

L'EFFICACITÉ EN DROIT QUÉBÉCOIS D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE OU D'ÉLECTION DE FOR INVOQUÉE À L'ENCONTRE D'UN APPEL EN GARANTIE

Frédéric Bachand*
Montréal

La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec est claire : en règle générale, la compétence du tribunal à l'égard de la demande principale s'étend à un appel en garantie même lorsque celui-ci se rapporte à une demande visée par une convention d'arbitrage ou par une convention conférant une compétence exclusive à un tribunal étranger. L'auteur critique cette solution au motif qu'elle ne donne pas suffisamment d'importance au principe de l'autonomie de la volonté, qu'elle n'est pas suffisamment respectueuse de la tradition civiliste, qu'elle s'accorde mal avec l'engagement particulièrement important du Canada envers la libéralisation des échanges commerciaux internationaux, qu'elle est incompatible avec la directive interprétative dégagée par la Cour suprême dans son arrêt Desputeaux et qu'elle est susceptible d'entraîner la violation par le Canada de ses obligations internationales.

The jurisprudence of the Québec Court of Appeal is clear: generally speaking, the jurisdiction a court has over the principal action extends to an incidental action in warranty even where the latter relates to a dispute which falls within the ambit of an arbitration agreement or an agreement conferring an exclusive jurisdiction to a foreign court. The author argues that this solution is not convincing because it does not give sufficient weight to the principle of party autonomy, it is inconsistent with the civil law tradition, it fails to give due regard to Canada's strong commitment to promoting international trade, it conflicts with the rule of interpretation adopted by the Supreme Court in the Desputeaux case and it can lead to the violation of Canada's international obligations.

* Frédéric Bachand, Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal, Québec. L'auteur tient à remercier chaleureusement sa collègue la Professeure Geneviève Saumier de ses commentaires et suggestions.

<i>Introduction</i>	516
<i>I. Présentation des solutions dégagées par la Cour d'appel</i>	519
A. <i>S'agissant des conventions d'arbitrage</i>	519
B. <i>S'agissant des conventions d'élection de for</i>	521
<i>II. Appréciation des solutions dégagées par la Cour d'appel</i>	525
A. <i>S'agissant d'un litige interne</i>	525
1. <i>Une qualification discutable de la règle découlant de l'art. 71 du C.p.c.</i>	525
2. <i>Une rupture malheureuse avec la tradition civiliste</i>	528
B. <i>S'agissant d'un litige présentant un élément d'extranéité</i> ..	530
1. <i>Une atténuation discutable du principe général de l'autonomie de la volonté</i>	530
2. <i>Une méconnaissance des obligations internationales incombant au Canada en vertu de la Convention de New York sur l'arbitrage</i>	537
<i>Conclusion</i>	544

Introduction

La question de l'efficacité des conventions d'arbitrage ou d'élection de for invoquées à l'encontre d'appels en garantie est particulièrement épineuse, car elle se situe au cœur d'une tension entre deux principes généraux dont l'importance s'est accrue au cours des dernières décennies.

Le premier consacre l'autonomie de la volonté. Si l'on refusait jadis d'en déduire la faculté du justiciable de renoncer à son droit d'agir en justice au Québec, c'est-à-dire d'exiger de l'État – agissant par l'entremise d'organes à qui furent confié le pouvoir juridictionnel – une décision tranchant de manière finale et obligatoire un litige, ce n'est clairement plus le cas : on lui permet désormais, conformément à la tendance dominante en droit comparé, de renoncer à ce droit lorsqu'il le fait au profit d'un tribunal arbitral¹ ou des tribunaux d'un État étranger².

¹ Voir l'art. 2638 du C.c.Q. (« [I]a convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux ») « [a]n arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to the decision of one or more arbitrators, to the exclusion of the courts ») et l'art. 940.1 du C.p.c., qui consacre l'obligation incombant au juge de se dessaisir d'un litige que les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage. La validité de la clause compromissoire n'a été définitivement reconnue en droit québécois qu'en 1983 : *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

² Voir l'art. 3148, al. 2 du C.c.Q. (« les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou

L'évolution des règles pertinentes n'est pas étrangère à l'effort de libéralisation des échanges internationaux de biens, services et capitaux dans lequel est engagé la communauté internationale depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, car, comme l'a souvent souligné la Cour suprême des États-Unis, « agreeing in advance on a forum acceptable to both parties is an indispensable element in international trade, commerce, and contracting »³.

Le second principe vise à éviter l'éparpillement du contentieux se rapportant à un même litige, surtout pour des raisons d'efficacité, mais aussi afin d'éviter les inconvénients pouvant découler de jugements contradictoires. C'est ce principe qui sous-tend les règles permettant au défendeur de former un appel en garantie⁴ – c'est-à-dire de poursuivre, dans le cadre de la même instance, une personne qu'il prétend tenue de l'indemniser des condamnations qui pourraient être prononcées contre

à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère [...] »/« a Quebec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority [...] ». Avant l'entrée en vigueur de cette disposition en 1994, la convention d'élection de for par laquelle les parties cherchent à renoncer à leur droit d'agir en justice au Québec était illicite : *Les Importations Cimel Ltée c. Pierre Auger, Produits de Beauté*, [1987] R.J.Q. 2345 (C.A.); *Lamborghini (Canada) Inc. c. Automobile Lamborghini S.P.A.*, [1997] R.J.Q. 58 (C.A.); G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I (« Théorie générale »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 361 (§ 149).

³ Voir, par ex. : *M/S Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972) aux pp. 13-14; *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985) à la p. 630. Cette idée a souvent été reprise par des tribunaux canadiens; voir, par ex. : *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, (1992) 85 Alta L.R. (2d) 287 (Alta. C.A., demande de permission d'appel à la Cour suprême du Canada refusée) à la p. 298; *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 257 (C.A. Ont.) à la p. 264; *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.*, (1994) 125 Sask. R. 286 (Sask. C.A.) à la p. 294; *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, [1994] 2 C.F. 662 (C.A. Féd.) aux pp. 673-674. Voir aussi, en ce sens : J.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*, t. 3 (« Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, droit transitoire »), Québec, P.U.L., 1993, p. 801 aux pp. 908-909 (§ 450). La Cour suprême du Canada est elle aussi bien consciente du lien entre les conventions relatives à la résolution des litiges et la libéralisation des échanges commerciaux internationaux : « Des clauses d'élection de for sont stipulées couramment dans le cadre d'opérations commerciales internationales et spécialement dans les connaissements. [...] Les tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité » (*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450 aux pp. 462-463 (§ 20)).

