

L'HARMONISATION DU DROIT CANADIEN DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET LA COORDINATION DES DÉCISIONS ÉTATQUES EN MATIÈRE D'ARBITRAGE DANS LE CONTEXTE FÉDÉRAL CANADIEN

Vera Arcangeli *
Montréal

En raison de la structure fédérale du Canada, son adhésion à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, aussi bien que la réforme du droit canadien de l'arbitrage commercial international ont entraîné la coopération de toutes les juridictions canadiennes et ont forcément abouti à une pluralité de sources législatives.

Malgré que toutes les législations canadiennes régissant l'arbitrage commercial international soient basées sur la loi-modèle de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.), la question reste de savoir quelles sont les conséquences de cette pluralité de sources sur le but d'harmonisation qui a inspiré la réforme. En particulier, la possibilité que les tribunaux canadiens des différentes juridictions rendent des décisions contradictoires en matière d'arbitrage doit être examinée pour établir dans quelle mesure ces décisions pourraient être coordonnées entre elles.

Due to its federal structure, Canada's adhesion in 1986 to the New York Convention of 1958 on the Recognition and Execution of Foreign Awards, as well as the reform of Canadian law on international commercial arbitration could not have taken place without an effort of cooperation between the federal and the provincial governments.

This effort resulted in multiple legislations which are all based on the model law proposed by the Commission of the United Nations for the Commercial International Law (UNCITRAL). Common background notwithstanding, this plurality of legislations could hamper one of the most important purposes of the reform : the harmonisation of the rules applicable to this matter.

Given the possibility of having contradictory court decisions on international arbitration in the different Canadian jurisdictions, it is important, in the interest of the certainty of the law, to examine if, in which cases, and to what extent could some coordination of these decisions be arrived at.

* Vera Arcangeli, B.C.L. U. d'Urbino, L.L.M., (U. McGill), LL.D. U. de Montréal. Avocate au Barreau de Pesaro (Italie), Montréal, Québec.

Introduction	24
I. La coordination des systèmes et l'efficacité internationale de l'annulation de la sentence au moment de l'exequatur dans une juridiction canadienne	28
II. La reconnaissance au Canada des décisions (autres que l'annulation) rendues en matière d'arbitrage par un tribunal canadien appartenant à une juridiction différente	34
Conclusion	37

Introduction

Lors de l'adhésion du Canada à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères le 10 août 1986¹, toutes les juridictions canadiennes étaient prêtes à réformer leur législations sur l'arbitrage commercial international par l'adoption de la loi-modèle proposée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.)². Cette réforme est l'aboutissement d'une coopération importante et nécessaire entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux.

En effet, en application du principe de la souveraineté parlementaire³, les normes dictées par un traité international ne seront appliquées par un tribunal canadien que si elles ont été incorporées à la législation interne. Mais en matière de conflit de lois les différentes juridictions canadiennes (fédérale et provinciales) sont assimilées à des États étrangers⁴, chacune ayant la compétence législative qui lui est reconnue par la Loi constitutionnelle de 1867. Or, si le pouvoir de conclure les traités avec des pays étrangers relève de la compétence du gouvernement fédéral, l'arbitrage

¹ *Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 120, n° 17. SI/TR/86-154 et 155.

² Le Québec, dans le respect de sa tradition civiliste, a intégré la loi-modèle dans son Code civil (articles 2638-2643) en reconnaissant, pour la première fois, le caractère contractuel de l'arbitrage et en modifiant, au même temps, son Code de procédure civile (articles 940-952). Les juridictions canadiennes de common law ont adopté la loi-modèle par un acte législatif (International Commercial Arbitration Act). Dans la plupart de ces juridictions le même acte a été aussi utilisé pour adopter la Convention de New York.

³ Ce principe dérive d'une ancienne règle britannique, qui n'a pas été suivie aux États-Unis, où les traités conclus par le pouvoir exécutif et approuvés par le Sénat acquièrent automatiquement force de loi. Cf. *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario and others*. (Avis sur les conventions de travail), (1937) A.C. 326; *III Olmstead* 180, et *Arrow River & Tributaries Slide and Boom Co. c. Pigeon Timber Co.*, [1932] R.S.C. 495, 509 et s.; Henry Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, à la p. 611 et s.

⁴ Voir Ethel Groffier, *Précis de droit international privé québécois*, 4ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, à la p. 14.

commercial entre, en grande partie, dans la compétence des provinces⁵, la compétence du gouvernement fédéral étant limitée aux «questions de droit maritime» et aux litiges où «l'une des parties au moins est un Ministère ou une société d'État»⁶.

C'est donc pour cette raison que, malgré la possibilité offerte par l'article XI de la Convention de New York⁷ «b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, les dits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants.», le gouvernement fédéral a préféré ne pas adhérer à la Convention elle-même avant d'avoir une certaine sécurité quant à sa confirmation législative dans toutes les juridictions canadiennes⁸.

Si l'effort de coopération entre le gouvernement fédéral et les juridictions provinciales a produit une véritable révolution dans le régime de l'arbitrage commercial international, il est aussi vrai qu'il ne pouvait aboutir qu'à une pluralité de sources législatives. Bien que toutes celles-ci s'inspirent de la loi-modèle proposée par la C.N.U.D.C.I. le problème reste d'établir l'effet de cette pluralité de sources sur un des buts les plus importants que la réforme elle-même se proposait : celui d'arriver à un régime de l'arbitrage commercial international le plus uniforme possible, limitant au maximum les risques de l'incertitude dans l'application du droit lors du règlement des litiges entre les opérateurs du commerce international.

