

La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique

L. Yves Fortier, C.C., O.Q., c.r., Ad. E.*

Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris

INTRODUCTION

Cette année 2011 s'est avérée un cru exceptionnel pour l'arbitrage en France, ayant été marquée par l'adoption et l'entrée en vigueur de la nouvelle loi française sur l'arbitrage¹. Il s'agit, sans aucun doute, de la plus importante réforme du droit français de l'arbitrage jamais entreprise. Le droit français est maintenant « l'un des plus favorables à l'arbitrage qui puisse se concevoir »², pour reprendre les propos du Professeur Emmanuel Gaillard. Comme le dit lui-même le législateur français, « le décret modernise le droit français de l'arbitrage »³.

Dans cet esprit, on m'a demandé de partager avec vous quelques « vues d'Outre-Atlantique » sur cette nouvelle loi. Pour ce faire, j'ai pensé qu'il serait intéressant de vous entretenir sur le droit de l'arbitrage au Canada et d'y tracer certains parallèles avec la réforme française. J'aborderai ainsi quelques faits saillants de la réforme française : la consécration du principe de compétence-compétence; la codification des principes bien reconnus d'équité, d'impartialité et d'efficacité du processus arbitral; la faculté nouvelle conférée aux parties de renoncer expressément, par convention, à leur droit de présenter un recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue en France; et l'absence, en vertu de la nouvelle loi, de toute présomption de confidentialité en arbitrage international.

À travers cet exposé, j'aimerais avant tout souligner que même si l'arbitrage est reconnu comme un ordre juridique autonome de part et d'autre de l'Atlantique, les tribunaux de droit commun conservent un rôle important, notamment au niveau de la supervision des sentences arbitrales.

* Me Fortier est associé principal et Président Émérite du cabinet canadien Norton Rose OR S.E.N.C.R.L., s.r.l. (anciennement Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l.). Me Fortier souhaite remercier Me Stéphanie Bachand, avocate et membre de l'équipe d'arbitrage international de Norton Rose OR S.E.N.C.R.L., s.r.l., pour sa précieuse collaboration dans la préparation de cette allocution.

¹ Voir le *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, JO, 14 janvier 2011, 777 [Décret], modifiant les dispositions du *Nouveau Code de procédure civile français [Cpc français]*; voir également le *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, JO, 14 janvier 2011, 773 [Rapport au Premier ministre].

² Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage » (2011) 2 Cahiers de l'Arbitrage 263 au para 2 [Gaillard et de Lapasse].

³ Voir *Décret*, *supra* note 1, préambule.

Après avoir traité brièvement du cadre législatif relatif à l'arbitrage au Canada (Partie I), j'aborderai la question du respect par les juges de la compétence des arbitres avant que l'arbitrage ne soit vraiment engagé (Partie II), puis celle du rôle des juges au niveau de la supervision (annulation, reconnaissance et exécution) des sentences arbitrales (Partie III). Je terminerai par quelques propos sur le thème de la confidentialité du processus arbitral (Partie IV).

Avant toute chose, j'aimerais d'abord saluer cette importante réforme du droit français de l'arbitrage. La nouvelle loi française a été extrêmement bien accueillie partout dans le monde de l'arbitrage international. Les réactions semblent unanimes, tant dans les juridictions de droit civil que dans celles de la *common law* anglo-saxonne⁴. En codifiant la jurisprudence développée par les tribunaux français au cours des dernières années, la nouvelle loi permet maintenant aux juristes d'ici et d'ailleurs de compter sur un cadre normatif beaucoup plus clair et prévisible, et par le fait même, plus accessible. En innovant et en adoptant de nouvelles dispositions progressistes et avant-gardistes, la nouvelle loi permettra d'accroître encore davantage l'efficacité et la rapidité du processus arbitral.

Certes, le droit français de l'arbitrage était déjà, avant la réforme, favorable à l'arbitrage. Aujourd'hui, sans aucun doute, il est devenu l'un des droits les plus favorables à l'arbitrage qui soit, de part et d'autre de l'Atlantique. En ce sens, la clarté et l'efficacité accrues insufflées par la réforme permettront sans aucun doute d'assurer le rayonnement du droit français de l'arbitrage et continueront d'assurer à la France – et en pratique, à Paris – le rang de premier choix qu'elle occupe comme siège d'arbitrage.

⁴ Voir notamment : Barthélemy Cousin, Vincent Béglé et Alison FitzGerald, « Nouveau droit français de l'arbitrage : un libéralisme ambitieux » (24 février 2011), en ligne : Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/>> [Cousin, Béglé et FitzGerald]; Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2; Emmanuel Gaillard et Pierre de Lapasse, « Études et Commentaires : Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », (2011) 3 D 175; Emmanuel Gaillard, « France Adopts New Law On Arbitration », (2011) 245 : 15 NYLJ; Jennifer Kirby, « Introductory Note to the 2011 French Law on Arbitration », (2011) 50 ILM 258 à la p 259 [Kirby]; Pierre Mayer, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace » 203 Dr et pat (mai 2011) 30 [Mayer]; Laurence Franc-Menget, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international » (janvier 2011), en ligne : Herbert Smith LLP <<http://www.herbertsmith.com>> [Herbert Smith]. Voir aussi : Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, « Un second souffle pour l'arbitrage – Arbitrage interne – À propos du décret du 13 janvier 2011 » La Semaine juridique édition générale n° 11 (14 mars 2011) 322; Elie Kleiman et Julie Spinelli, « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité » Gazette du Palais n° 27 (27 janvier 2011) 9; Christophe von Krause et Paul Giraud, « New French Arbitration Law Clarifies Role of National Courts and Reinforces Recognition and Enforcement of Arbitration Awards » (25 février 2011), en ligne : Kluwer Arbitration Blog <<http://kluwerarbitrationblog.com>>; Benoît Le Bars, « La réforme du droit de l'arbitrage – Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche » La Semaine juridique édition générale n° 4 (24 janvier 2011) 67; Alison Ross, « France reveals new arbitration law » (14 janvier 2011), en ligne : Global Arbitration Review <<http://www.globalarbitrationreview.com/>>; Baker & McKenzie LLP, « La Nouvelle Réforme de la Loi sur l'arbitrage » (21 janvier 2011), en ligne : Baker & McKenzie <<http://www.bakermckenzie.com>>; Bryan Cave LLP, « New French Arbitration Law - (Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage) » (23 février 2011), en ligne : Bryan Cave LLP <<http://www.bryancave.com>>; King & Spalding, « New French Arbitration Law » (24 janvier 2011), en ligne : King & Spalding <<http://www.kslaw.com>>; White & Case LLP, « New French Arbitration Law » (janvier 2011), en ligne : White Case LLP <<http://www.whitecase.com>>.

I. LE CADRE LÉGISLATIF RELATIF À L'ARBITRAGE AU CANADA⁵

En 1986, le Canada est devenu le premier pays à « adopter » la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁶. La même année, le Canada a adhéré à la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York)*⁷.