⁴ Voir l'art. 216 du C.p.c.

lui –, ainsi que celles prévoyant l'extension à la demande ainsi formée de la compétence territoriale ou internationale dont dispose le tribunal à l'égard de la demande principale⁵. En cette période de « crise de la justice civile », où l'on cherche entre autres à accroître l'efficacité du système judiciaire, l'importance accrue que revêt ce principe est notamment révélée dans des arrêts de la Cour d'appel interprétant de manière assez libérale les dispositions du *Code de procédure civile* relatives à la réunion de causes d'action⁶ et à la demande reconventionnelle⁷. Il sous-tend aussi diverses initiatives de réforme, comme celle visant la création d'un tribunal unifié de la famille au sein de la Cour supérieure, qui a récemment reçu l'approbation du Comité de révision de la procédure civile⁸. On trouve d'autres illustrations de cette tendance dans la jurisprudence – assez contestable⁹ – de la Cour d'appel affirmant qu'une personne qui n'est pas partie à une convention d'arbitrage peut néanmoins, dans certaines circonstances, être obligée de recourir à l'arbitrage¹⁰, ainsi que dans des décisions récentes refusant de reconnaître la pleine efficacité d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for invoquée dans un contexte de faillite¹¹.

La question de l'efficacité des conventions d'arbitrage ou d'élection

⁵ S'agissant de la compétence territoriale, voir l'art. 71 du C.p.c.; s'agissant de la compétence internationale, voir l'art. 3139 du C.c.Q.

⁶ En effet, l'article 66 du C.p.c., qui ne vise expressément que la réunion de causes d'action, a été interprété libéralement de manière à permettre aussi la jonction de défendeurs; voir, par ex. : *Cegeco Design & Construction Ltée c. Commission de construction du Québec*, J.E. 89-330 (C.A.); *Gestion financière de la seigneurie Canada Ltée c. Maillette, Benoît, Boulanger, Rondeau*, [1991] R.D.J. 495 (C.A.).

⁷ Voir, par ex. : *Aziz c. F.G.N. Gibraltar Inc.*, [1990] R.D.J. 81 (C.A.); *Norbert c. Lavoie*, [1990] R.J.Q. 55 (C.A.); *Toshiba International Corp. c. Peerensal Inc.*, J.E. 97-169 (C.A.). La Cour d'appel a délaissé l'approche plus formaliste qu'elle privilégiait autrefois en appliquant le critère de connexité. Elle favorise aujourd'hui une approche plus souple, axée non plus – du moins exclusivement – sur les liens objectifs qu'entretiennent la demande principale et la demande reconventionnelle, mais plutôt sur l'opportunité, appréciée à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire, de permettre au défendeur de faire valoir sa réclamation dans le cadre de la même instance.

⁸ Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile – Une nouvelle culture judiciaire*, Ste-Foy, Ministère de la Justice, 2001 à la p. 66 et suiv.

⁹ Voir : F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II)/Université de Montréal, 2004 (à paraître : Paris, L.G.D.J., 2005/Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005) aux pp. 222-223 (§ 280).

¹⁰ *Concordia Project Management Ltd. c. Décarel Inc.*, [1996] R.D.J. 484 (C.A.), dont le bien-fondé vient d'être réaffirmé dans *Société Asbestos Ltée c. Lacroix*, REJB 2004-70292 (C.A.).

¹¹ Voir, par ex. : *Dans l'affaire de la faillite d'Experts en traitement de l'information (E.T.I.) Montréal Inc. et Kustec*, [2004] J.Q. no. 2487 (C.S.).

de for invoquées à l'encontre d'appels en garantie soulève donc un conflit de principes : doit-on donner préséance à l'autonomie de la volonté ou celle-ci doit-elle plutôt céder le pas à la nécessité d'éviter que la demande principale et la demande en garantie soient instruites devant des forums distincts ? La question est rarement abordée de manière explicite dans les textes législatifs s'intéressant au droit judiciaire privé¹² et au droit international privé; il n'est donc pas surprenant qu'elle ne le soit pas non plus dans les dispositions pertinentes du *Code de procédure civile* et du *Code civil du Québec*, et ce, malgré le fait qu'elle se rencontre plus souvent qu'on pourrait le croire en pratique. La Cour d'appel a d'ailleurs eu l'occasion de l'examiner et d'y répondre au cours des dix dernières années, mais si les solutions qu'elle a jusqu'à présent dégagées ont l'avantage d'être relativement cohérentes (I), elles ne s'avèrent – à la réflexion – pas des plus convaincantes (II).

I. Présentation des solutions dégagées par la Cour d'appel

En analysant la jurisprudence récente de la Cour d'appel, on constate qu'elle privilégie une approche nuancée, n'accordant à ni l'un ni l'autre de ces principes une importance absolue, mais favorisant tout de même assez nettement la concentration du contentieux se rapportant à un même litige : les considérations d'ordre et d'équité qui s'y rapportent justifieront, en règle générale, l'inefficacité tant d'une convention d'arbitrage (A) que d'une convention d'élection de for (B) invoquée à l'encontre d'un appel en garantie.

A. S'agissant des conventions d'arbitrage

L'arrêt-clé en ce qui a trait aux conventions d'arbitrage a été rendu en 1994 dans l'affaire *Guns N' Roses*¹³. Comme l'avait fait la Cour supérieure en rejetant une requête en irrecevabilité présentée par la défenderesse en garantie, la Cour d'appel s'est appuyée sur l'art. 71 du C.p.c. afin de conclure à l'inefficacité de la clause compromissoire

¹² L'article 333 du *Nouveau Code de procédure civile* français (« [l]e tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence » [italiques ajoutés]) ne s'intéresse qu'à la compétence territoriale, et non à la compétence internationale : Cass. com., 30 mars 1993, *Compagnie marocaine de navigation COMANAV c. Compagnie d'assurance Seine-et-Rhône, Océanides Réunion*, [1983] Rev. crit. dr. int. pr. 680 (note H. Gaudemet-Tallon); J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2001 à la p. 803 (§ 1160).

¹³ *Guns N' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] R.J.Q. 1183 (C.A., demande de permission d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée).

qui était invoquée : en vertu de cette disposition, « [l]a demande incidente en garantie doit être portée devant le tribunal où la demande est pendante »¹⁴ et c'est vrai – ajouta la Cour – même lorsque cette demande est visée par une convention d'arbitrage valablement conclue. La Cour a cependant bien pris soin de ne pas déduire de l'art. 71 du C.p.c. une règle absolue d'inefficacité – et ce, malgré la formule impérative utilisée par l'Assemblée nationale –, puisqu'elle a reconnu au juge le pouvoir de donner effet à une convention d'arbitrage invoquée par le défendeur en garantie lorsque les circonstances particulières de l'espèce justifient de donner exceptionnellement préséance à la volonté des parties¹⁵.