Il faut souligner que ce problème se pose de façon beaucoup plus importante au Canada qu'aux États-Unis, où la compétence des États fédérés est limitée aux différends internes ; autant l'arbitrage international que l'arbitrage entre les ressortissants des différents États fédérés entrent, au contraire, dans la compétence fédérale⁹.

⁵ Article 92 de la Loi Constitutionnelle de 1867. John E.C. Brierley, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, Thèse de doctorat, Paris, 1964, à la p. 377 et s.; Ethel Groffier, «La technique de l'arbitrage comme procédé de révision de contrats», (1977) 8 R.D.U.S. 74-96, à la p. 88 et s. Voir aussi Manon Pomerleau, «L'arbitrage interprovincial et international au Canada : Aspects constitutionnels et législatifs», (1985) *Rev. Arb.* 373.

⁶ Article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867. Article 5 (2) de la *Loi concernant l'arbitrage commercial* S.C. 1986 ch. 22.

⁷ Article XI de la Convention de New York de 1958 :

«Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires»

⁸ John E.C. Brierley, «Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration», (1987-88) *Maine Law Review* 287.

⁹ United States Arbitration Act U.S. Code, Title 9, ch. 1 et 2. Voir Howard H. Holtzmann et Donald Francis Donovan, «United States», dans International Council For Commercial Arbitration, (I.C.C.A.), *International Handbook on Commercial*

Plus grandes sont les différences entre les législations régissant une certaine matière, plus grande est l'incertitude dans les rapports juridiques internationaux, incertitude qui augmente proportionnellement au nombre de décisions qui peuvent être rendues dans la même affaire. Et le nombre de décisions en matière d'arbitrage peut être élevé, autant parce que le contrôle est exercé à deux niveaux, notamment de la convention d'arbitrage et de la sentence, qu'en raison du fait que la même question peut être soumise à des tribunaux appartenant à des ordres juridiques différents¹⁰.

La pertinence du problème de l'incertitude du droit face aux nécessités du commerce international ne peut pas être sous-estimée : en font preuve les efforts faits par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada pour adapter le droit canadien aux besoins du commerce moderne». C'est en effet pour augmenter la compétitivité des entreprises canadiennes que la Conférence essaie d'offrir aux opérateurs du commerce interprovincial et international un système cohérent de règles juridiques.

Ainsi, dans le but de moderniser uniformément le droit interne de l'arbitrage au Canada, la Conférence a proposé en 1990 une Loi uniforme sur l'arbitrage¹¹, qui restreint le pouvoir discrétionnaire du tribunal en matière de décisions sur l'arbitrage et rend plus facile l'exécution des sentences arbitrales. Cette loi a effectivement servi de base pour la réforme du droit interne de l'arbitrage qui a eu lieu au Alberta, en Saskatchewan, en Ontario, au Nouveau-Brunswick et dans l'Ile-du-Prince-Édouard¹².

Arbitration. National reports. Basic Texts, Kluwer Law International, Suppl. 28, January 1999 à la p. 3. Il faut souligner pourtant que la Cour suprême des États-Unis, au contraire de la Cour suprême du Canada, n'a pas de pouvoir unificateur puisqu'elle est liée, pour l'interprétation des lois locales, par les cours étatiques. Voir Michael Terry Hertz, «The Constitution and the Conflict of Laws. Approaches in Canadian and American Law», (1977) 27 U.T.L.J. 1, à la p. 25 ; *Interprovincial Co-operatives et al. v. The Queen*, (1975) 53 D.L.R. (3d) 321 à la p. 358 ; [1975] 5 W.W.R. 382 ; [1976] 1 S.C.R. 477.

¹⁰ Ceci fait de l'arbitrage un champ potentiel «de mines légales» d'après les auteurs Alan Redfern et Martin Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, à la p. 59. Sur la possibilité d'avoir des décisions contradictoires sur le même affaire, dans la même juridiction, voir Vera Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 2000 à la p. 408 et s.

¹¹ *Loi uniforme sur l'arbitrage*, dans Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Recueil des lois uniformes*. Voir aussi, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, en ligne : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/findex.htm>

¹² *Arbitration Act*, S.A. 1991, c. A-43.1; *Arbitration Act*, R.S.S. 1992, c. A-24.1; *Arbitration Act*, S.O. 1991, c. 17; *Arbitration Act*, S.N.B. 1992, c. A.10.1; *Arbitration Act*, Stats. P.E.I. 1996, c. 4. *Arbitration Act*, S.M. 1997, ch. A120

Par ailleurs, au niveau international, ce même but a conduit à la conclusion de plusieurs conventions et à la création de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.

Or, ni les conventions internationales ni l'adoption de la loi-type n'arrivent à garantir l'uniformité de la discipline de l'arbitrage commercial international; ceci est rendu évident par l'examen des législations canadiennes qui, toutes basées sur la loi type, présentent toutefois plusieurs différences¹³, soit dans leur rédaction, soit dans leur domaine d'application¹⁴, soit finalement en ce qui concerne leur interprétation jurisprudentielle¹⁵.

Évidemment l'impossibilité d'atteindre l'uniformité des sources législatives ne signifie pas qu'on ne puisse arriver à une certaine harmonisation¹⁶. Mais même un bon niveau d'harmonisation n'exclut pas la possibilité d'avoir des décisions contradictoires. C'est pour cette raison qu'il devient important de voir dans quelle mesure il est possible d'organiser une certaine coordination entre elles.