De manière générale, toutes les lois concernant l'arbitrage commercial international au Canada sont fondées sur la *Loi type*. Au niveau fédéral, les arbitrages sont régis par la *Loi sur l'arbitrage commercial*, dans laquelle figure le *Code d'arbitrage commercial*⁸. Compte tenu de la structure fédérale du Canada et du partage des compétences législatives entre le parlement fédéral, d'une part, et les législatures de chacune des provinces et territoires, d'autre part, chaque province et territoire a également dû légiférer afin de mettre en vigueur les dispositions de la *Loi type*. Les dix provinces et trois territoires ont ainsi adopté leur propre loi sur l'arbitrage commercial international, en incorporant généralement la *Loi type* en annexe ou en la reproduisant dans le corps de la loi provinciale⁹, « à des degrés parfois variables »¹⁰. Au Québec toutefois, province et société distincte, le législateur a préféré inclure les principaux éléments de la *Loi type* au *Code civil du Québec*

⁵ Voir notamment, sur le cadre législatif relatif à l'arbitrage au Canada : Norton Rose Group, « Arbitration in Canada » (Octobre 2011), en ligne : Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/>> [Guide NR sur l'arbitrage au Canada]; Stephen L. Drymer et Michael Kotrly, « International arbitration in Canada » (Juin 2011), en ligne : Norton Rose <<http://www.nortonrose.com/>> [Drymer et Kotrly]; L. Yves Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001) 80 R du B Can 143 [Fortier]. Ces documents présentent également des discussions intéressantes relativement à la jurisprudence des tribunaux canadiens en matière d'arbitrage.

⁶ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 (Document A/40/17, annexe I) [*Loi type*]. À noter que la *Loi type* n'est pas une convention internationale qui doit être ratifiée par les États, mais plutôt une codification de principes relatifs à l'arbitrage commercial international destinée à servir de modèle pour les lois internes. Au Canada, le Parlement fédéral a adhéré aux principes de la *Loi-type* en adoptant la *Loi sur l'arbitrage commercial*, LRC 1985, c 17 (2^e suppl), entrée en vigueur le 10 août 1986 (TR/86-155) [*Loi sur l'arbitrage commercial*]. La *Loi type* a également été adoptée, sous réserve de certaines modifications, par toutes les provinces et tous les territoires du Canada, tel que décrit ci-après : voir notamment *Yugraneft Corp. c Rexx Management Corp.*, [2010] 1 RCS 649 au para 11 [*Yugraneft*]. En 2006, des amendements à la *Loi type* ont été adoptés par la CNUDCI, mais ceux-ci n'ont pas encore été adoptés au Canada, comme dans la plupart des autres États ayant mis en œuvre la *Loi type*. Pour plus d'informations à ce sujet, voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

⁷ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York)*, Nations Unies, 10 juin 1958 [*Convention de New York*]. Comme son nom l'indique, la *Convention de New York* vise à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, en établissant des règles uniformes applicables dans tous les États parties. Le Canada a adhéré à la *Convention de New York* le 12 mai 1986 et l'a par la suite mise en œuvre en adoptant la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, LRC 1985, c 16 (2^e suppl), entrée en vigueur le 10 août 1986 (TR/86-154) : voir notamment *Yugraneft*, supra note 6 aux para 9-10.

⁸ *Loi sur l'arbitrage commercial*, supra note 6 et son Annexe, le *Code d'arbitrage commercial* [*Code d'arbitrage commercial*]. À noter que le *Code d'arbitrage commercial* « ne s'applique qu'au cas d'arbitrage où l'une des parties au moins est Sa Majesté du chef du Canada, un établissement public ou une société d'État ou qu'aux questions de droit maritime » : *Loi sur l'arbitrage commercial*, supra note 6, art 5(2).

⁹ Guide NR sur l'arbitrage au Canada, supra note 5 à la p 9. Voir par exemple : Alberta - *International Commercial Arbitration Act*, RSA 2000, c I-5; Colombie-Britannique - *International Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c 233; Île-du-Prince-Édouard - *International Commercial Arbitration Act*, RSPEI 1988, c I-5; Manitoba - *The International Commercial Arbitration Act*, CCSM c C151; Nouveau-Brunswick - *International Commercial Arbitration Act*, SNB 2011, c 176; Nouvelle-Écosse - *International Commercial Arbitration Act*, RSNS 1989, c 234; Ontario - *International Commercial Arbitration Act*, RSO 1990, c I.9; Saskatchewan - *The International Commercial Arbitration Act*, SS 1988-89, c I-10.2; Terre-Neuve et Labrador - *International Commercial Arbitration Act*, RSNL 1990, c I-15; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut - *International Commercial Arbitration Act*, RSNWT 1988, c I-6; Yukon - *International Commercial Arbitration Act*, RSY 2002, c 123.

¹⁰ Bien que les lois provinciales sont inspirées de la *Loi-type*, elles s'en écartent parfois : voir Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 aux n° 9, 27 et 236 et s [Bachand].

(« CcQ ») et au *Code de procédure civile* (« *Cpc Québec* »)¹¹, en prenant soin de mentionner que ces dispositions doivent s'interpréter en tenant compte de la *Loi type* lorsqu'il s'agit « d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international »¹². À l'exception des régimes fédéral et québécois, toutes les juridictions canadiennes comptent des régimes distincts, quoique semblables, au niveau de l'arbitrage international et domestique¹³, tout comme en France où l'approche dualiste a été maintenue¹⁴.

II. LE RÔLE DES JUGES À L'ÉGARD DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Les tribunaux canadiens, tant dans les juridictions des cours provinciales que fédérales, ont généralement adopté une approche favorable à l'arbitrage, conférant plein effet à la volonté des parties qui choisissent l'arbitrage comme mode de résolution de leurs différends.

Le principe de compétence-compétence est maintenant bien établi en arbitrage international.

La nouvelle loi française le reconnaît d'ailleurs¹⁵, puisqu'elle permet au juge de se déclarer compétent seulement « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable »¹⁶. Règle générale, seul l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence¹⁷, bien que les parties à un arbitrage international puissent en convenir autrement¹⁸. L'autonomie de l'arbitrage est également reconnue par la codification, dans la nouvelle loi, du principe d'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat auquel elle se rapporte et du fait qu'elle ne sera pas affectée par l'inefficacité de celui-ci¹⁹.

Ce sont là des principes bien reconnus aujourd'hui au Canada également, même s'il n'en n'a pas toujours été ainsi. Suivant l'approche antérieure du droit anglais, les tribunaux canadiens ont été longtemps hostiles à

¹¹ Voir notamment John E.C. Brierley, « De la convention d'arbitrage » dans *La réforme du code civil*, t 2, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 1067 aux pp 1067-1068 [Brierley] : « la législation québécoise de 1983 est une *adaptation* et non pas une *adoption* textuelle de ces textes à caractère international [la *Loi type* et la *Convention de New York*] comme c'est le cas dans la plupart des autres législations canadiennes[...] ».

¹² Voir art 940.6 *Cpc Québec*.

¹³ Voir Drymer et Kotrly, *supra* note 5.

¹⁴ Voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 5. L'articles 1504 *Cpc français* définit l'arbitrage international comme étant « l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international », une définition qui « fait consensus et dont les limites ont été déterminées par une jurisprudence constante » : *Rapport au Premier ministre*, *supra* note 1; voir aussi Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 aux para 74 et s.

¹⁵ Sur le principe de compétence-compétence en France, voir notamment Yves Strickler, « Chronique de jurisprudence française : la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence », (2011) 1 *Rev Arb* 191; Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 aux para 23 et 84; Éric A. Schwartz, « The New French Arbitration Decree : The Arbitral Procedure » (2011) 2 *Cahiers de l'arbitrage* 349 [Schwartz]; Thomas Clay, « L'appui du juge à l'arbitrage » (2011) 2 *Cahiers de l'arbitrage* 331 aux para 47 et s.

¹⁶ Voir art 1448 et 1506 *Cpc français*.

¹⁷ Voir art 1465 et 1506 *Cpc français*.

¹⁸ Voir art 1448 et 1506(1) *Cpc français*. Bien que le troisième alinéa de l'article 1448 *Cpc français* prévoit que les dispositions des alinéas 1 et 2 soient impératives, il n'est pas énuméré à l'article 1506(1) *Cpc français* comme s'appliquant à l'arbitrage international : voir Cousin, Bégly et Fitzgerald, *supra* note 4 aux pp 1-2 et à la note infrapaginale vi.