D'ailleurs, certains juges n'ont pas hésité à faire usage de ce pouvoir discrétionnaire afin d'empêcher qu'un appel en garantie soit formé à l'égard d'une réclamation visée par une convention d'arbitrage. On peut citer en exemple trois affaires similaires – et découlant d'un même litige multipartite – dans lesquelles la Cour supérieure était saisie d'une requête visant l'exercice de certains droits hypothécaires. Dans les trois cas, l'intimée cherchait à appeler en garantie un consortium d'entrepreneurs et les cautions, qu'elle prétendait être contractuellement tenus de l'indemniser des sommes qu'elle était susceptible de devoir verser au créancier hypothécaire qui la poursuivait¹⁶. Or, non seulement la propriétaire de l'immeuble et les intimées en garantie étaient-elles liées par une convention d'arbitrage, elles étaient toutes déjà engagées dans un arbitrage portant notamment sur l'objet de l'appel en garantie. Ce n'était pas le cas dans l'affaire *Guns N' Roses*, et dans les trois affaires la Cour vit là une distinction déterminante, justifiant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de donner exceptionnellement effet à la convention d'arbitrage invoquée¹⁷.

¹⁴ La version anglaise se lit comme suit : « [t]he incidental action in warranty must be taken before the court in which the principal action is pending ».

¹⁵ *Guns N' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.*, *supra*, note 13 à la p. 1187 : « I do not wish to suggest that the mere initiation of a suit by a third party will permit a party to an arbitration clause to defeat the purpose and intention of the clause by exercising warranty proceedings. There will doubtless be cases where the parties should be referred to arbitration, notwithstanding the existence of a suit by a third party. Much will depend on the nature of the claims and the circumstances of each case ».

¹⁶ *Sturo Métal Inc. c. Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite/St-Félicien Cogeneration l.p.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No. 8317 (C.S.); *Les Industries Falmec Inc. c. Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership*, REJB 2003-40996 (C.S.); *Cap Isolation Ltée c. Société de cogénération de St-Félicien société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership*, [2003] J.Q. (Quicklaw) No. 7434 (C.S.).

¹⁷ *Sturo Métal Inc. c. Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite/St-Félicien Cogeneration l.p.*, *supra*, note 16 au § 29 : « [i]l serait à notre

Ces décisions demeurent cependant isolées et la plupart des juristes québécois tiennent pour acquis, depuis l'arrêt *Guns N' Roses*, qu'une convention d'arbitrage ne pourra pratiquement jamais être invoquée avec succès à l'encontre d'un appel en garantie. Par exemple, Ferland et Emery affirment dans leur précis de droit judiciaire privé que « [l]a demande incidente en garantie (a. 216 et suivants), incident de l'instance principale, doit être portée devant le tribunal où la demande principale est pendante (a. 71), et *ce même en présence d'une clause compromissoire* »¹⁸; de même, Me F. Sabourin a récemment écrit que « [l]e tribunal québécois devient compétent même si les parties au recours en garantie sont liées par une clause d'élection de for *ou une clause compromissoire* »¹⁹. Cela dit, des commentateurs particulièrement autorisés – y compris les professeurs Goldstein, Groffier et Talpis – ont exprimé des réserves quant au bien-fondé de l'arrêt *Guns N' Roses* dans le contexte d'un litige présentant un élément d'extranéité²⁰.

B. S'agissant des conventions d'élection de for

Ce n'est que tout récemment que la Cour d'appel, dans l'affaire *GreCon*, a eu l'occasion de se pencher sur la question de l'efficacité d'une convention d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie²¹. La jurisprudence de la Cour supérieure n'était alors pas

avis illogique et inapproprié de demander à la Cour supérieure de se prononcer sur le sujet alors que la requérante en garantie et les intimées en garantie ont déjà décidé de soumettre à un tribunal d'arbitrage l'ensemble des points litigieux résultant de leur relation contractuelle y compris par la force des choses ceux faisant l'objet de l'instance en garantie »; voir aussi *Les Industries Falmec Inc. c. Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite/St-Félicien Cogeneration Limited Partnership, supra*, note 16 au § 226 et suiv.

¹⁸ D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, 3^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 à la p. 121 [italiques ajoutés]. Voir aussi les propos de la Cour d'appel dans *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, REJB 2004-52744 (C.A., demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée) au § 25 : « [n]otre Cour a déjà décidé que cette règle impérative [celle découlant de l'art. 71 du C.p.c.] *force* l'audition de la demande incidente en garantie devant le tribunal où la demande principale est pendante, *même en présence d'une clause compromissoire* : *Guns N' Roses Missouri Storm Inc. c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.* [1994] R.J.Q. 1183 C.A. » [italiques ajoutés].

¹⁹ F. Sabourin, « La procédure internationale », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 973 aux pp. 993-994 [italiques ajoutés].

²⁰ G. Goldstein et E. Groffier, *op. cit.*, note 2 à la p. 363 (§ 149); J.A. Talpis, *If I Am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas ? – Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec - United States Crossborder Litigation*, Montréal, Éditions Thémis, 2001 à la p. 38.

²¹ *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, *supra*, note 18.

cohérente; certains juges estimaient que l'art. 3139 du C.c.Q.²² – le pendant, en matière de compétence internationale, de l'art. 71 du C.p.c. – doit normalement avoir préséance sur une convention d'élection de for par laquelle les parties cherchent à renoncer à leur droit d'agir en justice au Québec²³, alors que d'autres décisions laissaient plutôt entendre que l'efficacité d'une telle convention n'est pas affectée du seul fait qu'elle est invoquée à l'encontre d'un appel en garantie²⁴. Certains – dont le professeur Talpis – avaient critiqué la thèse de la préséance de l'art. 3139 du C.c.Q.²⁵, mais d'autres – dont les professeurs Goldstein et Groffier – l'avaient approuvée²⁶.

Le litige à l'origine de l'arrêt *GreCon* était relativement banal. Une compagnie étrangère avait conclu avec une compagnie québécoise un contrat en vertu duquel celle-ci s'engageait à distribuer certains équipements industriels fabriqués par celle-là. Comme cela arrive très souvent dans ce type d'opération commerciale internationale, l'exportateur – la partie la plus forte au plan économique – avait réussi à convaincre la compagnie québécoise de convenir que tous les litiges découlant du contrat ou s'y rapportant relèveraient de la compétence exclusive des tribunaux du pays où elle exerce la majeure partie de ses activités, en l'occurrence l'Allemagne²⁷. Après avoir été poursuivie par une de ses clientes, la compagnie québécoise, alléguant que l'exportateur était tenu de l'indemniser de toute condamnation pouvant être prononcée contre elle, appela subséquemment celui-ci en garantie.