Ainsi, on pourrait coordonner les décisions étatiques rendues en matière de reconnaissance des sentences arbitrales en reconnaissant l'efficacité internationale de la décision d'annulation rendue par le tribunal du siège de l'arbitrage, liant ainsi la procédure de reconnaissance et d'exécution à la

¹³ Gérald Goldstein, «L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits», (1998) 32 R.J.T. 235 à la p. 283. L'auteur note, à propos de la loi-type de la C.N.U.D.C.I., qu'il ne suffit pas qu'une loi soit adoptée par plusieurs pays, il faut encore qu'elle soit adoptée de *manière uniforme*. Pour un examen des différences entre la loi-type et la législation québécoise voir Alain Prujiner, «Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec», (1987) Rev. Arb. 425. Pour un examen de ce problème d'un point de vue plus général voir John Goldring, «Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws», (1998) RDU 435-451 à la p. 449.

¹⁴ Ainsi, par exemple, les lois des juridictions de *common law* ne s'appliquent qu'aux rapports commerciaux internationaux, ce qui a conduit la jurisprudence à exclure l'arbitrage en matière de rapports de travail qui comportent une relation du type *master and servant* : *Borowski v. Heinrich Fiedler Perforiertechnik GmbH*, [1994] 10 W.W.R. 623 ; [1994] A.J. No. 617. Au Québec, par contre, les litiges de ce type pourraient être soumis à l'arbitrage dans la mesure où l'article 3149 du Code civil du Québec (prévoyant que la renonciation à la juridiction de l'autorité québécoise ne peut être opposée, ni au travailleur, ni au consommateur québécois) intervient pour protéger la partie la plus faible. Ce même article pourra entraver l'arbitrage en matière de consommation, domaine qui, par contre, entre dans la compétence de l'arbitre dans les juridictions de *common law*.

¹⁵ M. Goldstein note, par exemple (G. Goldstein, L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits», *op. cit.* note 13 à la p. 283) que la présence de clauses établissant que la loi devrait être interprétée «en tenant compte de son contexte international et en favorisant son application uniforme constitue une limite assez formelle à cette diversité».

¹⁶ A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.* note 10 à la p. 426.

procédure d'annulation (articles V (1)(e) de la Convention de New York et 36 (1) (a) (v) de la loi-type de la C.N.U.D.C.I.) (I).

On atteindrait une coordination encore plus grande en conférant une efficacité internationale, ou au moins interprovinciale, aux décisions étatiques en matière d'arbitrage autres que celle d'annulation (par exemple: les décisions rendues dans la phase préliminaire de l'arbitrage en matière de validité de la convention d'arbitrage; les décisions de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale ou de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale) (II).

*I - La coordination des systèmes et l'efficacité internationale
de l'annulation de la sentence au moment de l'exequatur
dans une juridiction canadienne*

La disposition de la Convention de New York de 1958 qui permet aux États signataires de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale «annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue», a été reprise textuellement par l'article 36 (1) (a) (v) de la loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. Ce dernier article, pour sa part, a été adopté mot pour mot dans toutes les juridictions canadiennes de *common law*; il a aussi été repris en substance, mais avec certaines modifications, par le Code de procédure civile du Québec (article 950).

Les législations canadiennes reconnaissent donc, dans une mesure plus ou moins marquée, comme nous le verrons, l'importance de coordonner les décisions rendues en matière de sentences d'arbitrage. Pourtant un examen du droit comparé montre qu'au niveau international la tendance est plutôt dans le sens contraire¹⁷. Ainsi par exemple, autant les tribunaux français¹⁸ et, dans certains cas les tribunaux américains¹⁹, n'hésiteront pas à exécuter une sentence arbitrale annulée dans le pays d'origine.

¹⁷ Philippe Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine», (1997) Rev. Arb. 329. Ulrich C. Mayer, «The Enforcement of Annulled Arbitral Awards: Towards a Uniform Judicial Interpretation of the 1958 New York Convention», (1998) RDU 583.

¹⁸ *Pabalk Ticaret c. Norsolor*, Cass. Civ., 1ère ch., 9 oct. 1984, 1985 Rev. Arb. 431, note Goldman; *Clunet* 1985.679, note Kahn; D. 1985.101, note Robert; (1985) 2 *J. Int'l Arb.* 68, note Thompson; *Société Polish Ocean Line c. Société Jolasry*, Cass. civ., 1ère ch. civ., 10 mars 1993; Douai, 8ème ch. civ., 18 avril 1991, *Clunet* 1993.360, note Kahn; Rev. Arb. 1993.255, note Hascher; *République arabe d'Egypte c. Société Chromalloy Aero Services*, Paris, 1ère ch. civ., 14 janvier 1997, Rev. Arb. 1997.394, note Fouchard. *ASECNA c. N' Daye*, Cass. civ. 1ère ch., 17 octobre 2000, Rev. Arb. 2000.648, note Mayer.

¹⁹ *Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996); (1997) XXII Yearbook 1001.

