonnables lorsque comparés à la difficulté ou à l'importance d'une question en litige. Ceci étant, même sous l'empire du C.P.C. actuel, les arbitres ont eu tendance à respecter le principe de la proportionnalité, par analogie avec les Cours de justice³⁴. On conçoit effectivement difficilement qu'un arbitre, tout comme un tribunal de droit commun, laisse les parties faire une preuve hors de proportion avec une question qui n'aura qu'une incidence peu importante sur l'issue du litige ou sur une question principale de peu d'envergure. L'arbitre se fiait donc souvent par le passé sur les principes généraux que l'on retrouve aux articles premiers du C.P.C., afin d'incorporer une telle règle de proportionnalité dans le cadre d'arbitrages québécois³⁵. Par sa codification à l'article 632, le nouveau C.P.C. confirme l'importance d'une application systématique du principe de la proportionnalité en matière d'arbitrage.

3.2 La nouvelle règle par défaut : l'arbitrage devant arbitre unique

Le nouveau C.P.C. prévoit, à son article 624, la nomination par les parties d'un arbitre unique pour décider du différend qu'elles soumettent à l'arbitrage. Il s'agit d'un changement significatif par rapport à la constitution par défaut d'un banc de trois arbitres qui prévaut actuellement sous les articles 941 et ss. C.P.C. Cette modification aura certainement des avantages non négligeables, non seulement en matière de réduction des coûts, mais également en matière de célérité, notamment en raison des éléments discutés précédemment³⁶.

Toutefois, cette modification n'est pas qu'avantageuse en ce qu'elle pourrait diminuer l'attrait pour les justiciables de recourir à l'arbitrage. L'arbitrage mène à une sentence finale qui ne peut

³⁴ Voir à cet effet Pierre A. Michaud, *loc. cit. supra*, note 24, p. 4.

³⁵ Voir art. 4.2 C.P.C. Voir également Pierre A. Michaud, *loc. cit. supra*, note 24, p. 4.

³⁶ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*. Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 28 – *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile (22)* » dans *de la Commission permanente des institutions*, volume 43, n° 108, 10 janvier 2014, CI-108 p. 44.

pas faire l'objet d'un appel. Le tribunal composé de trois arbitres a traditionnellement été perçu comme constituant une assurance supplémentaire que la décision à être rendue ne serait pas incorrecte. Plus encore, le mécanisme de nomination du banc de trois arbitres permet aux parties de nommer l'arbitre de leur choix. Ce sont les deux arbitres nommés par les parties qui décident ensemble de l'identité du président du tribunal arbitral. En effet, non seulement les parties tentent généralement de nommer un arbitre hautement compétent, mais elles ont également tendance à choisir un individu qu'elles considèrent, à raison ou à tort, être susceptible de favoriser leur cause. Pour des raisons souvent relativement subjectives, il peut donc être difficile pour des parties ayant des positions diamétralement opposées de s'entendre sur le choix d'un décideur unique.

En cas d'impossibilité pour les parties de s'entendre sur l'identité de l'arbitre unique, le nouveau C.P.C. prévoit, à l'article 625 alinéa 1, que « *le tribunal peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure nécessaire pour assurer cette nomination* ». Ainsi, l'on peut envisager que de multiples débats prendront place devant les tribunaux de droit commun afin de déterminer l'identité de l'arbitre chargé d'entendre une cause.

Afin d'éviter un processus parallèle devant les tribunaux en cas de mésentente quant à la nomination d'un arbitre unique, les parties pourraient aussi déléguer la tâche de nommer l'arbitre unique à une tierce partie selon l'article 624 N.C.P.C. Cette délégation à une partie étrangère au litige représente une nouveauté instaurée par la réforme, qui nous semble des plus bénéfiques. Elle permettra aux parties d'obtenir une nomination sans intervention judiciaire avec les délais y afférents et à coût moindre.

Finalement, notons que la modification à la règle de l'arbitrage devant trois arbitres s'éloigne de la Loi Type de la CNUDCI, qui est généralement suivie en matière d'arbitrage international et qui a énormément influencé les règles d'arbitrage que l'on a retrouvées dans le C.P.C. issu de la réforme de 1986.