La Cour d'appel a rejeté l'argument de l'exportateur allemand selon lequel le second alinéa de l'art. 3148 du C.c.Q., qui reconnaît l'efficacité

²² « L'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle »/« Where a Quebec authority has jurisdiction to rule on the principal demand, it also has jurisdiction to rule on an incidental demand or a cross demand ».

²³ Voir, par ex. : *Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, [1999] R.J.Q. 1191 (C.S.), appliquant par analogie l'arrêt *Guns N' Roses; Intergaz Inc. c. Atlas Copco Canada Inc.*, [1997] A.Q. (Quicklaw) No. 3942 (C.S.), en *obiter*.

²⁴ Voir, par ex. : *Camionex Inc. c. Bombardier Inc.*, [1999] J.Q. (Quicklaw) No. 6371 (C.S.).

²⁵ J.A. Talpis, *op. cit.*, note 20 à la p. 38 : « [...] a forum selection clause should override jurisdiction under 3139 C.C.Q. over the parties for the incidental demand ».

²⁶ G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. II (« Règles spécifiques »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 à la p. 542 (§ 377); voir aussi : F. Sabourin, *loc. cit.*, note 19.

²⁷ La clause pertinente se lit comme suit : « [i]t is agreed by and between the seller and buyer that all disputes and matters whatsoever arising under, in connection with, or instant to this contract (whether arising under contract, tort, other legal theories, or specific statutes) shall be litigated, if at all, in and before a court located in Alfeld (Leine), Germany to the exclusion of the courts of any other state or country ».

d'une convention d'élection de for par laquelle les parties cherchent à renoncer à leur droit d'agir en justice au Québec, doit avoir préséance sur l'art. 3139, qui prévoit l'extension à l'appel en garantie de la compétence internationale dont dispose le tribunal à l'égard de la demande principale. Ce faisant, la Cour a d'abord relevé – à très juste titre – que puisque ni l'art. 3139 ni le second alinéa de l'art. 3148 ne traitent expressément de l'efficacité d'une convention d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie, il faut en déduire que « le législateur n'a pas anticipé la difficulté qui se pose en l'espèce, ou il ne l'a pas tranchée »²⁸. Autrement dit, l'Assemblée nationale n'a pas cherché à réglementer spécifiquement la question; il revient donc aux tribunaux de préciser l'effet d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie.

Mais alors qu'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour procède ensuite à une analyse du conflit de principes que soulève la question, en traitant notamment de leurs fondements, des fins qu'ils servent et du poids devant leur être accordé – à la manière, par exemple, de la Cour suprême dans l'affaire relative à la confidentialité d'informations acquises dans le cadre d'interrogatoires préalables²⁹ –, elle s'est contentée d'affirmer, sans autres explications, que « les articles 3148 et 3139 doivent plutôt être conciliés en utilisant l'article 3135[,] qui fournit les outils pour résoudre ce conflit apparent »³⁰. Or, cet art. 3135 du C.c.Q., qui intègre en droit international privé québécois la doctrine du *forum non conveniens*, permet à un tribunal *qui est compétent* au plan international de « décliner cette compétence [s'il] estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige »³¹. La Cour tient donc forcément pour acquis qu'une convention d'élection de for n'entraînera *jamais* l'incompétence internationale d'un tribunal québécois à l'égard d'un appel en garantie, autrement dit que l'art. 3139 du C.c.Q. aura *toujours* préséance sur le second alinéa de l'art. 3148. Ainsi, le défendeur en garantie pourra toujours demander à la Cour de *décliner* une compétence qu'elle possède en invoquant l'art. 3135 et en s'appuyant – entre autres – sur la convention d'élection de for, mais il ne pourra jamais contester *l'existence* de cette compétence sur le seul fondement d'une convention d'élection de for.

Quelle importance le juge devra-t-il accorder à la convention

²⁸ *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, *supra*, note 18 au § 35.

²⁹ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743.

³⁰ *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, *supra*, note 18 au § 36.

³¹ La version anglaise de l'art. 3135 du C.c.Q. se lit comme suit : « [e]ven though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide ».

d'élection de for en décidant s'il doit effectivement se déclarer *forum non conveniens* à l'égard de l'appel en garantie ? Très peu selon la Cour d'appel, dont l'arrêt appelle – à cet égard – trois observations. D'abord, la présence d'une convention d'élection de for n'aura aucune incidence sur l'approche qui doit être adoptée, qui est celle qu'a précisée la Cour suprême dans l'arrêt *Spar*³² et qui est normalement applicable : le pouvoir discrétionnaire que reconnaît au juge l'art. 3135 du C.c.Q. ne doit être exercé que de manière *exceptionnelle*, lorsque les circonstances particulières de l'espèce démontrent qu'il serait *nettement préférable* que le litige soit tranché par les tribunaux d'un autre pays. Ensuite, l'existence d'une convention d'élection de for n'entraîne aucun renversement du fardeau de la preuve : comme c'est normalement le cas, il revient à la partie qui invoque l'art. 3135 du Code – en l'occurrence le défendeur en garantie – d'établir qu'il serait nettement préférable que le litige soit tranché par les tribunaux d'un autre pays. Enfin, toujours selon la Cour d'appel, la convention d'élection de for ne constitue qu'un des éléments dont le juge tiendra compte, élément auquel ne devra être accordée aucune importance particulière.

Dans une certaine mesure, la solution dégagée par la Cour d'appel en ce qui a trait à l'efficacité d'une convention d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie rejoint celle qu'elle a privilégiée dans l'arrêt *Guns N' Roses* s'agissant des conventions d'arbitrage : il est dans les deux cas possible que la Cour se dessaisisse exceptionnellement de l'appel en garantie afin de permettre que la réclamation soit jugée de la manière souhaitée par les parties. Ces solutions divergent néanmoins sur le plan théorique, et il est important de le souligner : alors que l'arrêt *Guns N' Roses* révèle que le principe de l'autonomie de la volonté peut parfois – à lui seul – justifier une mise à l'écart du principe s'opposant à l'éparpillement du contentieux relatif à un même litige, l'arrêt *GreCon* rejette implicitement cette idée, car c'est bien le fait que les tribunaux judiciaires d'un autre État soient nettement mieux à même de trancher le litige faisant l'objet de l'appel en garantie – et non le seul principe de l'autonomie de la volonté – qui peut, selon la Cour d'appel, justifier la mise à l'écart de la règle découlant de l'art. 3139 du C.c.Q. L'arrêt *GreCon* fut commenté favorablement par le professeur Goldstein³³.