Cette pratique s'appuie sur l'article VII de la Convention de New York, d'après lequel les tribunaux nationaux peuvent appliquer leur propre loi si elle est plus favorable à l'exécution de la sentence. C'est une tendance qui donne un poids primordial à la loi du pays saisi pour l'exécution²⁰, et qui semble ignorer l'importance de la coordination entre les décisions étatiques en matière d'arbitrage ; pour ces raisons elle a été critiquée comme étant une source potentielle de problèmes très sérieux²¹. L'importance de reconnaître l'efficacité de la procédure d'annulation avait été déjà soulignée par M. Van den Berg (Albert Jan Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer/Netherland, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 355) : «A losing party must be afforded the right to have the validity of the award finally adjudicated in one jurisdiction. If that were not the case, in the event of a questionable award a losing party could be pursued by a claimant with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement. A claimant would obviously refrain from doing this if the award has been set aside in the country of origin and this is ground for refusal of enforcement in other Contracting States».. C'est évident, par exemple, que lorsqu'on fait dépendre le sort de la sentence d'arbitrage uniquement de la loi du for de l'exécution, on permet qu'une sentence annulée puisse exister (et être exécutée) dans un pays, même si une autre sentence entre les mêmes parties, sur la même affaire, est rendue après l'annulation²².

Pourtant la pratique de refuser l'exécution des sentences annulées présente elle-aussi des inconvénients. Ainsi, elle va à l'encontre d'une autre exigence aussi importante que celle de limiter l'incertitude du droit, notamment la nécessité de favoriser la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales²³. Plus particulièrement elle risque d'empêcher la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale même lorsque cette dernière a été annulée suivant une notion d'arbitrabilité ou d'ordre public

²⁰ Voir Thomas Carbonneau, «Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention», (1998) 6 *Tulane J. of Int'l & Comp. L.* 277.

²¹ *Idem.* Voir aussi Ph. Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans le pays d'origine», *op. cit.*, note 17 ; Stephen T. Ostrowski & Yuval Shany, «Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad», (1998) 73 *N.Y.U.L. Rev.* 1650 à la p. 1661 et s.

²² Ceci est possible parce que la sentence d'arbitrage n'a *per se* aucune autorité de la chose jugée, et parce qu'uniquement sa reconnaissance de la part d'un organe juridictionnel étatique compétent lui permet d'être source de droits. Un exemple extrême et assez déconcertant des effets du manque de coordination même à l'intérieur d'un même système est l'affaire française *Hilmarton* (*Sté Hilmarton c. Sté Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Cass. civ., 1ère ch., 23 mars 1994, *Clunet* 1994.701, note Gaillard.)

²³ S.T. Ostrowski & Y. Shany, «Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad», *op. cit.*, note 21.

propre au pays siège de l'arbitrage. Elle permet donc l'interférence, dans le système du tribunal saisi pour l'exécution, de l'ordre public interne étranger. Ce qui est plus grave est que cette interférence peut se produire même lorsque le rapport litigieux qui a fait l'objet de la sentence n'a aucun rapport avec le pays où l'arbitrage s'est déroulé. Elle ne se justifie pas nécessairement dans le cas concret.

On se trouve alors devant un conflit sérieux entre deux exigences également importantes pour le développement de l'arbitrage et du commerce international. Il s'agit en effet, d'un côté, de favoriser l'exécution des sentences arbitrales et d'éviter l'interférence de l'ordre public du pays siège de l'arbitrage au moment de l'exécution elle-même; et, de l'autre côté, de favoriser au maximum la coordination entre les différents systèmes. Ceci est particulièrement important dans les juridictions faisant partie d'un système fédéral comme le Canada.

Le conflit trouve sa source dans le fait que ce type de contrôle est forcément national. Or, auparavant, on tendait à favoriser la coordination aux dépens de l'exécution en établissant une hiérarchie entre les différents ordres juridiques intéressés²⁴ et en donnant plus de poids au siège de l'arbitrage, ce qui permettait d'arriver à une plus grande uniformité de résultat.

Mais l'importance accordée à ce siège a diminué notablement au cours des ans, d'où une coordination moindre des systèmes et une tendance à donner plus de poids au pays de l'exécution. On est ainsi passé de la hiérarchie assez rigide prévue par la Convention de Genève de 1927²⁵ Voir Charles Jarrosson, note sous l'arrêt *Société Hilmarion c. société OTV, Rev. Arb.* 1994. 329-336, p. 332. au système plus flexible offert par la Convention de New York de 1958, et finalement à la pratique d'aujourd'hui d'ignorer la décision étrangère d'annulation.

Cette tendance à favoriser à tout prix l'exécution des sentences n'est pas acceptable au Canada. La volonté de tous les législateurs canadiens de respecter une certaine hiérarchie entre les différents ordres juridiques en vue d'une plus grande coordination (au niveau international, mais aussi, élément très important, au niveau interprovincial) est évidente : toutes les juridictions reprennent la loi-type lorsqu'elles placent l'annulation parmi les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence

²⁴ Ph. Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine», *op. cit.*, note 17 à la p. 332.

²⁵ L'article 1 (d) de la Convention de Genève de 1927 exigeait que la sentence fût définitive dans le pays d'origine pour en pouvoir demander la reconnaissance et l'exécution dans un autre pays, ce qui revenait à exiger un *double exequatur*. On privilégiait ainsi la coordination plutôt que l'exécution.

arbitrale²⁶ Il faut aussi souligner que la jurisprudence canadienne ne refuse pas, en principe, de reconnaître une décision étrangère en raison du fait qu'elle se base sur une loi plus sévère que la loi canadienne : *United States of America v. Ivey et al.*, November 24, 1995, (Ont. Gen. Div.), [1995] O.J. No 3579, 26 O.R. (3d) 533, p. 553 ; *Beals et al. v. Saldanha et al.*, Ont. Gen. Div., November 6, 1998, Court File No. 93-CQ403115A, [1998] O.J. No. 4519..