¹⁹ Voir art 1447 *Cpc français*; voir aussi Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 83; Kirby, *supra* note 4 à la p 258; Beatrice Castellane « The New French Law on International Arbitration » (2011) 28 : 4 *J Int'l Arb* 371 [Castellane].

l'arbitrage, soutenant que les conventions d'arbitrage qui écartaient la compétence des tribunaux de droit commun étaient nulles et contraires à l'ordre public²⁰. Au début des années 80, la Cour suprême du Canada a commencé à adopter une approche plus favorable à l'arbitrage²¹. Aujourd'hui, les tribunaux à travers le pays adoptent généralement une interprétation très large à la fois à l'égard de l'arbitrabilité des causes et à l'égard de la compétence des arbitres de rendre des décisions quant à leur arbitrabilité²².

Au Québec, la reconnaissance de l'arbitrage comme mode alternatif de résolution des différends est bien illustrée par les propos de la juge Rayle dans l'affaire *Bridgepoint International (Canada) inc. v Ericsson Canada inc.*, décidée en 2001²³. La juge y souligne l'évolution jurisprudentielle vers une interprétation libérale des clauses d'arbitrage, depuis les modifications apportées au *Code civil du Bas-Canada* (« l'ancêtre » du CcQ) au milieu des années 1980:

Since the 1986 modifications to the Civil Code of Lower Canada, arbitration agreements must no longer be treated as constituting an exception to the principle of unconditional access to the judicial process. [...] Arbitration agreements now constitute a complete alternative means to dispute-solving by the courts.

These agreements should not therefore be perceived as limiting the rights of the parties. They simply identify, when clearly drafted, a preferred way by which these rights may be exercised.

*They should, therefore, be interpreted in a liberal way.*²⁴ [notes omises]

L'arbitrage est donc perçu comme un système de justice parallèle et en aucun cas inférieur au système des tribunaux de droit commun. Cette attitude positive à l'égard de l'arbitrage est notamment reflétée dans deux arrêts importants de la Cour suprême du Canada rendus au début du 21^e siècle : les arrêts *Desputeaux c Éditions Chouette (1987) inc.*²⁵ et *Dell Computer Corp. c Union des consommateurs*²⁶.

Dans l'affaire *Desputeaux*, la Cour suprême du Canada, en 2003, a adopté une approche très favorable à l'arbitrabilité des différends. Selon la Cour, « [l]es parties à une convention d'arbitrage jouissent d'une

²⁰ Voir notamment les arrêts *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62 et *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144.

²¹ Voir notamment l'arrêt *Zodiak International c. Polish People's Republic*, [1983] 1 RCS 529, dans lequel la Cour suprême a reconnu que la clause compromissoire parfaite était valide et légale en droit québécois et qu'elle avait pour effet de priver le tribunal de droit commun de sa compétence relativement au différend. Voir aussi Brierley, *supra* note 11 aux para 13 et 25-26.

²² Drymer et Kotrly, *supra* note 5. Pour une revue de la jurisprudence des tribunaux québécois en matière d'arbitrage, voir le blog de Frédéric Bachand, « Consensual Arbitration in Quebec », à la section III (*Leading Cases*), en ligne : <<http://www.mcgill.ca/>>; voir aussi : Olivier F. Kott et Rachel Bendayan, « L'arbitrage international et interne : toujours la meilleure solution pour résoudre les litiges dans le domaine de la construction? Considérations pratiques et juridiques », dans *Développements récents en droit de la construction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 27 et s [Kott et Bendayan].

²³ REJB 2001-25025 (CS) [*Bridgepoint*]. Voir également l'arrêt *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] RJQ 2783 (CA), proposant une interprétation large du champ d'application de la convention d'arbitrage et de la cause d'action.

²⁴ *Bridgepoint*, *ibid* aux para 8-10.

²⁵ [2003] 1 RCS 178, REJB 2003-38952 (CSC) [*Desputeaux*].

²⁶ 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 201 [*Dell*].

autonomie quasi illimitée pour identifier les différends qui pourront faire l'objet de la procédure d'arbitrage »²⁷. La Cour suprême a confirmé la validité des clauses d'arbitrage portant sur des dispositions statutaires ou des règles d'ordre public, sauf lorsque le différend porte sur une matière au sujet de laquelle le législateur a expressément exclu le recours à l'arbitrage, ou s'il porte sur des questions d'ordre public analogues à celles expressément exclues. La Cour suprême a spécifié que la notion d'ordre public devait être interprétée restrictivement lorsqu'il s'agissait de décider du caractère non arbitral de certaines questions, la règle générale étant que l'arbitre avait compétence pour statuer sur des règles d'ordre public lorsque celles-ci faisaient l'objet de la convention d'arbitrage²⁸.

La Cour suprême a adopté la même approche quelques années plus tard dans l'affaire *Dell*, en rejetant la prétention de l'Union des consommateurs selon laquelle le recours contre Dell ne pouvait être renvoyé à l'arbitrage vu le caractère d'ordre public du véhicule procédural du recours collectif²⁹. La Cour suprême y a également reconnu clairement le principe de compétence-compétence. Les tribunaux de droit commun ne peuvent déroger à cette règle générale que lorsque la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Pour reprendre les propos de la Cour suprême :

Tout d'abord, il convient de poser la règle générale que, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation se justifie par l'expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum auquel les parties s'adressent lorsqu'elles demandent le renvoi et par la règle voulant

²⁷ *Desputeaux*, supra note 25 au para 22.

²⁸ Plus précisément, dans l'affaire *Desputeaux*, la Cour suprême du Canada était appelée à se prononcer sur l'arbitrabilité des différends portant sur la propriété des droits d'auteur liés au personnage pour enfant « Caillou ». La Cour suprême interpréta la portée de l'article 2639 CcQ, dont le premier alinéa interdit de soumettre à l'arbitrage « le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public », mais dont le second alinéa précise qu'« il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public ». La Cour suprême souligna que le premier alinéa devait recevoir une interprétation restrictive et ne devait pas être interprété de manière à soustraire de la compétence de l'arbitre toute question présentant « un caractère d'ordre public », tel que précisé au second alinéa. Selon la Cour suprême :

« [l']adoption de l'art. 2639, al. 2 C.c.Q. visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l'ordre public. [...] Sauf dans quelques matières fondamentales, [...] l'arbitre peut statuer sur des règles d'ordre public, puisqu'elles peuvent faire l'objet de la convention d'arbitrage. L'arbitre n'est pas condamné à interrompre ses travaux dès qu'une question susceptible d'être qualifiée de règle ou de principe d'ordre public se pose dans le cours de l'arbitrage » : voir *Desputeaux*, *ibid* au para 53.

²⁹ Voir *Dell*, supra note 26 aux para 109-110 :

Par ailleurs, l'argument de l'Union [des consommateurs] suivant lequel le recours collectif est une question intéressant l'ordre public qui ne peut être assujettie à l'arbitrage a perdu de sa force à la suite de l'arrêt de notre Cour dans *Desputeaux*. [...] En l'espèce, ni l'hypothétique action individuelle [...], ni la procédure de recours collectif ne sont des différends portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou encore sur des matières analogues. [...] Par conséquent, l'argument de l'Union relatif au caractère d'ordre public de la procédure de recours collectif ne peut être retenu.

Il est à noter que suite à l'arrêt *Dell*, l'Assemblée nationale du Québec a adopté de nouvelles dispositions législatives en matière de protection du consommateur, visant à interdire les clauses d'arbitrage obligatoire ou de renonciation aux recours collectifs dans les contrats de consommation : *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ c P-40.1, art 11.1. L'Ontario a fait de même : *Loi de 2002 sur la Protection du consommateur*, LO 2002, art 8.

que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire. [...]

Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.³⁰

Plus récemment, au mois de mars 2011, la Cour suprême du Canada a rendu une décision remettant en question, selon certains, l'enthousiasme qu'elle avait démontré dans les affaires *Desputeaux* et *Dell* à l'égard de l'arbitrage. Il s'agit de l'affaire *Seidel c TELUS Communications Inc.*³¹. Comme dans *Dell*, cette affaire portait sur le renvoi à l'arbitrage d'un différend concernant des questions de protection des consommateurs et sur la compétence des tribunaux de droit commun, par opposition aux arbitres, de rendre des décisions à cet égard. La Cour suprême a reconnu de façon unanime le principe de compétence-compétence³². La Cour a ainsi renvoyé devant l'arbitre certaines réclamations contractuelles et statutaires relatives aux allégations de pratiques illégales dans la facturation des services de téléphonie cellulaire³³. Toutefois, une majorité de cinq juges contre quatre a conclu que la réclamation relative à l'art. 172 de la loi de la province de la Colombie-Britannique sur la protection du consommateur en question³⁴ pouvait suivre son cours devant les tribunaux de droit commun, malgré l'existence d'une clause d'arbitrage dans le contrat liant les parties, puisqu'il s'agissait d'une question de droit³⁵. Selon la majorité de la Cour³⁶, cette loi devait recevoir une interprétation libérale favorable au consommateur et ne permettait pas à ce dernier de renoncer à son droit de recours devant les tribunaux de droit commun pour obtenir des réparations concernant les « droits, avantages ou protections »³⁷ conférés par l'art. 172 de la loi portant sur les « [r]ecours judiciaires relatifs à des opérations commerciales »³⁸.

³⁰ *Dell*, *supra* note 26 aux para 84-85. Voir également, au même effet, l'arrêt *Rogers Sans-fil inc. c Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 RCS 921 au para 11, rendu le même jour que l'arrêt *Dell*.

³¹ 2011 CSC 15, [2011] 1 RCS 531 [*Seidel*].

³² *Ibid* au para 29, juge Binnie (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Fish, Rothstein et Cromwell): « sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l'arbitre [...] devrait d'abord être tranchée par l'arbitre, à moins que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant 'qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier' ». Voir aussi *Ibid* au para 114, juges LeBel et Deschamps (avec l'accord des juges Abella et Charron).

³³ *Ibid* au para 7.

³⁴ Cette loi en question étant le *Business Practices and Consumer Protection Act*, SBC 2004, c 2 [*BPCPA*].

³⁵ Voir *Seidel*, *supra* note 31 au para 29, juges Binnie, McLachlin, Fish, Rothstein et Cromwell.

³⁶ Voir *Seidel*, *ibid* aux para 31-40.

³⁷ *BPCPA*, *supra* note 34, art 3.

³⁸ *Ibid*, art 172, intitulé.

La majorité de la Cour suprême a tenu un langage plutôt surprenant à l'égard de l'arbitrage. Elle s'appuie sur la prémisse qu' « [é]tant donné ses origines contractuelles, la justice rendue par le recours à l'arbitrage privé a forcément une portée limitée »³⁹. Plus loin, elle indique que :

L'arbitrage discret, privé et confidentiel est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l'art. 172 puisque les consommateurs d'un produit donné ont peu de possibilité de rejoindre d'autres consommateurs pour partager leur expérience et leurs doléances, et obtenir réparation dans le cadre d'une action en justice très médiatisée.⁴⁰

Elle poursuit en indiquant que :

les raisons habituellement invoquées pour justifier les arbitrages privés sont plutôt incompatibles avec l'atteinte de l'objet de l'art. 172. [...]a confidentialité, l'absence de précédent faisant autorité et le fait d'éviter 'que le différend soit rendu public' [...] sont tout à fait logiques du point de vue de [la partie intimée...], mais chacun d'entre eux nuit à l'application efficace de l'art. 172 de la [loi].⁴¹

En revanche, les quatre juges dissidents de la Cour suprême insistent sur le fait que « [l]'accès à la justice est préservé par l'arbitrage »⁴², puisque l'arbitre peut accorder les réparations prévues à l'art. 172 de la loi en question. Les juges dissidents concluent que « la convention d'arbitrage [...] ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections » conférés au consommateur par la loi⁴³. La minorité critique fortement l'approche de la majorité, en indiquant que l'interprétation de la loi en question par la majorité « constitue un retour en arrière inexplicable à un temps où les tribunaux exerçaient un monopole sur la prise des décisions et où les arbitres étaient traités comme des décideurs de deuxième ordre. Cette interprétation fait complètement abstraction de l'état actuel du droit [...] »⁴⁴.

Certains observateurs chevronnés ont joint le rang des critiques. Selon le Professeur Frédéric Bachand, la décision de la majorité marque un changement tout aussi significatif qu'inattendu dans la philosophie du droit de l'arbitrage au Canada. Dans un article portant le titre incendiaire « The Supreme Court of Canada: Pro-Arbitration No More », le Professeur Bachand met ainsi en garde les usagers du système d'arbitrage :

Anyone considering Canada as the seat of an arbitration or as one among several jurisdictions where recognition and enforcement proceedings could be commenced should pay close attention to the Supreme Court of Canada's March 18 decision in "Seidel v. TELUS Communications Inc.", 2011 SCC 15, which appears to mark a philosophical shift in Canadian arbitration law that is as significant as it was unexpected. For foreign practitioners, the key aspects of the decision are: i) the effective abandonment of an interpretive presumption—adopted by the Court in 2003—that a matter is arbitrable unless a statute expressly provides otherwise; ii) the suspicion as to

³⁹ *Seidel*, supra note 31 au para 7.

⁴⁰ *Ibid* au para 37.

⁴¹ *Ibid* au para 38.

⁴² *Ibid* au para 163.

⁴³ *Ibid* au para 164.

⁴⁴ *Ibid* au para 55.

*arbitration's ability to provide an effective forum for the vindication of public-interest statutory rights that permeates the Court's opinion; and iii) a clear statement by the Court that it is not the judiciary's role to encourage arbitration as a dispute resolution method. The key lesson is that, when faced with an ambiguity in statutory provisions or precedents bearing on an arbitration law issue, Canadian courts can no longer be safely expected to prefer the pro-arbitration solution.*⁴⁵

D'autres observateurs – et je suis de cette école – ont cependant tempéré les répercussions de l'affaire *Seidel*, soulignant que la majorité avait reconnu l'importance des principes fondamentaux du droit de l'arbitrage, tout en indiquant que ceux-ci comportaient certaines exceptions, notamment en matière de recours collectifs et de protection des consommateurs. L'affaire *Seidel* serait circonscrite au contexte bien précis du droit de la protection des consommateurs en vertu de la loi de la Colombie-Britannique en la matière, un contexte qui diffère considérablement de celui des arbitrages commerciaux internationaux⁴⁶.

Il reste à voir comment la décision de la majorité dans cette affaire sera interprétée et appliquée par les tribunaux inférieurs dans le contexte de différends commerciaux n'impliquant pas de questions relatives à la protection des consommateurs⁴⁷. Chose certaine, il y a de quoi alimenter le débat. Soulignons que qui dit débat, dit également incertitude et imprévisibilité pour les praticiens et les usagers du système d'arbitrage international au Canada.

Une onde de choc bien plus importante encore avait été générée dans le monde de l'arbitrage international par la décision de la Cour d'appel du Royaume-Uni dans l'affaire *Jivraj v Hashwani*⁴⁸. Cette décision avait remis en question la validité des conventions d'arbitrage comportant des considérations relatives à la nationalité dans le cadre de la nomination des arbitres. Heureusement, la Cour suprême du Royaume-Uni rectifia le tir⁴⁹, en affirmant à nouveau l'approche des tribunaux anglais favorable à l'arbitrage international, reconnaissant l'autonomie des parties dans le choix des règles d'arbitrage applicables à leurs différends et l'importance pour les parties de pouvoir choisir un tribunal arbitral auquel elles pourront faire confiance⁵⁰.