³² *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite*, [2002] 4 R.C.S. 205, approuvant sur ce point J. Talpis et S. Kath, « The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens Law* : Cambior, A Case in Point », (2000) 34 R.J.T. 761.

³³ G. Goldstein, « Commentaire sur la décision *GreCon Inc. c. J.R. Normand Inc.* – La clause d'élection de for applicable à une demande incidente n'enlève pas aux autorités québécoises, compétentes à l'égard de la demande principale, la compétence internationale pour entendre cette demande incidente », EYB2004REPI99.

II. Appréciation des solutions dégagées par la Cour d'appel

En règle générale, une convention d'arbitrage ou d'élection de for ne peut donc pas faire échec à un appel en garantie. Les solutions dégagées par la Cour d'appel sont-elles convaincantes ? À la réflexion, il semble que ce ne soit pas le cas. En tentant de le démontrer, il convient de distinguer selon que la réclamation que cherche à faire valoir le demandeur en garantie se rapporte à un litige interne (A) ou plutôt à un litige présentant un élément d'extranéité (B).

A. S'agissant d'un litige interne

En matière interne, le problème se posera pratiquement toujours à l'égard d'une convention d'arbitrage, les conventions d'élection de for étant presque exclusivement utilisées dans le cadre de transactions ou de litiges présentant un élément d'extranéité. Il s'agit donc de vérifier le bien-fondé de l'interprétation donnée par la Cour d'appel à l'art. 71 du C.p.c. dans l'arrêt *Guns N' Roses*. À bien y penser, elle pose problème, d'abord parce qu'elle repose sur une qualification discutable de la règle découlant de l'art. 71 du C.p.c. (1), ensuite parce qu'elle opère une rupture malheureuse avec la tradition civiliste (2).

1. Une qualification discutable de la règle découlant de l'art. 71 du C.p.c.

En déduisant de l'art. 71 du C.p.c. une règle susceptible de rendre inefficace une convention d'arbitrage, la Cour d'appel tient pour acquis que cette disposition ne s'intéresse pas seulement à la compétence territoriale des tribunaux étatiques – les organes judiciaires et quasi judiciaires de l'État qui détiennent et exercent le pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire le pouvoir de trancher de manière finale et obligatoire des litiges –, mais qu'elle s'intéresse aussi à la répartition du pouvoir juridictionnel entre ces tribunaux et les tribunaux arbitraux, des tribunaux privés qui œuvrent en marge de l'appareil juridictionnel étatique³⁴. Or, cette idée s'avère assez discutable.

Une règle exigeant qu'une demande incidente en garantie soit portée devant le tribunal où la demande principale est pendante peut être qualifiée de diverses manières. On peut d'abord y voir une règle de

³⁴ Voir par ex., qualifiant l'arbitrage conventionnel de « juridiction privée » : *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.) à la p. 2785; voir aussi : *Anjar Investments Ltd. c. Colombani*, [1989] A.Q. (Quicklaw) No. 302 (C.A.) : « [l']arbitrage conventionnel n'est, cela procède de sa nature même, pas une instance judiciaire ». Voir également, sur ce point : B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998 à la p. 29 et suiv.

compétence matérielle ou *rationae materiae*, c'est-à-dire une règle répartissant, en fonction de l'objet du litige, le pouvoir juridictionnel *susceptible d'être exercé par l'État concerné* entre les divers tribunaux – judiciaires et quasi judiciaires – que comporte l'appareil judiciaire de cet État : la règle exigerait donc, par exemple, que si la Cour supérieure est saisie de la demande principale, toute demande en garantie s'y rapportant soit aussi portée devant la Cour supérieure. On peut ensuite y voir une règle de compétence territoriale ou *rationae personae*, c'est-à-dire une règle répartissant, en fonction de critères géographiques, le pouvoir juridictionnel *dont dispose un tribunal étatique* entre les diverses unités de ce tribunal, chaque unité étant rattachée à un district donné : la règle exigerait alors qu'une demande incidente en garantie portée devant le même tribunal que celui saisi de la demande principale le soit dans le district où a procédé le demandeur principal.

On peut aussi y voir une règle limitant de surcroît la faculté du demandeur en garantie de renoncer à son droit d'agir en justice devant les tribunaux étatiques du for, soit au profit d'un tribunal arbitral, soit au profit des tribunaux d'un État étranger : l'obligation lui incombant de porter sa demande en garantie devant le tribunal saisi de la demande principale aurait un second effet, lui interdisant de la faire valoir en dehors de l'appareil judiciaire de l'État dont les tribunaux furent saisis par le demandeur principal.

Il est clair que l'art. 71 du C.p.c. s'intéresse d'abord et avant tout à la compétence territoriale des tribunaux québécois et non à leur compétence matérielle. La lecture combinée de l'intitulé du Chapitre III du Titre III du Livre I du C.p.c. – « [d]u lieu d'introduction de l'action » – et des autres dispositions qu'il comporte élimine tout doute que l'on pourrait entretenir à cet égard; c'est donc à très juste titre que la Cour d'appel a conclu, dans un arrêt rendu en 1998, que l'art. 71 du C.p.c. ne permet pas que soit portée devant la Cour supérieure une demande incidente en garantie se rapportant à une réclamation relevant de la compétence exclusive d'un arbitre de griefs³⁵. On ne saurait non plus y voir une règle de compétence internationale, limitant la faculté d'un litigant de renoncer à son droit de faire valoir au Québec une demande incidente en garantie au profit des tribunaux d'un État étranger; depuis 1994, ce type de règles fait l'objet du Titre troisième du Livre dixième du C.c.Q., ce qui exclut du coup – comme l'a d'ailleurs précisé la Cour d'appel dans un arrêt récent³⁶ – toute possibilité que les art. 68 et

³⁵ *Di Genova c. Great-West cie d'assurance-vie*, [1998] A.Q. (Quicklaw) No. 830 (C.A.). La jurisprudence française est au même effet : R. Martin, « Intervention », *JurisClasseur de procédure civile*, fasc. 127-1, Paris, Éditions du JurisClasseur, 1996 au § 121.

³⁶ *De Grandpré Chaurette Lévesque c. Musicalis S.A.*, [2002] J.Q. (Quicklaw) No.

souv. du C.p.c. s'intéressent aussi à la compétence internationale des tribunaux québécois.