3.3 Un meilleur encadrement du délai imparti à l'arbitre pour rendre sa décision

L'article 642 alinéa 3 N.C.P.C. prévoit un délai de trois mois à partir de la prise en délibéré afin que l'arbitre rende sa décision. Ce délai peut être prolongé « *plus d'une fois* ». D'ailleurs, il y est également prévu que, si le délai de trois mois (ou le délai prolongé) est expiré, les parties peuvent convenir d'un nouveau délai, ou le tribunal peut en autoriser un. Cet alinéa de droit nouveau vise donc à promouvoir le caractère rapide de l'arbitrage auprès des justiciables en fournissant un délai cadre dans lequel l'arbitre doit rendre sa décision au mérite. Mentionnons qu'en pratique, considérant l'importance et les difficultés des questions que l'on retrouve souvent en arbitrage, ce délai sera sans doute prolongé dans plusieurs cas. L'intervention judiciaire est disponible si les parties ne s'entendent pas sur une telle prolongation de délai.

Le N.C.P.C. ne prévoit aucune sanction en cas de défaut par l'arbitre de respecter le délai fixé par les parties ou par la Cour. Il nous apparaîtrait à tout le moins surprenant que cela puisse représenter un nouveau moyen de contester la validité de la décision arbitrale. Les tribunaux seront toutefois probablement appelés à déterminer si le délai qu'ils ordonnent en est un de rigueur ou non, s'il peut être renouvelé devant les instances judiciaires, et, au cas contraire, quelles sanctions peuvent être appliquées en cas de défaut par l'arbitre de s'y conformer. Un tel manquement pourrait possiblement donner ouverture à une requête en révocation conformément à l'article 628 N.C.P.C.; toutefois, il est fort à parier que l'utilisation d'une telle mesure devra être balisée par les tribunaux afin d'éviter qu'une partie, sentant avoir de faibles chances de succès suite aux plaidoiries, ne puisse requérir que le processus arbitral reprenne

ab initio devant un nouveau décideur.

3.4 La volonté de favoriser les recours à la médiation pendant le processus arbitral à travers le « arb-med »

Le nouveau C.P.C. prévoit, à l'article 620 alinéa 2, la possibilité que l'arbitre agisse à titre de conciliateur entre les parties si les parties le lui demandent, et ce, à tout moment pendant le processus arbitral.

Un peu à l'image des conférences de règlement à l'amiable, un tel processus vise à permettre de régler rapidement et à moindre coût un litige de taille qui pourrait nécessiter de nombreuses journées d'audition et une preuve imposante. Toutefois, ce processus, qui peut donc posséder des qualités louables, n'est sans doute pas idéal si l'arbitre médiateur demeure saisi du fond de l'affaire en cas d'échec de la médiation³⁷. À titre de comparaison, dans le cadre d'une Conférence de règlement à l'amiable dans un dossier procédant devant les tribunaux de droit commun, le juge présidant celle-ci ne pourra pas, si elle s'avère infructueuse, agir à titre de juge lors de l'audition au fond³⁸. Cela se veut un moyen d'éviter que des éléments lui ayant été présentés lors de cette conférence ne soient préjudiciables aux parties dont le litige se poursuivra. D'ailleurs, cela est conforme avec la volonté du législateur de maximiser les chances de succès de telles conférences, ce qui peut se faire uniquement si les parties exposent pleinement leur position, tout en étant assurées que cela ne leur sera pas préjudiciable.

Bien que cela puisse permettre à la cause de se poursuivre sans délai et à coûts moindres et ne devant pas réexpliquer l'ensemble du dossier à un nouveau décideur – en évitant les problèmes, discutés préalablement, de nomination d'un arbitre unique –, nous pensons qu'il serait parfois préférable de procéder à la nomination d'un nouvel arbitre dans l'éventualité où se tiendrait une séance de conciliation. Cela est d'autant plus vrai qu'une partie pourrait unilatéralement bloquer le processus arbitral en refusant de donner son consentement à ce que ce dernier poursuive l'audition de la cause dans l'éventualité où la conciliation échoue. Or, un tel consentement est exigé par l'article 620 alinéa 2, et renvoyer le tout devant un nouvel arbitre, retournant de ce fait les parties à la case départ. Le nouveau C.P.C. ne prévoit d'ailleurs aucune circonstance permettant à une partie de forcer l'autre à continuer l'arbitrage avec le même arbitre en cas d'impasse en conciliation.