⁴⁵ Frédéric Bachand, « The Supreme Court of Canada: Pro-Arbitration No More », en ligne: Kluwer Law International Arbitration Blog <<http://kluwer.practicesource.com/blog/>>.

⁴⁶ Voir Luis Millan, « Customers can sue despite ADR clause: Strongly divided SCC says consumer protection legislation should be interpreted generously » (2011) 30 : 44 *The Lawyers Weekly*; Robert JC Deane et Sarah McEachern, « Supreme Court of Canada splits on upholding commercial arbitration clause » (31 mars 2011), en ligne (abonnement requis): International Law Office <<http://www.internationallawoffice.com/>>. Voir aussi Michael Kotrly et Martin Valasek, « La Cour suprême se penche sur la relation entre arbitrage, recours collectifs et protection du consommateur » (26 avril 2011), en ligne : Norton Rose LLP <<http://www.nortonrose.com/>>; « L'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Re AT&T Mobility LLC v. Concepcion* » (juillet 2011), en ligne : Norton Rose LLP <<http://www.nortonrose.com/>>.

⁴⁷ En date de cette allocution, nous n'avions trouvé aucune décision pertinente concernant l'interprétation de l'arrêt *Seidel*, *supra* note 31, dans des contextes autres que celui du droit de la protection du consommateur.

⁴⁸ [2010] EWCA Civ 712.

⁴⁹ *Jivraj v Hashwani*, [2011] UKSC 40 [*Jivraj*].

⁵⁰ Pour une discussion de la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Jivraj*, voir notamment : « *Jivraj v. Hashwani* – The Supreme Court decision » (27 juillet 2011), en ligne : Norton Rose LLP <<http://www.nortonrose.com/>>; Christopher Style QC et Philomena Cleobury, « *Jivraj v. Hashwani* : Judgment of the Supreme Court », en ligne : London Court of International Arbitration <<http://www.lcia.org/>>.

Le joueur de tennis André Agassi est bien connu non seulement pour ses exploits sportifs, mais également pour une campagne de publicité intitulée « *Image is Everything* ». Ce slogan suggère que la perception d'une chose est aussi importante que la chose elle-même⁵¹. Ainsi, qu'elle soit fondée ou non, la perception qu'une loi ou une décision judiciaire génère de l'incertitude et de l'imprévisibilité a un effet réel et peut dissuader les usagers du système d'arbitrage de choisir un siège d'arbitrage ou des règles d'arbitrage en particulier. Inversement, la perception selon laquelle un système juridique est favorable à l'arbitrage est capitale pour tout système qui prétend occuper un rang de premier choix dans le monde de l'arbitrage international. Avec sa nouvelle loi sur l'arbitrage, la France est perçue, à juste titre, comme étant très favorable à l'arbitrage. Bien sûr, à terme, le système devra répondre aux attentes de ses usagers – ce dont je ne doute point.

III. LE RÔLE DES JUGES AU NIVEAU DE LA SUPERVISION DES SENTENCES ARBITRALES

Ayant traité du rôle des juges à l'égard des conventions d'arbitrage, tournons-nous maintenant vers leur rôle au niveau de la supervision des sentences arbitrales.

A. *La supervision des sentences par le juge*

Au Canada, les sentences arbitrales, qu'elles soient domestiques ou étrangères, ne sont pas exécutoires d'elles-mêmes et doivent être homologuées par les tribunaux judiciaires. Les motifs permettant à un tribunal de refuser d'homologuer ou d'annuler une sentence arbitrale sont exhaustivement prévus par la *Loi type*⁵², lesquels ont été incorporés – également de manière exhaustive – dans la législation provinciale⁵³ et fédérale⁵⁴. Ainsi, parmi les motifs d'annulation, on compte l'incapacité d'une partie à la convention d'arbitrage, l'invalidité de la convention d'arbitrage en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, le fait qu'une partie n'ait pas été informée de la procédure arbitrale ou ait été dans l'impossibilité de faire valoir ses droits, le fait que la sentence porte sur un différend non visé dans la clause compromissoire ou que la décision dépasse les termes de celle-ci, que la constitution du tribunal ou la procédure arbitrale ne soit pas conforme à la convention d'arbitrage, que l'objet du différend ne soit pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi, ou encore, que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence soit contraire à l'ordre public⁵⁵. Si le tribunal de droit commun exerce une fonction de surveillance, celle-ci ne doit pas être confondue avec son pouvoir de contrôle judiciaire des sentences arbitrales, et en aucun cas le juge ne devra examiner le fond du différend et contrôler la justesse ou le caractère raisonnable des décisions rendues par l'arbitre⁵⁶.

⁵¹ Commentaire inspiré d'un propos tenu par Stephen L. Drymer dans son allocution intitulée « Regards croisés sur les enjeux internationaux », présentée dans le cadre la Conférence sur le « Nouveau droit français de l'arbitrage et enjeux internationaux » tenue aux bureaux de Norton Rose à Paris le 6 avril 2011 [non publiée].

⁵² *Loi-type*, *supra* note 6, art 34 et 36. Ces motifs sont les mêmes que ceux prévus à la *Convention de New York*, *supra* note 7, art 5.

⁵³ Au Québec, voir les art 946.4 et 947.2 *Cpc Québec*; voir aussi *Desputeaux*, *supra* note 25 aux para 67 et 69.

⁵⁴ Au niveau fédéral, voir *Code d'arbitrage commercial*, *supra* note 8, art 34 et 36.

⁵⁵ Voir par ex *Code d'arbitrage commercial*, *ibid*, art 34(2), 36(1) et 36(2); art 946.4 *Cpc Québec*.

⁵⁶ Voir *Desputeaux*, *supra* note 25 aux para 68-69; voir également *The Gazette c Blondin*, [2003] RJQ 2090 (CA) aux para 43-44.

Ceci dit, bien que le pouvoir de surveillance des tribunaux de droit commun à l'égard des sentences arbitrales soit limité, celui-ci demeure présent et, à mon avis, essentiel pour assurer le bon déroulement de l'arbitrage et la légitimité du système. J'ai mentionné brièvement que le tribunal pourra annuler une sentence arbitrale lorsque la partie qui présente la demande d'annulation s'est trouvée dans l'impossibilité de faire valoir ses droits⁵⁷. Dans un tel cas, la surveillance exercée par le tribunal de droit commun permettra ainsi d'assurer à toutes les parties un processus arbitral équitable ou en d'autres mots, le respect du *due process*.

Je note qu'en France cette garantie procédurale est le plus souvent désignée sous le vocable « principe du contradictoire », qui exige le respect de la contradiction et de l'égalité des parties dans la conduite de la procédure⁵⁸. Cette garantie permet de protéger le droit d'une partie à un différend de répondre aux arguments de fait ou de droit allégués par l'autre partie. Comme vous le savez, la loi française prévoit que le recours en annulation est ouvert si « [l]e principe de la contradiction n'a pas été respecté »⁵⁹.