Pourquoi ne saurait-on donc conclure que l'art. 71 du C.p.c. a aussi pour effet d'entraîner l'inarbitrabilité d'une demande en garantie dès lors que la demande à laquelle elle se rapporte est valablement soumise à un tribunal québécois qui est compétent, au plan matériel, à l'égard de cette demande en garantie ? Premièrement, parce que les règles découlant d'autres dispositions du Chapitre III du Titre III du Livre I du C.p.c. ne s'intéressent manifestement pas à l'efficacité des conventions d'arbitrage et il faut évidemment privilégier une solution conduisant à qualifier de manière cohérente toutes les dispositions de ce chapitre. Par exemple, il est impensable que l'art. 68 du C.p.c. – qui prévoit que nonobstant toute convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée devant tel ou tel tribunal – ait aussi pour effet d'affecter l'efficacité d'une convention d'arbitrage se rapportant à de telles demandes; l'inefficacité de telles conventions deviendrait la règle, et non plus l'exception, ce qui est intenable compte tenu de l'art. 2639 du C.c.Q. et – surtout – de l'arrêt qu'a récemment rendu la Cour suprême dans l'affaire *Desputeaux*³⁷. De plus, le mécanisme de renvoi prévu au nouvel art. 75.01 du C.p.c. n'envisage que le renvoi de l'affaire devant un autre district judiciaire, sans prévoir la possibilité d'une dérogation exceptionnelle aux art. 68 et suiv. visant à donner effet à une convention d'arbitrage valablement conclue et applicable; il est certes possible de voir là un autre indicateur favorisant la qualification stricte, limitant l'effet de ce Chapitre III à la compétence territoriale des tribunaux québécois.

Le second argument n'en est pas un de cohérence, mais plutôt de principe. Dans son arrêt *Desputeaux*, la Cour suprême a adopté – on le sait – une position des plus favorables à l'arbitrage. Non seulement les réformes pancanadiennes entreprises depuis le milieu des années '80 ont-elles très clairement marqué la fin de l'époque de la méfiance envers la justice privée – l'arbitrage est maintenant largement *permis* –, les législatures canadiennes ont aussi cherché à en *favoriser le développement*³⁸. Ce qui implique notamment qu'il faut désormais –

7427 (C.A.). Voir aussi, s'agissant spécifiquement de l'art. 71 du C.p.c. : *Birdsall Inc. c. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.) aux pp. 1353-1354.

³⁷ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178; sur cet arrêt, voir : F. Bachand, « Arbitrabilité d'un différend touchant au droit d'auteur et conformité d'une sentence à l'ordre public », *Rev. arb.* 2003.473; S. Guillemard, « L'affaire Chouette : l'arbitre et l'interprétation d'un contrat en matière de droit d'auteur selon la Cour suprême du Canada », (2003) 44 C. de D. 99; R. Boivin et N. Mariani, « International Arbitration in Canada – Highest Court Rules in Favour of Broad Interpretation of Arbitrability », (2003) 20 J. Int. Arb. 507.

³⁸ Sur ce point, voir : F. Bachand, *loc. cit.*, note 37 aux pp. 485-487 (§ 8 et 9). La Cour d'appel a déjà commencé à tirer certaines conclusions importantes de cette grande

ajouta la Cour – se garder de conclure qu’une disposition législative fait obstacle au recours à l’arbitrage en l’absence d’indications claires de la législature l’ayant adoptée³⁹. L’absence de toute mention de l’arbitrage à l’art. 71 du C.p.c. doit donc conduire l’interprète, depuis cet arrêt *Desputeaux*, à conclure que cette disposition ne fait d’aucune manière obstacle à l’arbitrage.

L’interprétation donnée par la Cour d’appel à l’art. 71 du C.p.c. dans l’affaire *Guns N’ Roses* n’emporte donc pas la conviction, car elle repose sur une qualification assez discutable de la règle en découlant. Mais en plus de reprocher à la Cour d’appel d’avoir interprété d’une manière peu convaincante cette disposition du Code, on peut aussi déplorer que la reconnaissance d’un pouvoir discrétionnaire permettant au juge de refuser de donner effet à une convention d’arbitrage invoquée à l’encontre d’un appel en garantie opère une rupture malheureuse avec la tradition civiliste.

2. Une rupture malheureuse avec la tradition civiliste

Bien qu’il soit surtout régi par un véritable Code, qui doit être interprété conformément aux principes et règles d’interprétation propres à la tradition civiliste, le droit judiciaire privé québécois a toujours été influencé de manière importante par la tradition de common law⁴⁰; il s’agit d’une matière dont on peut dire qu’elle relève nettement de la tradition civiliste s’agissant de ses sources formelles, mais qui est résolument mixte s’agissant de ses sources d’inspiration.

Cela dit, l’influence de la tradition de common law sur le droit québécois de l’arbitrage conventionnel est pratiquement inexistante. Depuis 1986, la matière est régie par des dispositions législatives qui ont

faveur dont bénéficie désormais l’arbitrage; voir par ex. : *Air France c. MBaye*, [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.), confirmant l’autonomie de l’instance arbitrale durant son déroulement (sur le fait que la Cour est cependant peut-être allée trop loin dans cette affaire, voir : A. Prujiner, « Le refus des juges québécois d’intervenir dans un arbitrage international avant la sentence finale », Rev. arb. 2003.1365); *The Gazette c. Blondin*, [2003] R.J.Q. 2090 (C.A.), confirmant le caractère restreint du pouvoir de contrôle dont dispose le juge à l’égard de la sentence arbitrale; *Acier Leroux Inc. c. Tremblay*, [2004] Q.J. no. 2206 (C.A.), confirmant l’arbitrabilité d’une demande fondée sur l’art. 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44; *Fagan c. Lemay*, [2004] J.Q. (Quicklaw) No. 5741 (C.A.), demande d’autorisation d’appel à la Cour suprême du Canada accordée), confirmant que le délai dans lequel doit être présentée une demande d’annulation d’une sentence arbitrale est de rigueur.

³⁹ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, *supra*, note 37 à la p. 209 (§ 46).

⁴⁰ *Lac d’Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, *supra*, note 29. Voir aussi : J.-M. Brisson, *La formation d’un droit mixte : l’évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

été fortement influencées par la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*. Mais si l'Assemblée nationale n'a pas décidé d'adopter pratiquement mot pour mot la Loi type – comme l'ont fait les autres législatures canadiennes –, c'est notamment parce qu'elle voulait éviter la rupture de tous liens entre cette partie du droit judiciaire et la tradition civiliste⁴¹. Elle a donc pris soin d'en incorporer la substance dans le C.p.c., mais dans le style civiliste, qui n'est pas celui de la Loi type. Elle a aussi choisi d'inclure dans le Code civil certaines dispositions, aux art. 2638 et suiv., s'intéressant plus directement à la convention d'arbitrage. Et tout juriste connaissant bien le droit français de l'arbitrage reconnaîtra certaines règles et notions que l'on ne retrouve pas dans la Loi type⁴². Pour ces raisons, il demeure pertinent, lorsque l'on fait face à des problèmes d'interprétation, de vérifier la compatibilité d'une solution envisagée avec les solutions typiquement adoptées dans les pays civilistes.