Finalement, notons que, si l'arbitre siégeant en conférence de conciliation peut poursuivre l'arbitrage en cas d'échec de la conférence, les parties risquent d'être beaucoup moins enclines à y exposer leur position complètement. Dans de tels cas, et bien que l'idée puisse sembler intéressante, les chances d'obtenir un règlement lors d'une telle séance risquent d'être lourdement affectées, et les parties risquent de continuer de recourir aux services d'un arbitre indépendant afin de procéder à la conciliation³⁹.

3.5 Les mesures provisionnelles : qu'en est-il de l'injonction?

L'une des questions qui ont fait couler le plus d'encre tout au long de l'étude du projet de loi qui est devenu le nouveau C.P.C. est sans aucun doute le recours aux mesures provisionnelles et

³⁷ L'article 620 alinéa 2 N.C.P.C. prévoit qu'en cas de conciliation infructueuse l'arbitre pourra continuer d'entendre la cause, après avoir obtenu le consentement exprès des parties.

³⁸ Art. 151.23 al. 1 C.P.C. et 165 al. 2 N.C.P.C.

³⁹ Voir à ce sujet Isabelle Vendette, « L'évolution de l'arbitrage québécois et les modifications suggérées par le projet de loi 28: avancée ou illusion? », (2012-2013) 3 n° 2 *RAMJAM* 121-146.

la portée que celles-ci pourront avoir. L'article 638 N.C.P.C. de droit nouveau prévoit en effet la possibilité pour l'arbitre, en cours d'arbitrage, de prendre des mesures provisionnelles ou propres à sauvegarder les droits des parties. Cette disposition vise à faire arrimer le droit québécois davantage avec la Loi type de la CNUDCI, modifiée en 2006 afin de prévoir une telle possibilité.

L'article 639 N.C.P.C., également de droit nouveau, prévoit la possibilité pour l'arbitre d'émettre des ordonnances provisoires dans une situation d'urgence, et ce, sans même que la partie requérante ait à notifier ladite demande à la partie adverse. Cette situation, s'apparentant à tout le moins aux injonctions provisoires, tel qu'il ressort même des débats ayant mené à l'adoption de cet article⁴⁰, permettra alors aux parties de ne pas avoir à s'adresser aux tribunaux de droit commun dans le cadre d'un arbitrage, reflétant encore une fois la volonté que l'arbitrage soit un processus autonome. Le recours à l'injonction devant un tribunal arbitral avait, par le passé, fait l'objet de nombreuses décisions⁴¹.

Si encore une fois cette volonté du législateur peut s'avérer fort louable, il n'en demeure pas moins que certains problèmes risquent de survenir dans des cas d'émissions de telles ordonnances. En effet, le C.P.C. utilise le terme « mesures provisionnelles » autant dans la section sur l'arbitrage que dans les autres sections du Code. En application des règles d'interprétation traditionnelles, un même terme dans une même loi possède, sous réserve d'une preuve contraire, la même signification. Ainsi, qu'en sera-t-il par exemple du séquestre judiciaire ou des saisies avant jugement?

Qui plus est, cette volonté d'avoir un processus autonome semble incompatible avec l'article 623 C.P.C., qui accorde également aux tribunaux de droit commun, non seulement avant mais également en cours d'arbitrage la possibilité d'accorder des mesures provisionnelles ou des ordonnances de sauvegarde. Dans ce cas, force nous est de nous questionner sur l'application d'une telle compétence concurrente. Une partie bénéficiera alors possiblement de deux forums afin d'obtenir l'émission d'une telle mesure provisionnelle.