Dans un arrêt récent opposant la société Overseas Mining Investments Limited (« OMI ») à la société cubaine Commercial Caribbean Niquel (« CCN »), la Cour de cassation française a confirmé l'annulation d'une sentence arbitrale condamnant la CCN à verser des dommages-intérêts à la OMI, au motif que les arbitres n'avaient pas respecté le principe du contradictoire. La Cour de cassation a considéré que les arbitres avaient tranché la question de l'indemnisation en fonction de principes qui n'avaient été ni invoqués par la partie réclamante, ni débattus par les parties. Alors que la OMI réclamait une indemnisation fondée sur la théorie du gain manqué, laquelle avait fait l'objet d'un débat entre les parties, les arbitres ont ordonné une indemnisation fondée sur la perte de chance de se voir concrétiser le projet, théorie qui avait seulement été évoquée par la CNN dans sa réplique et à l'égard de laquelle la OMI n'avait pas eu l'occasion de présenter des observations. La Cour de Cassation considéra que ce manquement au principe de la contradiction justifiait l'annulation de la sentence. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation indiqua :

que l'arrêt [de la Cour d'appel] constate exactement que, dans leur raisonnement, les arbitres ont substitué à l'indemnisation réclamée par OMI fondée sur la perte de gain qui leur paraissait inadéquate, une indemnisation fondée sur la perte de chance de voir se concrétiser le projet, qu'OMI n'avait pas invoquée et que cette substitution ne constituait pas une simple modalité d'évaluation du préjudice mais modifiait le fondement de l'indemnisation d'OMI ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'en omettant d'inviter les parties à s'expliquer sur ce point, les arbitres avaient méconnu le principe de la contradiction⁶⁰;

William W. Park, éminent arbitre et professeur, aujourd'hui président de la London Court of International Arbitration (« LCIA »), commentait la décision de la Cour d'appel dans un discours prononcé à Genève à

⁵⁷ Voir par exemple *Code d'arbitrage commercial*, *supra* note 8, art 34(2)(a)(ii); art 946.4 al. 1(3) et 947.2 *Cpc Québec*.

⁵⁸ Voir notamment Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 75.

⁵⁹ Voir art 1520(4) *Cpc français*.

⁶⁰ *La société Overseas Mining Investments Limited (OMI) c La société Commercial Caribbean Niquel*, Cass Civ 1^{ère}, 29 juin 2011, (2011) Bull civ I, n° 10-23.321.

l'automne 2010⁶¹. Selon le Professeur Park, la décision de la Cour d'appel illustre bien les tensions entre les quatre devoirs principaux qui incombent à l'arbitre, lesquels sont difficilement conciliables : (i) le respect de la volonté des parties; (ii) l'équité procédurale; (iii) l'efficacité du processus; et (iv) le devoir de rendre une sentence qui soit exécutoire. Le Professeur Park demanda à l'audience d'imaginer ce qu'il serait advenu dans l'hypothèse où les arbitres en question avaient rouvert les procédures et demandé aux parties de soumettre de nouveaux mémoires sur la question de l'indemnisation :

*"Not only would there have been moaning from both sides about cost and delay, it is quite certain that the respondent would have seen the tribunal as less than impartial and even-handed." The arbitrators would have been seen as "advocates for the claimant, not-so-subtly suggesting that they amend their pleadings".*⁶²

Malgré ces réserves exprimées par mon confrère, je suis d'avis que la décision de la Cour de cassation mérite d'être saluée, puisqu'elle illustre bien l'importance du droit de regard des tribunaux de droit commun afin d'assurer aux parties à l'arbitrage une procédure équitable. Certes, l'arbitre doit concilier les impératifs d'équité et d'impartialité (et je dirais même, l'apparence d'impartialité), d'une part, avec ceux d'efficacité, d'autre part. Toutefois, décider d'une question en litige sans donner l'opportunité à toutes les parties de présenter des observations constitue un manquement important au principe du contradictoire, qui ne saurait être sanctionné au nom de l'efficacité du processus arbitral, si important soit-il. D'ailleurs, l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses droits constitue un motif pour annuler ou refuser d'homologuer une sentence arbitrale en vertu de la *Loi type*⁶³. Sans cette garantie procédurale fondamentale, c'est toute la légitimité du système arbitral qui serait remise en question.

Les tribunaux du Québec ont eux aussi adopté une position davantage interventionniste lorsqu'il s'agissait d'assurer le respect de l'équité procédurale. Dans l'affaire *Louis Dreyfus S.A.S. c Holding Tusculum B.V.*⁶⁴ décidée par la Cour supérieure du Québec en 2008, une partie plaidait qu'une sentence arbitrale devait être annulée parce qu'elle allait à l'encontre de l'ordre public et de la justice naturelle, les arbitres ayant appliqué la doctrine de *frustration of purpose*, alors que celle-ci n'avait pas été soulevée lors du débat contradictoire devant le tribunal. La Cour supérieure du Québec a accueilli la requête en annulation, indiquant :

The decision by the Tribunal to terminate the parties entire relationship, to apply the doctrine of frustration and, thereby, to justify the imposition of the Valuation and Buyout Remedy without first granting to the parties the opportunity to be heard was taken in total disregard of the the "audi alteram partem" rule.

⁶¹ William W. Park, « Arbitration in Autumn », Cérémonie de graduation des étudiants au Master en Résolution des différends internationaux, présenté à Genève, 27 septembre 2010 tel que cité dans Sebastian Perry, « Rusty Park: is arbitration in its autumn? » (5 octobre 2010), en ligne (abonnement requis): GAR <<http://www.globalarbitrationreview.com>> et dans Sebastian Perry, « French court confirms set-aside of Cuban nickel award » (3 août 2011), en ligne (abonnement requis): GAR <<http://www.globalarbitrationreview.com>> [Perry].

⁶² Perry, *ibid*, rapportant les propos du Professeur Park.

⁶³ Voir *Loi-type*, *supra* note 6, art 34(2)(a)(ii) et 36(1)(a)(ii).

⁶⁴ 2008 QCCS 5903, EYB 2008-151689 (CS), désistement de pourvoi à la Cour d'appel (28 janvier 2010), Montréal 500-09-019301-092 (CA) [*Louis Dreyfus*]. Voir à ce sujet : Kott et Bendayan, *supra* note 22 aux pp 75-76.

*The “audi alteram partem” rule is one of public order. An award which breaches public order may not be homologated or, as the case may be, may be annulled.*⁶⁵

Je note avec intérêt que les principes d'équité et d'efficacité, déjà au cœur de la mission de l'arbitre, se trouvent aujourd'hui codifiés dans la nouvelle loi française de l'arbitrage. Ainsi, l'efficacité du processus est consacrée à l'article 1464 alinéa 3 du *Cpc français*, tel que modifié par la Loi, qui prévoit que « [l]es parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure »⁶⁶. L'article 1510 du *Cpc français* codifie quant à lui la jurisprudence française en matière d'équité procédurale, en énonçant que « [q]uelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction »⁶⁷. Les principes d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre sont également codifiés à l'article 1456 du *Cpc français*, qui prévoit que l'arbitre doit « révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité », avant l'acceptation de sa mission et tout au long de la procédure arbitrale, lorsque survient une « circonstance de même nature »⁶⁸.

B. La renonciation au droit de demander l'annulation d'une sentence arbitrale

Je ne saurais manquer de saluer l'une des innovations les plus emblématiques de la réforme française : la faculté qu'elle confère aux parties de renoncer expressément, par convention, à leur droit de présenter un recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue en France⁶⁹. Comme vous le savez, avant la réforme, une telle renonciation n'était pas autorisée en vertu du droit français⁷⁰, tout comme elle n'est pas autorisée non plus dans de nombreuses juridictions⁷¹, notamment au Québec⁷². La situation est différente en Ontario, où les tribunaux ont reconnu cette faculté aux parties, sans toutefois qu'il ne le soit prévu expressément dans la loi⁷³.

⁶⁵ *Louis Dreyfus, ibid* aux para 104-105.

⁶⁶ Art 1464 al 3 *Cpc français*. Sur les principes de célérité et loyauté, voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 45.