Mais la coordination à tout prix n'est pas plus utile pour résoudre notre conflit. On n'arrive pas à favoriser l'arbitrage par un système rigide qui impose au tribunal de *refuser* systématiquement les sentences annulées et qui permet l'interférence automatique de l'ordre public du pays siège de l'arbitrage dans le lieu de l'exécution.

Et pourtant celle-ci semble être la solution adoptée au Québec. L'article 950 C.p.c., d'après lequel «[u]ne partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en établissant» l'existence des motifs prévus pour le refus de la reconnaissance et de l'exécution elles-mêmes, ne semble en effet laisser aucun pouvoir discrétionnaire au tribunal saisi pour l'*exequatur*. L'article 950 C.p.c. devrait alors être révisé pour laisser la place à un système plus souple. Parmi les exemples qui pourraient être pris en considération à cette fin deux sont retenus : celui offert par la Convention européenne de 1961 et celui proposé par la loi-type et adopté dans les juridictions canadiennes de *common law*.

La Convention européenne exclut la possibilité de l'interférence de l'ordre public étranger au moment de l'*exequatur*²⁷. Son article 9 prévoit que la décision étrangère d'annulation d'une sentence arbitrale constituera un motif de refus de reconnaissance et d'exécution de la même sentence dans un autre pays signataire seulement si les motifs qui ont justifié cette annulation sont ceux prévus par la Convention elle-même. Parmi ces motifs n'entrent pas en ligne de compte ni l'inarbitrabilité ni la contrariété à l'ordre public dans le pays siège de l'arbitrage²⁸.

²⁶ Les législations canadiennes se distinguent des législations française et américaine qui (pour des raisons différentes) ne placent pas l'annulation parmi les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution. Ainsi S.T. Ostrowski & Y. Shany, «Chromalloy : United States Law and International Arbitration at a Crossroad», *op. cit.* note 21 à la p. 1676.

²⁷ Comme le note M. Fouchard (Ph. Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», *op. cit.*, note 17 aux pp. 333 et 334), la Convention européenne de 1961 constitua la première atteinte au système posé par la Convention de New York donnant effet international à l'annulation de la sentence.

²⁸ Cet article a trouvé application dans l'affaire *Radenska c. Kaio*, Cour suprême autrichienne, 20 octobre 1993, Rev. Arb. 1998.419, note Lastenouse et Senkovic.

Cette solution, qui élimine sans aucun doute l'inconvénient le plus important de la reconnaissance de la décision étrangère d'annulation, ne s'adapte pourtant pas au contexte fédéral canadien. Ceci parce que cette solution pourrait obliger un tribunal canadien à reconnaître et à exécuter une sentence qui est conforme à l'ordre public du for, mais que le tribunal d'une autre juridiction canadienne a annulée parce que contraire à son propre ordre public. On aboutirait alors à un résultat contraire à celui de la Cour suprême dans l'affaire *Morguard*²⁹, lorsqu'elle a déclaré que les «considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral».

La seule façon d'arriver à une solution équilibrée semble être alors celle d'avoir un système souple, qui permet au tribunal saisi pour l'exécution de décider dans chaque cas quel poids donner à la décision étrangère d'annulation, en tenant compte des motifs qui ont justifié la décision d'annulation elle-même aussi bien que du tribunal qui l'a rendue. C'est ce qu'on a fait dans les juridictions canadiennes de common law qui ont repris l'article 36 de la loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. qui établit que la reconnaissance ou l'exécution «ne peut être refusée que [...]»³⁰.

C'est évident que lorsqu'on reconnaît au tribunal un pouvoir discrétionnaire aussi grand que celui qui découle de l'article 36 de la loi-type le résultat reste dans une mesure imprévisible. Cet inconvénient diminuera forcément au fur et à mesure que la pratique jurisprudentielle établira les critères à suivre par les tribunaux, mais il est clair que pour le moment il est assez difficile de prévoir si les tribunaux canadiens de *common law*, saisis pour l'exécution des sentences arbitrales annulées dans les pays d'origine, prendront en considération les motifs qui ont justifié l'annulation, ou si aucune distinction ne sera faite entre les décisions d'annulation canadiennes et celles rendues hors du Canada.

Ainsi il sera logique de distinguer une annulation prononcée pour contrariété de la sentence à l'ordre public véritablement international³¹

²⁹ *Morguard Investments v. DeSavoye*, (1990) 76 D.L.R. (4th) 256 ; [1990] 3 R.C.S. 1077.

³⁰ Voir *Schreter v. Gasmac*, (1992) 89 D.L.R. (4th) 365 ; 7 O.R. (3d) 608 ; suppl. reasons 89 D.L.R. (4th) 380. *Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*, Ont.C.J., January 21, 1997, Court File No. RE 6644/96, [1997] O.J. No. 133. Au pouvoir discrétionnaire reconnu au tribunal par l'article 36 s'oppose le devoir qui découle de la formulation de l'article 35 qui impose au tribunal d'exécuter la sentence dans le cas prévus par la loi elle-même. Voir aussi Stephen C. Nadler, «Enforcing an Arbitral Award Under Appeal : *Europcar Italia S.p.a. v. Alba Tours International Inc.*», (1997) 10 *The Advocate's Quarterly* 504 à la p. 507. Et encore *Jaffasweet Juices Ltd v. Michael Firestone & Associates*, November 11, 1997 (Ont. Gen.Div.), [1997] O.J. No. 4585.