Les règles que l'on retrouve dans la Loi Type de la CNUDCI prévoient, à l'article 17, la possibilité pour un arbitre de rendre des mesures provisoires, assimilables en tout point aux mesures injonctives que la Cour supérieure est en mesure d'émettre. Malgré un texte qui diffère de la Loi Type, certains auteurs ont considéré que le législateur ne voulait pas, en agissant ainsi, réserver aux tribunaux le pouvoir d'ordonner de telles mesures⁴².

Notons que plusieurs législations provinciales ont d'ailleurs expressément permis aux arbitres d'émettre de telles mesures provisionnelles et injonctives. C'est le cas de l'Ontario⁴³, de l'Alberta⁴⁴, du Manitoba⁴⁵, du Nouveau-Brunswick⁴⁶ ainsi que de la Saskatchewan⁴⁷ ou encore

⁴⁰ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*. Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 28 – *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile (22)* » dans *de la Commission permanente des institutions*, volume 43, n° 113, 17 janvier 2014, CI-113 p. 4.

⁴¹ Voir notamment à cet effet *Service Bérubé Itée c. General Motors du Canada Itée* (C.A., 2011-03-25), 2011 QCCA 567, SOQUIJ AZ-50735925, 2011EXP-1128, J.E. 2011-603, l'affaire *Canadian Royalties Inc.*, *supra*, note 28. Voir également *9101-0983 Québec Inc. c. 9051-4076 Québec Inc.* (C.S., 2012-02-27), 2012 QCCS 724, SOQUIJ AZ-50835984, 2012EXP-1397, J.E. 2012-757, et *Dubois & Frères Itée c. General Motors du Canada Itée* (C.S., 2010-03-09), 2010 QCCS 962, SOQUIJ AZ-50617099.

⁴² Isabelle Vendette, *loc. cit. supra*, note 39.

⁴³ *Loi de 1991 sur l'arbitrage* (L.O. 1991, c. 17), art. 31.

⁴⁴ *Arbitration Act* (R.S.A. 2000, c. A-43), art. 31.

⁴⁵ *Loi sur l'arbitrage* (CPLM, c. A120), art. 31.

de la Nouvelle-Écosse⁴⁶. Ainsi, la réforme du C.P.C. peut être perçue comme représentant la volonté du législateur de permettre aux arbitres d'émettre de telles mesures, alors que les commentaires de la ministre de la Justice, traitant de l'article 638 N.C.P.C. indiquent à propos de ces mesures qu'il « *s'agit, en faisant les adaptations nécessaires, en vertu des articles 509 et suivants du Code, des ordonnances de faire ou de ne pas faire, de la saisie avant jugement, du séquestre et, d'une façon générale, des ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties*⁴⁹ ». Restera alors à déterminer comment sera appliquée cette juridiction concurrente. Une partie sera-t-elle libre de décider de procéder devant un arbitre ou devant la Cour supérieure? En présence d'un processus voulu confidentiel, une partie pourra-t-elle exposer devant un tribunal de droit commun une situation justifiant à ses yeux la délivrance d'une injonction?

Notons d'ailleurs que le nouvel article 638 prévoira la possibilité pour l'arbitre d'exiger, lors de l'émission d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde, un cautionnement afin de payer les frais et l'indemnisation du préjudice pouvant résulter de cette mesure. Cet élément n'a pourtant fait l'objet d'aucun commentaire ou question lors de l'adoption du projet de loi. Il nous apparaît clair que les situations entraînant un tel octroi devront être interprétées par les tribunaux, l'article 641 N.C.P.C. prévoyant d'ailleurs que, si une mesure provisionnelle ou de sauvegarde n'aurait pas dû être accordée, il y aura lieu d'indemniser la partie qui en aura subi un préjudice.

4. CONCLUSION – L'ASSISTANCE NÉCESSAIRE DES TRIBUNAUX

4.1 Quelle sera l'étendue de l'obligation de « considérer » les modes privés de règlement des différends?

Tel que mentionné précédemment, le nouveau C.P.C. prévoit que les parties doivent « considérer » le recours aux modes privés de règlement des différends. Toutefois, il ne s'agit pas d'une obligation définie par le nouveau Code et les commentaires ayant été faits dans le cadre de l'adoption du projet de loi ne permettent pas non plus d'en concevoir les balises clairement définies. Les parties pourront-elles donc prétendre avoir rencontré leur obligation par une simple communication s'étant soldée par un refus de procéder à l'arbitrage? Le fardeau de preuve des parties sera-t-il plus exigeant?