⁶⁷ Art 1510 *Cpc français*. Sur le principe de la contradiction consacré à l'article 1510 *Cpc français*, voir Schwartz *supra* note 15; Herbert Smith, *supra* note 4.

⁶⁸ Art 1456 *Cpc français*. Sur les principes d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre consacrés à l'article 1456 *Cpc français*, voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 aux para 41-42; Schwartz *supra* note 15.

⁶⁹ Voir art 1522 *Cpc français* : « Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation [...] ». Sur la renonciation au droit de demander le recours en annulation consacrée à l'article 1510 *Cpc français*, voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 aux para 116-120; Christophe Seraglini, « L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 » (2011) 2 Cahiers de l'Arbitrage 375 aux para 30 et s [Seraglini]; Charles Jarrosson et Jacques Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 » (2011) 2011 Rev arb 1 aux pp 71-73. [Jarrosson et Pellerin]; Cousin, Béglé et Fitzgerald, *supra* note 4 à la p 3; Mayer, *supra* note 4 à la p 34.

⁷⁰ Voir Seraglini *supra* note 4 au para 30; Herbert Smith, *supra* note 4.

⁷¹ Voir Kirby, *supra* note 4 à la p 259; voir aussi Bachand, *supra* note 10 aux n° 5, 110 et 437 :

En règle générale, les droits nationaux ne permettent pas aux parties de le faire [i.e. d'exclure conventionnellement le recours en annulation d'une sentence arbitrale]. C'est cependant possible, sous certaines conditions, en Belgique, en Suède, en Suisse ainsi qu'en Tunisie. Une importante décision de la Cour de l'Ontario, division générale (devenue depuis la Cour supérieure de l'Ontario) a jugé que l'article 34 de la Loi-type – qui a trait au recours en annulation d'une sentence rendue sur le territoire du for – n'est pas impérative [...] (note infrapaginale 18).

La possibilité de renonciation va encore plus loin en France qu'en Belgique, en Suisse ou en Suède : « même des parties ayant un lien avec la France, telles des parties françaises ou domiciliées en France, peuvent renoncer au recours en annulation. Les autres États ayant introduits une telle possibilité de renonciation, comme la Belgique, la Suisse et, dans une moindre mesure, la Suède, ont été plus timides,

Cette nouvelle disposition du *Cpc français* accorde ainsi une place encore plus grande à l'autonomie des parties et confère un caractère définitif à la sentence arbitrale dès son prononcé⁷⁴. Commentant cette innovation, le Professeur Gaillard nous dit :

Dans une telle hypothèse [c'est-à-dire, lorsque les parties ont exclu la faculté d'exercer un recours en annulation à l'encontre d'une sentence rendue en France], le contrôle des juridictions françaises n'interviendra que si une partie souhaite voir la sentence exécutée en France. On ne saurait dire plus clairement que, même lorsqu'il se déroule en France, l'arbitrage n'entre en contact avec l'ordre juridique français que lorsqu'une partie cherche à bénéficier de la force publique française pour assurer l'exécution de la sentence. Avant ce moment, l'arbitrage est sous la seule dépendance de la volonté des parties, le législateur français ne faisant qu'offrir son soutien à un mécanisme de règlement de différends qu'il estime légitime, sans que ce soutien puisse être confondu avec une quelconque volonté d'immixtion dans un processus qui demeure, avant l'exécution forcée, purement privé.⁷⁵

Comme nous l'explique Jennifer Kirby, ex-Secrétaire général adjointe de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international, la partie ayant renoncé à son droit de demander l'annulation d'une sentence arbitrale pourra tout de même s'opposer à une demande de reconnaissance et d'exécution de cette sentence en France⁷⁶. Dans l'éventualité où les tribunaux français lui donnaient raison, la sentence ne pourrait être reconnue et exécutée en France, mais elle pourrait toujours être reconnue et exécutée dans un autre État en vertu des règles de la *Convention de New York*⁷⁷.

puisque'ils ne l'autorisent que si aucune des parties n'a de lien avec leur pays » [notes omises] : Seraglini, *supra* note 69 au para 30; voir aussi Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 117.

⁷² Au Québec, tant les dispositions du *Cpc Québec* relatives à l'annulation des sentences arbitrales (art 947 et s), que celles relatives à l'homologation des sentences arbitrales (art 946 et s), sont péremptoires : les parties ne peuvent y renoncer par convention. Voir notamment Fortier, *supra* note 5 à la p 148.

⁷³ Dans l'affaire *Noble China Inc. v Lei*, (1998) 42 OR (3d) 69, la Cour supérieure de l'Ontario a jugé que ni l'*International Commercial Arbitration Act* de l'Ontario, *supra* note 9, ni la *Loi-type*, *supra* note 6, n'empêchait les parties de renoncer contractuellement à leur droit de demander l'annulation d'une sentence arbitrale. Voir notamment Fortier, *supra* note 5 aux pp 148-149; Bachand *supra* note 10 à la note infrapaginale 18.

⁷⁴ Voir Cousin, Béglé et Fitzgerald, *supra* note 4 à la p 3; et Herbert Smith, *supra* note 4.

⁷⁵ Voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 6.

⁷⁶ Les motifs en vertu desquels la partie pourra s'opposer à une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale en France sont exposés aux articles 1520 et 1522 du *Cpc français*, qui se lisent comme suit:

Art. 1520.-Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. [...]

Art. 1522.-Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.

Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.

⁷⁷ Voir Kirby, *supra* note 4 à la p 259.

C. La reconnaissance d'une sentence arbitrale dans un État en dépit de son annulation dans un autre État

Je note au passage que même lorsqu'une sentence arbitrale est annulée par les tribunaux d'un État donné, elle est parfois susceptible d'être exécutée par les tribunaux d'un autre État, dans certaines juridictions. C'est d'ailleurs l'approche qui a été adoptée par la Cour de Cassation française dans l'affaire *Putrabali*, concernant une demande d'exécution d'une sentence arbitrale qui avait été partiellement annulée par la *High Court* de Londres. La Cour de cassation nous dit :

Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées; qu'en application de l'article VII de la Convention de New-York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001, conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger.⁷⁸

Ce principe jurisprudentiel n'a pas été remis en cause par la nouvelle loi française⁷⁹.

Cette approche a également été suivie récemment par un tribunal commercial russe, ayant reconnu une sentence arbitrale en dépit du fait que celle-ci avait été annulée par les tribunaux turcs. Dans un commentaire au sujet de cette décision, nous lisons ce qui suit :

The award had been set aside by the Turkish courts on the basis that it did not comply with certain domestic laws of Turkey. However, the Russian court held that this ground for annulment was not expressly contemplated by the European Convention and, as such, it had no basis on which to refuse recognition of the award in Russia.[...]

Whilst the decision does not go as far as the decisions in "Hilmarton" and "Putrabali", it does conclude that local standards of annulment at the place of arbitration should not prevail if they are contrary to the international standards applicable by the court being asked to recognize the award.⁸⁰

Notons que cette décision faisait l'objet d'un appel au moment de la présente allocution.

Cette discussion démontre le rôle limité, mais nécessaire, du juge étatique à l'égard des sentences arbitrales.

⁷⁸ *Société PT Putrabali Adyamulia c Société Rena Holding*, Cass civ 1ère, 29 juin 2007, (2007) Bull civ 1, n° 1022; voir aussi Castellane, *supra* note 19.

⁷⁹ *Rapport au Premier ministre*, *supra* note 1 : « Par ailleurs, bien que le nouveau texte ne le prévoit pas expressément, il n'est pas question de revenir sur deux principes acquis en jurisprudence, dont la consolidation en droit positif nécessiterait l'intervention du législateur. [...] Le second est qu'une sentence internationale n'étant rattachée à aucun ordre juridique étatique, sa régularité doit être examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (Civ. 1re, 29 juin 2007) »; voir aussi Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 121.