³¹ Cet ordre public serait constitué par l'ensemble des principes d'ordre public reconnus au niveau international. Parmi ces principes M. Lalive (Pierre Lalive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international»,

(parce que par exemple le tribunal du siège de l'arbitrage a constaté la corruption de l'arbitre), d'une annulation justifiée par la contrariété de la sentence à l'ordre public propre du tribunal de l'annulation elle-même³².

Dans le premier cas la sentence annulée sera normalement aussi contraire à l'ordre public du tribunal de l'exécution et une nouvelle enquête visant à prouver à nouveau la corruption de l'arbitre ne devrait pas être nécessaire. Dans la seconde hypothèse on pourra distinguer les décisions canadiennes de celles rendues hors du Canada.

Les décisions d'annulation canadiennes pourraient encore être distinguées selon qu'elles aient été prononcées pour éviter une violation à l'ordre public canadien (par exemple, lorsque la reconnaissance et l'exécution de la sentence violerait une loi fédérale considérée d'ordre public), ou une violation de l'ordre public propre du tribunal de l'annulation (par exemple, une sentence annulée au Québec parce qu'en violation de l'article 3149 C.c.Q.). Dans le premier cas une enquête ultérieure ne devrait pas être nécessaire. On se demanderait en effet pourquoi un tribunal canadien remettrait en question l'interprétation et l'application d'une loi fédérale faites par un autre tribunal canadien du même niveau.

Lorsqu'au contraire, l'ordre public violé est propre à la juridiction qui a annulé la sentence, le tribunal de l'exécution pourra (afin d'établir le poids à donner à la décision d'annulation) avoir recours au test posé par la jurisprudence *Moreguard*³³. D'après cet arrêt

Les tribunaux d'une province devraient 'reconnaître totalement' les jugements rendus par le tribunal d'une autre province ou territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement exercé sa compétence dans l'action.

Un problème se pose pourtant lorsqu'il s'agit d'appliquer ce principe à l'arbitrage : il devient nécessaire d'établir ce qu'on entend par «exercice correct de la compétence»³⁴. En effet, normalement, la compétence d'un tribunal est établie sur la base de l'existence de certains liens entre le rapport litigieux et le pays du tribunal lui-même (par exemple, le domicile de la partie défenderesse, la commission d'une faute ou d'un acte

(1986) Rev. Arb. 329) énumère : le respect des bonnes mœurs et la moralité contractuelle, la bonne foi et la sécurité des transactions internationales. Et encore, en matière de procédure entreraient parmi ceux-ci les principes de l'impartialité de l'arbitre et de l'égalité des parties et, en droit international privé, le principe de l'autonomie.

³² Jan Paulsson, «The case for Disregarding LSAS (Local Standards Annulments) under the New York Convention», (1996) 7 The American Review of International Arbitration 99 aux pp. 113 et 114.

³³ *Morguard Investments v. DeSavoye*, précité, note 29 à la p. 1079.

³⁴ À propos de la difficulté d'établir a priori les critères pour cette détermination voir M. le juge La Forest, dans l'arrêt *Hunt v. T. & N. PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289 (3d) aux pp. 325 et 326.

dommageable). Ces liens indiquent que le tribunal a un intérêt concret à résoudre le litige.

Dans le cas de l'annulation de la sentence d'arbitrage le lien entre le tribunal et le litige n'est pas de nature substantielle, mais procédurale : le tribunal compétent pour l'annulation est le tribunal du pays siège de l'arbitrage ; ce tribunal n'a pas nécessairement de liens avec le litige lui même.

Étant donné que la reconnaissance de l'efficacité internationale de la décision d'annulation se concrétise dans une application extraterritoriale de la loi du for de l'annulation, il pourrait arriver que cette interférence de la loi étrangère lors de l'exécution de la sentence ne se justifie pas dans le cas concret. Il serait alors logique que le tribunal canadien, saisi pour l'exécution d'une sentence arbitrale annulée par le tribunal d'une autre juridiction canadienne, ne se limite pas à constater si ce tribunal était *compétent*, mais qu'il examine si le litige présentait des liens suffisants³⁵J.A. Talpis et J.G. Castel, «Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil*. Les Presses de l'Université Laval, 1993, *Droit international privé*, 807-933, p. 916-917. avec le tribunal de l'annulation qui justifient qu'il donne une *reconnaissance totale* à cette décision. Si ces liens n'existent pas, il ne sera pas obligé de la reconnaître.

II. - *La reconnaissance au Canada des décisions (autres que l'annulation), rendues en matière d'arbitrage par un tribunal canadien appartenant à une juridiction différente*

La possibilité que des décisions (autres que l'annulation) rendues en matière d'arbitrage soient reconnues et exécutées dans d'autres pays n'est pas envisagée par les conventions internationales sur l'arbitrage commercial international. Les conventions bilatérales et multilatérales pour la reconnaissance et l'exécution des jugements ne s'appliquent pas, pour leur part, aux décisions étatiques en matière d'arbitrage³⁶. Ceci est vrai autant pour une décision par laquelle un tribunal établit (dans la phase préliminaire de l'arbitrage) si la convention d'arbitrage est ou non valide, que pour toute décision qui accorde ou refuse l'*exequatur* d'une sentence arbitrale : elles

³⁵ Il s'agit de liens «réels et substantiels» (*Morguard Investments v. DeSavoye*, précité, note 29) : J.A. Talpis et J.G. Castel, « Le Code Civil du Québec, Interprétation des règles du droit international privés », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil*. Les Presses de l'Université Lasal, 1993, *Droit international privé*, 807-933, p. 916-7.