De plus, aucune sanction n'est prévue en cas de manquement à cette obligation. À quelles sanctions se rendraient passibles une ou plusieurs parties manquant à celles-ci? Un tribunal pourrait-il refuser de fixer une cause en raison du fait que les parties n'ont pas envisagé une telle possibilité, comme cela se fait déjà dans les cas où les parties n'envisagent pas la possibilité de participer à une conférence de règlement à l'amiable? Il s'agit d'autant de questions qui devront faire l'objet de réponses de la part des cours de justice au cours des prochaines années.

4.2 Les frais de l'arbitrage : quelles conséquences possibles d'un défaut de paiement?

L'article 637 N.C.P.C. de droit nouveau prévoit que les parties à l'arbitrage sont « également » responsables du paiement des honoraires de l'arbitre et des frais qu'il a engagés. Nous

⁴⁶ *Loi sur l'arbitrage* (L.N.-B. 2014, c. 100), art. 31.

⁴⁷ *The Arbitration Act, 1992* (S.S. 1992, c. A-24.1), art. 32.

⁴⁸ *Commercial Arbitration Act* (S.N.S. 1999, c. 5), art. 34.

⁴⁹ Québec, Ministère de la Justice, *op. cit. supra*, note 23, p. 462.

pouvons donc en comprendre qu'à défaut d'entente ou de décision contraire de l'arbitre chaque partie est responsable du paiement des frais en parts égales. Encore une fois, aucune sanction n'est prévue en cas de défaut pour une partie de verser les honoraires à l'arbitre. Ainsi, celui-ci pourra-t-il refuser de poursuivre l'arbitrage? Il nous semblerait qu'une partie, constatant qu'elle est en voie de perdre le recours, pourrait alors éviter une décision, ou autrement bloquer le processus arbitral. Ainsi, l'Institut de médiation et d'arbitrage avait proposé, dans le cadre de l'étude du projet de loi 28, qu'une sanction claire soit prévue dans de telles situations, soit le défaut de plaider. Toutefois, craignant qu'une partie puisse refuser de payer les frais d'arbitrage et puisse par la suite valablement s'opposer à l'homologation de la sentence arbitrale, n'ayant pu exposer ses arguments, cette possibilité a finalement été écartée par le législateur. L'arbitre n'est donc pas davantage protégé sous le nouveau C.P.C. qu'il ne l'était sous l'ancien *Code de procédure civile* et devra prendre les moyens nécessaires pour garantir le paiement de sa créance.

De plus, le terme « également responsables » est un terme que l'on ne retrouve ni sous le C.P.C. ni dans le *Code civil du Québec*. Ainsi, s'agit-il d'une responsabilité solidaire entraînant une certaine protection pour l'arbitre, une partie pouvant alors effectuer le paiement afin de permettre à l'arbitrage de se poursuivre? Ou s'agit-il davantage d'une obligation conjointe, qui pourra forcer un arbitre à entamer des poursuites contre une partie faisant défaut de lui payer ses honoraires? Il nous semble que les tribunaux devront rapidement répondre à cette question.

4.3 L'arbitre pourra-t-il émettre des injonctions?

Bien que l'article 639 N.C.P.C. prévoie la possibilité pour l'arbitre d'émettre des ordonnances provisoires dans une situation d'urgence, il sera très intéressant, voire impératif, de connaître la portée que les tribunaux attribueront à cette juridiction. Inclura-t-elle le pouvoir d'émettre des injonctions provisoires? Qu'en sera-t-il du pouvoir des tribunaux d'émettre des injonctions permanentes? Nous devons aussi attendre pour voir comment s'exercera la juridiction concurrente des tribunaux de droit commun d'émettre des mesures provisionnelles ou des ordonnances de sauvegarde avant ou pendant l'arbitrage sous l'article 623 N.C.P.C.