⁸⁰ George Burn et Alex Sade, « Russian court issues ground-breaking decision in support of arbitration » (2011) 16 : 2 LCIA News 5.

IV. LA CONFIDENTIALITÉ DU PROCESSUS ARBITRAL

Avant de conclure, laissez-moi dire un mot sur la confidentialité du processus arbitral. Alors que la nouvelle loi française prévoit expressément que l'arbitrage *domestique* est confidentiel, « à moins que les parties n'en disposent autrement »⁸¹, cette présomption de confidentialité ne semble pas s'appliquer en matière d'arbitrage *international*⁸². Le Professeur Gaillard explique ce choix de politique législative de deux manières. En premier lieu, par le fait que de nombreux arbitrages internationaux concernent des traités d'investissement et qu'il existe une forte aspiration à la transparence en cette matière, comme l'illustrent notamment les travaux actuels de la CNUDCI⁸³. En second lieu, par la considération que même en matière commerciale, la confidentialité ne s'impose pas toujours et qu'il vaut donc mieux laisser les parties le stipuler expressément, ou encore, laisser le tribunal décider de cette question « lorsque les circonstances l'exigent »⁸⁴.

Au Québec, selon les enseignements de la Cour d'appel dans l'arrêt *Rhéaume c Société d'investissements L'Excellence inc.*⁸⁵, rendu en matière d'arbitrage *domestique*⁸⁶, les arbitres ne sont pas sujets à une obligation implicite de confidentialité, à moins que celle-ci ne soit spécifiquement mentionnée dans la convention d'arbitrage, dans la loi ou les règles choisies par les parties⁸⁷. La même règle s'applique en matière d'arbitrage

⁸¹ Art 1464 *Cpc français*.

⁸² Voir notamment Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 5 : « Le régime de l'arbitrage international n'est pas le même en matière interne et internationale, la présomption de confidentialité n'existant qu'en matière interne » [notes omises]. En effet, l'article 1464 du *Cpc français* prévoit expressément que l'arbitrage *domestique* est confidentiel, « à moins que les parties n'en disposent autrement », mais cette disposition ne s'applique pas en matière d'arbitrage *international* : voir Kirby, *supra* note 4 à la p 259; Cousin, Béglé et Fitzgerald, *supra* note 4 à la p 3 et note infrapaginale ix; Castellane, *supra* note 19; Schwartz *supra* note 15; Carlos de los Santos et Margarita Soto Moya, « Confidentiality Under The New French Arbitration Law : A Step Forward? » (2011) 2011 : 11 *Spain Arbitration Review* 79. Voir toutefois Jarrosson et Pellerin *supra* note 69 aux pp 60-61, selon qui « ce n'est pas parce que le renvoi à un *texte* n'est pas exprès que la *règle* qu'il consacre est pour autant exclue. » Selon ces auteurs :

la confidentialité s'applique en tant que principe général, inhérent à l'arbitrage, mais le « principe » énoncé de manière supplétive en matière interne est moins impératif encore en matière internationale où il pourra non seulement être écarté par une disposition spécifique des parties, mais encore par un usage qui, pour certaines formes d'arbitrage (de droit international public ou en matière d'investissements par ex.), sera considéré comme l'excluant. [...] [notes omises]

⁸³ Voir par ex Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011)*, Doc off CNUDCI, 2011, Doc NU A/CN.9/717. Pour une discussion sur la question de la transparence en matière d'arbitrage investisseurs-États, voir notamment L. Yves Fortier et Renée Thériault, « La transparence de l'arbitrage international à l'ère des différends investisseurs-États : Du mythe à la réalité », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Prujiner*, Sylvette Guillemard, dir. Cowansville (Qc), Yvon Blais [à paraître].

⁸⁴ Voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 106. Voir aussi Mayer, *supra* note 4 à la p 33, expliquant que contrairement à l'arbitrage domestique, où les parties recherchent avant tout la confidentialité, le principal attrait de l'arbitrage international repose plutôt sur le fait qu'il offre une justice neutre.

⁸⁵ 2010 QCCA 2269 [*Société d'investisseurs l'Excellence inc.*], autorisation de pourvoi à la CSC refusée 34089 (16 juin 2011). Voir aussi Kott et Bendayan, *supra* note 22 aux pp 57-58.

⁸⁶ Bien que cet arrêt ait été rendu dans le contexte d'un arbitrage *domestique*, la Cour d'appel du Québec s'appuya en grande partie sur des sources internationales : voir *Société d'investisseurs l'Excellence inc.*, *ibid* aux para 74-79.

⁸⁷ Rédigeant les motifs pour la Cour, auxquels ont souscrit les juges Bearegard et Bich, le juge Hilton indiqua :

*In my view, allowing the parties to frame in advance whatever confidentiality agreement suits them rather than attempting to imply the existence of one after the fact is entirely consistent with the extensive freedom of contract the legislature gives parties to arbitration, as the noted Quebec authority on arbitration, Prof. John E.C. Brierley, said when writing about the new legislative regime at the time of its adoption[...] (Société d'investisseurs l'Excellence inc., *ibid* au para 80)*

internationale. Bien que les dispositions de la *Loi type* doivent servir de guide⁸⁸, celle-ci, comme la nouvelle loi française, ne prévoit pas de manière expresse aucune obligation de confidentialité.

Sans traiter de toutes les subtilités de cette question, puisque le temps ne nous le permet pas, il me semble juste d'affirmer que la France a rejoint le Québec à ce chapitre et de conclure, comme Emmanuel Gaillard⁸⁹, que la confidentialité est maintenant l'exception en France en matière d'arbitrage international, tout comme au Québec.

Gardons toutefois à l'esprit qu'en pratique, la confidentialité sera souvent prévue dans les règles d'arbitrage international choisies par les parties⁹⁰. Toutefois, lorsque ce n'est pas le cas, et si les parties désirent préserver la confidentialité de l'arbitrage, il sera important qu'elles le prévoient expressément dans leur convention d'arbitrage⁹¹. D'ailleurs, dans le cas de la France, même si une telle stipulation expresse ne semble pas *a priori* requise en ce qui concerne les conventions d'arbitrage conclues avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puisque la confidentialité était alors présumée en matière d'arbitrage international, il serait certainement plus prudent pour les parties qui souhaitent voir leur arbitrage en France demeurer confidentiel, de revoir leurs conventions d'arbitrage dès aujourd'hui et d'y inclure une stipulation de confidentialité qui soit appropriée, afin d'éviter toute mésentente future⁹².

CONCLUSION

En guise de conclusion, saluons à nouveau le travail remarquable du législateur français, qui nous a offert, avec cette réforme, un cadre législatif favorable à l'arbitrage, qui soit à la fois moderne, souple et clair. Pour nous, les arbitres et praticiens du système d'arbitrage international, il s'agit d'un grand pas vers l'avant dans la reconnaissance de l'autorité de la juridiction arbitrale et de l'autonomie des parties de choisir ce mode de résolution de leurs différends. Il reste à voir maintenant comment les nouvelles dispositions de la loi seront interprétées et appliquées par les tribunaux judiciaires français.

⁸⁸ Voir art 940.6 (1) Cpc.

⁸⁹ Voir Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 5.

⁹⁰ Voir par exemple *LCIA Arbitration Rules*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, art 30.

⁹¹ Voir Cousin, Béglé et Fitzgerald, *supra* note 4 à la p 3; Kirby, *supra* note 4 à la p 259; Gaillard et de Lapasse, *supra* note 2 au para 89.

⁹² Voir Cousin, Béglé et Fitzgerald, *ibid* à la p 3; Schwartz *supra* note 15.