³⁶ Jean-François Poudret, «*Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ?*», (1998) Rev. Arb. 7-24, p. 16 ; Dominique Hascher, note sous *Mamadou Ba c. société SIDECI*, Cass. civ., 1ère ch., 18 février 1992, (1993) Rev. Arb. 265-272.

n'auront en pratique aucune efficacité internationale. Cette conclusion s'applique aussi au Canada et ceci indépendamment de la provenance (canadienne ou autre) de la décision concernée.

Cette solution est logique en principe. Ainsi, en ce qui concerne les décisions sur la validité de la convention d'arbitrage on ne doit pas oublier que lorsqu'un tribunal décide de la validité d'une convention d'arbitrage sa décision vise souvent à établir sa propre compétence juridictionnelle par rapport au litige qui fait l'objet de la convention d'arbitrage elle-même. Il est évident qu'aucun tribunal n'acceptera qu'un tribunal étranger n'établisse l'existence ou l'étendue de sa propre compétence³⁷.

Ceci est vrai autant pour une décision étrangère qui déclare la convention d'arbitrage invalide et retient la compétence³⁸, que pour une décision par laquelle le tribunal étranger a reconnu la convention d'arbitrage et a renvoyé les parties devant l'arbitre³⁹.

On pourra se demander si cette solution est toujours logique dans le contexte canadien, surtout dans le cas où la validité ou la nullité de la convention d'arbitrage dépendent de l'application d'une loi fédérale⁴⁰. Il serait alors logique de croire qu'une telle décision puisse être reconnue comme telle par tout autre tribunal canadien, sans besoins d'une enquête ultérieure. Il serait évidemment difficile de justifier des décisions contrastantes sur la validité de la même convention en application de la même loi dans des juridictions canadiennes différentes. Mais ceci n'est

³⁷ Il faut noter pourtant que les juridictions canadiennes, à la différence de la France et des États-Unis, soumettent la question de la validité de la convention d'arbitrage à la loi applicable à elle selon la règle de conflit, qui pourra bien être une loi étrangère. Les tribunaux canadiens ne refusent donc pas en principe un résultat différent de celui qui aurait été obtenu en appliquant la loi du for (dans la mesure évidemment où ce résultat n'est pas contraire à l'ordre public du tribunal).

³⁸ *Opron c. Aero System Engineering Inc.*, C.S.M., 11 février 1999, No. 500-05-043288-982, [1999] J.Q. no. 420. Voir aussi H. Patrick Glenn, «Droit international privé», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code Civil*. Presses de l'Université Laval, 1993, *Obligations, contrats nommés*, t. III, aux pp. 769-770.

³⁹ Il est difficile de croire qu'un tribunal étatique qui aurait été compétent, en absence de la convention d'arbitrage, pour décider du fond du litige, se dépouillera de cette compétence sur la base d'une décision étrangère sans vérifier lui-même la validité de la convention d'arbitrage.

⁴⁰ Par exemple, dans le cas où la mission confiée à l'arbitre est de déclarer la dissolution d'une société suivant la Loi sur les sociétés par actions, n'importe quel tribunal canadien n'aura d'autre choix que de constater l'inarbitrabilité de la question et l'invalidité de la convention d'arbitrage pour illicéité de son objet. *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) ch C-44. Gilles Vezina, *La convention d'arbitrage vs la convention entre actionnaires et la promesse d'achat-vente*, (1990) 1 C.P. du N. 189-218, p. 215 ; *Vaughan-Molson c. Boyd*, C.S.M., 8 octobre 1993, No. 500-05-010549-937, J.E. 93-1790. Voir aussi *Tanadgusix Corp. v. Bonspille*, Cour d'appel de Montréal, 18 décembre 1989, No. 500-09-001351-881, [1989] Q.J. no. 2256 ; (700-05-001099-880 C.S.M.).

qu'une conséquence inévitable des pouvoirs constitutionnellement reconnus à chaque province⁴¹. Il ne reste qu'à souhaiter que, le cas échéant, le second tribunal saisi tiendra compte de la première décision.

Aussi en ce qui concerne les décisions d'*exequatur* (ou de refus d'*exequatur*), leur efficacité internationale doit être exclue. Ceci parce que la sentence d'arbitrage, qu'elle ait été reconnue ou non par un tribunal étatique, conserve son individualité ; elle ne se confond pas avec le jugement étatique d'homologation ou de reconnaissance et d'exécution.

C'était pour favoriser l'arbitrage qu'on a refusé la doctrine qui admet la fusion entre la sentence et le jugement (*merger*). Un des avantages offerts par la Convention de New York était précisément de créer un régime spécial propre à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, permettant de les soustraire au régime prévu pour la reconnaissance des jugements, qui est généralement moins favorable et moins homogène au niveau international⁴².