Or, si l'idée selon laquelle le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage qui est valablement conclue et applicable au plan contractuel a traditionnellement été reçue favorablement dans les pays de common law⁴³, elle a traditionnellement été rejetée dans les pays civilistes, où l'on a toujours privilégié des solutions favorisant davantage la certitude et la prévisibilité. Ainsi, le fait que le recours à l'arbitrage s'avère par exemple trop coûteux, trop complexe, qu'il soulève trop de questions de droit et qu'il soit susceptible d'entraîner une multiplicité d'instances n'autorise pas le juge civiliste, contrairement au juge de common law, à refuser de donner effet à la convention d'arbitrage s'il le juge opportun à la lumière des circonstances de l'affaire dont il est saisi⁴⁴. Il est par ailleurs bon de savoir que la solution traditionnellement privilégiée dans les pays de

⁴¹ Voir, sur ce point : A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », [1987] Rev. arb. 425 à la p. 436.

⁴² Comparer, par ex., l'art. 2639, al. 1 du C.c.Q. et l'art. 2060, al. 1 du *Code civil* français; voir aussi la référence à la notion d'arbitrage commercial international que l'on trouve à l'art. 940.6 du C.p.c et à l'art. 1492 du *Nouveau Code de procédure civile*. Sur cette question, voir : L. Marquis, « L'influence du modèle juridique français sur le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », [1993] R.I.D.C. 577.

⁴³ Voir, en ce sens : R.H. McLaren et E.E. Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell, 1982 à la p. 32 et suiv.; M.J. Mustill et S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2^e éd., London, Butterworths, 1989 à la p. 475 et suiv.; A. Tweedale et K. Tweedale, *A Practical Approach to Arbitration Law*, London, Blackstone, 1999 à la p. 24 et suiv.

⁴⁴ Voir, par ex : R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 aux pp. 291-292 (§ 234); J. Robert, *L'arbitrage – Droit interne – Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1993 à la p. 102 et suiv. (§ 123 et suiv.). Voir aussi, s'agissant plus particulièrement de l'absence d'incidence sur l'efficacité d'une convention d'arbitrage du fait que le litige implique d'autres personnes que celles à qui

common law est actuellement en recul, l'Angleterre l'ayant récemment abandonnée en niant au juge tout pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage qui est valablement conclue et applicable⁴⁵.

B. S'agissant d'un litige présentant un élément d'extranéité

Dans le contexte d'un appel en garantie portant sur un litige présentant un élément d'extranéité, l'article 3139 du Code l'emporterait – selon la Cour d'appel – sur le second alinéa de l'art. 3148, qui prévoit expressément l'incompétence des tribunaux québécois en présence d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for désignant les tribunaux d'un État étranger, et cette convention ne constituerait qu'un facteur parmi d'autres – un facteur n'ayant aucun poids particulier – devant être pris en considération dans l'analyse d'une objection fondée sur l'art. 3135 du C.c.Q. Cette solution ne s'avère pas non plus très convaincante, d'abord parce qu'elle n'accorde pas suffisamment d'importance au principe général de l'autonomie de la volonté (1), ensuite parce qu'elle méconnaît les obligations internationales incombant au Canada en vertu de la Convention de New York sur l'arbitrage⁴⁶ (2).

1. Une atténuation discutable du principe général de l'autonomie de la volonté

En relevant que l'Assemblée nationale était demeurée silencieuse s'agissant des rapports qu'entretiennent l'art. 3139 et le second alinéa de l'art. 3148 du C.c.Q. tout en concluant que le défendeur en garantie ne peut invoquer une convention d'élection de for que dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 3135, la Cour a implicitement consacré la

incombe l'obligation d'arbitrer : J. Rubellin-Devichi, « De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie dans la jurisprudence récente », [1981] Rev. arb. 29; Cass. com., 8 novembre 1982, *Société Burmeister et Wain Engineering Cy Ltd. c. Société Creusot-Loire*, [1983] Rev. arb. 177 (note J. Rubellin-Devichi); E. Loquin, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », dans *JurisClasseur de procédure civile*, fasc. 1034, Paris, Éditions du JurisClasseur, 2001 au § 31 et suiv.; Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, *Quarto Children's Books Ltd. c. Éditions du Seuil*, [2002] Rev. crit. dr. int. pr. 555 (note F. Jault-Seseke).

⁴⁵ Voir l'art. 9 de l'*Arbitration Act 1996*, 1996, c. 23. L'article 86 de la loi réserve ce pouvoir en matière d'arbitrage interne, mais cet article n'est pas en vigueur et il ne le deviendra probablement jamais, et c'est pour cette raison que l'on tient maintenant pour acquis que ce pouvoir n'existe plus; voir, sur ce point : A. Tweeddale et K. Tweeddale, *op. cit.*, note 43 aux pp. 58-59.

⁴⁶ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. (1985), c. 16 (2^e supp.).

préséance de l'art. 3139 et – du coup – tenu pour acquis que le principe de l'autonomie de la volonté doit *toujours* céder le pas au principe s'opposant à l'éparpillement du contentieux se rapportant à un même litige⁴⁷.

Mais pourquoi devrait-ce être le cas ? On pourrait d'abord tenter de justifier cette solution en soutenant que l'État ou des tiers ont intérêt à éviter l'éparpillement du contentieux, et que cet intérêt est plus important que celui qu'ont les opérateurs du commerce international à voir les conventions d'arbitrage ou d'élection de for qu'il concluent respectées et mises en œuvre. Or, celui de l'État est pratiquement inexistant : après tout, si le demandeur en garantie se voit barrer la route en raison d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for, le juge n'aura à statuer que sur la demande principale, et les ressources de l'État seront moins sollicitées. Tout au plus l'État aurait-il intérêt à éviter un contentieux d'exécution particulièrement épineux dans l'éventualité où la sentence arbitrale ou le jugement étranger était en réelle contradiction avec le jugement disposant de la demande principale. Mais si l'intérêt que l'État peut avoir à éviter de telles complications était réellement important, le droit judiciaire privé permettrait au juge d'accomplir certains actes qu'il ne lui est actuellement pas possible d'accomplir, comme par exemple ordonner *de son propre chef* la jonction d'instances judiciaires distinctes se rapportant à un même litige ou la suspension d'une instance judiciaire pour cause de litispendance; il comporterait par ailleurs, en plus de la règle de compétence territoriale découlant de l'art. 71 du C.p.c, des règles de compétence matérielle visant à assurer qu'une demande incidente en garantie et la demande principale soient *toujours* entendues par le même tribunal, et non pas dans les seuls cas où la demande incidente en garantie relève de la compétence matérielle du tribunal saisi de la demande principale.