Évidemment, refuser la doctrine du *merger* signifie que, même lorsque le régime prévu pour les jugements s'avère plus favorable que celui prévu par la Convention de New York, la partie qui demande l'*exequatur* ne pourra pas demander l'exécution du jugement étranger de reconnaissance à la place de la reconnaissance de la sentence⁴³. Mais voir *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co. v. Navimpex Centrala Navala* 29 F. 3d 79 (2nd Cir. 1994)). Dans ce cas un tribunal américain a donné exécution aux États-Unis à une décision à laquelle la Cour d'appel de Paris avait refusé une demande d'annulation d'une sentence arbitrale. Étant donné que le délai pour demander l'*exequatur* de la sentence était expiré, la reconnaissance de la décision refusant l'annulation était la seule façon de voir la sentence arbitrale reconnue..

Mais cette solution est logique aussi parce que la décision de reconnaissance n'est pas du tout la même chose qu'une décision sur le fond. Les pouvoirs du tribunal saisi pour l'*exequatur* sont limités par la Convention

⁴¹ J. Goldring, «Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws», op. cit., note 13.

⁴² Laurent A. Niddam, «L'exécution des sentences arbitrales internationales aux États-Unis», (1993) Rev. Arb. 13 à la p. 40 et s. La doctrine du *merger* a été aussi refusée au Canada. Voir pour l'Ontario, *Schreter v. Gasmac*, précité, note 23; pour le Québec, *Industrial Bulk Carriers Inc. c. Transport de Cargaison Ltd.*, C.A. 15 juin 1990, No. 500-09-000480-905 (500-05-006765-893 C.S.M.); [1990] A.Q. No. 1089; ; C.S. 4 avril 1991, No. 22164, S.C.C. Bulletin, 1991, 883; [1990] S.C.C.A. No 428.

⁴³ Ceci exclurait, en particulier, la possibilité de demander à un tribunal canadien de reconnaître la décision par laquelle le tribunal d'une autre juridiction canadienne a reconnu une sentence arbitrale et d'appliquer à ce but la jurisprudence Moreguard. Voir, à propos de cette possibilité, Mark Lalonde, «Canada», dans P. Sanders éd., *International Handbook on Commercial Arbitration*, op. cit., note 7, Suppl. 16, Octobre 1993 à la p. 37.

de New York : il ne peut ni sanctionner le choix de la loi applicable faite par l'arbitre ni revoir le fond du différend. Étant donné que sa tâche est limitée à conférer à la sentence une force exécutoire *dans sa propre juridiction*, l'objet de sa décision ne concerne que *cette juridiction-ci* et donc il ne peut être exporté⁴⁴.

Conclusion

Même dans un État fédéral tel que la Canada il serait irréaliste de s'attendre à arriver à une moindre incertitude dans l'application de la loi par la coordination des décisions étatiques rendues en matière d'arbitrage. Non seulement la possibilité de donner efficacité internationale aux décisions étrangères d'*exequatur* (ou de refus d'*exequatur*) des sentences arbitrales est complètement à exclure, mais l'examen de la pratique jurisprudentielle montre aussi que la décision concernant la validité de la convention d'arbitrage ne sera pas reconnue par le tribunal étranger.

Les seules décisions qui peuvent trouver une certaine reconnaissance internationale sont les décisions d'annulation de sentences arbitrales rendues par le tribunal du pays siège de l'arbitrage. Mais même la reconnaissance de ce type de jugements pose des problèmes. En effet, si la tendance à refuser l'exécution d'une sentence annulée dans son pays d'origine favorise l'uniformité de résultat (elle est donc, de ce point de vue, favorable à l'arbitrage), elle peut en pratique conduire à refuser des sentences qui auraient été complètement acceptables dans l'ordre juridique saisi pour l'*exequatur*. La nécessité de coordination peut se trouver opposée à l'exigence, tout aussi importante, de favoriser l'exécution des sentences arbitrales. Le choix de la solution de ce conflit revient au législateur national.

La pratique relevée en droit américain et français favorise l'exécution aux dépens de la coordination et reconnaît les sentences annulées dans le pays d'origine si elle sont conformes à l'ordre public du for.

Mais la situation fédérale canadienne exige qu'on trouve un point d'équilibre. Ceci oblige à écarter les solutions trop rigides, telles que celle adoptée en France, par exemple, mais aussi la solution qui impose au tribunal de l'exécution de refuser la reconnaissance de la sentence annulée sans lui permettre de tenir compte des circonstances particulières de chaque cas, notamment les motifs qui ont justifié l'annulation, ou les liens entre le rapport litigieux et le tribunal de l'annulation.

⁴⁴ Notons que aussi la Convention de Genève de 1927, qui posait l'homologation de la sentence dans le pays d'origine comme condition pour sa reconnaissance dans les autres pays signataires, ne donnait à cette décision d'homologation aucune autorité de la chose jugée. La sentence elle-même était examinée à nouveau en application de l'article II.

Cette dernière solution semble être celle adoptée par l'article 950 du Code de procédure civile du Québec. Cet article devrait alors être modifié pour laisser plus de pouvoir discrétionnaire au tribunal de l'exécution. On pourrait, à cette fin, reprendre l'article 36 de la loi-type (comme on l'a fait d'ailleurs dans les autres juridictions canadiennes). On remplacerait alors le premier alinéa de l'article 950, qui prévoit qu' «*[U]ne partie contre qui la sentence arbitrale est invoquée peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en établissant : [...]*», par le paragraphe suivant : «*La reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale ne peut être refusée que si la partie s'opposant à la reconnaissance et à l'exécution établit [...]*».