Qu'en est-il alors de l'intérêt des tiers ? C'est surtout celui du demandeur principal qui est pertinent et il semble aussi assez ténu, car celui qui a initié l'instance préférera pratiquement toujours que le procès ne soit pas rendu plus complexe – et peut-être plus long et plus coûteux – du fait de l'intervention forcée du défendeur en garantie. Bref, il est bien difficile de voir en quoi l'État ou le demandeur principal pourrait avoir un intérêt si important qu'il justifie l'inefficacité de conventions dont on a dit qu'elles étaient rien de moins qu'*essentiels* au commerce international⁴⁸ – et c'est particulièrement vrai dans un pays aussi favorable à la libéralisation des échanges commerciaux internationaux de biens, de services et de capitaux que le Canada.

⁴⁷ Voir *supra*, p. 522, 524.

⁴⁸ Voir *supra*, p. 516.

Il reste donc l'intérêt du défendeur visé par la réclamation principale, celui qui cherche à appeler un tiers en garantie. Il est certain que dans la majorité des cas, sa tentative d'outrepasser la convention d'arbitrage ou d'élection de for en appelant son cocontractant en garantie ne sera pas seulement motivée par un désir d'exercer une pression sur celui-ci ou de causer de l'obstruction; au contraire, le fait d'être impliqué dans deux instances distinctes lui paraîtra réellement indésirable. Et c'est encore plus vrai lorsque la mise en œuvre de la convention d'arbitrage ou d'élection de for le forcerait à faire valoir à *l'étranger* la réclamation faisant l'objet de l'appel en garantie envisagé; on comprendra facilement, par exemple, qu'un distributeur québécois poursuivi en Cour supérieure par l'un de ses clients veuille éviter la mise en œuvre d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for ne lui permettant de poursuivre l'exportateur qu'en Allemagne⁴⁹.

Cependant, on comprend mal pourquoi cet intérêt qu'a le défendeur devrait avoir préséance sur celui qu'a son cocontractant, qu'il cherche à appeler en garantie, à voir l'entente intervenue entre les parties respectée. Les inconvénients que subit le défendeur en raison de l'éparpillement du contentieux sont des conséquences logiques du choix qu'il fait en concluant une convention d'arbitrage ou d'élection de for. Tout opérateur du commerce international est parfaitement en mesure de comprendre que le recours à l'arbitrage ou l'attribution d'une compétence exclusive aux tribunaux d'un État donné implique nécessairement la possibilité d'un éparpillement du contentieux, et donc une renonciation de sa part au bénéfice de certains mécanismes procéduraux permettant que l'ensemble d'un litige soit résolu dans le cadre d'une même instance judiciaire. Il accepte néanmoins de conclure une telle convention parce qu'il estime que les avantages que les parties en retireront sont plus importants que les inconvénients susceptibles d'en découler. Le distributeur québécois à qui l'on propose une convention d'élection de for désignant de manière exclusive les tribunaux allemands est parfaitement en mesure de comprendre toutes les conséquences de sa décision; il accepte d'y consentir, car il estime que les inconvénients qu'il pourrait éventuellement subir sont moins importants que les avantages qu'il en retirera – par exemple parce que sa décision rendra possible la conclusion de la transaction, ou encore sa conclusion à moindre coût. Conclure, comme l'a fait la Cour d'appel, à la préséance de l'art. 3139 du C.c.Q. sur le second alinéa de l'art. 3148 revient donc à donner carte blanche au défendeur pour renier à *sa guise* une obligation contractuelle qu'il jugerait après coup incommode, inopportune ou trop onéreuse; il s'agit d'une solution à laquelle s'oppose catégoriquement la théorie générale

⁴⁹ Cela dit, certains de ces inconvénients peuvent être éliminés si le tribunal arbitral ou étranger subséquentement saisi de la demande en garantie accepte de suspendre les procédures jusqu'à ce que le tribunal saisi de la demande principale en ait disposé.

des obligations et qui est largement rejetée en droit comparé⁵⁰.

On peut avancer deux autres arguments à l'encontre de la thèse consacrant la préséance de l'art. 3139 du C.c.Q. sur le second alinéa de l'art. 3148. Le premier s'appuie sur l'importante directive interprétative qu'a dégagée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

⁵⁰ Tout au plus le juge disposera-t-il, dans certains États, d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser de donner préséance au principe de l'autonomie de la volonté lorsque la mise en œuvre de la convention d'arbitrage ou d'élection de for s'avère particulièrement injuste – ce qui est évidemment bien différent que de permettre au défendeur d'ignorer à sa guise la convention d'arbitrage ou d'élection de for en appelant son cocontractant en garantie. Un tel pouvoir discrétionnaire est reconnu aux juges dans beaucoup de pays de common law, du moins s'agissant des conventions d'élection de for; voir, par ex. : *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, supra, note 3; *Canadian Bank Note International Ltd. c. Prodigal Lottery Services Inc.*, [2001] O.J. (Quicklaw) No. 2244 (C.sup.J. Ont.), conf. [2002] O.J. (Quicklaw) No. 913 (C.A. Ont.) (convention d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie); *Clayton Systems 2001 Ltd. c. Quizno's Canada Corp.*, [2003] B.C.J. (Quicklaw) No. 2342 (B.C. S.C.) (convention d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie); C. Walsh, « Choice of Forum Clauses in International Contracts », dans *Meredith Memorial Lectures 1998-1999 – La pertinence renouvelée du droit des obligations : retour aux sources*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 211; E. Peel, « Exclusive Jurisdiction Agreements : Purity and Pragmatism in the Conflict of Laws », [1998] L.M.C.L.Q. 182; A. Mirandes, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, pr. B. Audit, Paris, Economica, 2002 aux pp. 223-224 (§ 325-326). Ce n'est pas la solution retenue en droit français ni en droit européen, la convention d'élection de for valablement conclue et applicable pouvant toujours être invoquée avec succès à l'encontre d'un appel en garantie : P. Mayer, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1998 à la p. 199 (§ 305) et à la p. 223 (§ 345); B. Audit, *Droit international privé*, 3^e éd., Paris, Economica, 2000 à la p. 330 (§ 367) et aux pp. 456-457 (§ 529); voir aussi, en ce sens, l'art. 16 de l'*Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale* de la Conférence de La Haye de droit international privé (30 octobre 1999, http://www.hchc.net/upload/wop/jdqm_drafft.pdf). Par ailleurs, on nie de plus en plus au juge – tant dans les pays civilistes que dans les pays de common law – un tel pouvoir discrétionnaire s'agissant des conventions d'arbitrage : en droit français, voir les autorités citées supra, à la note 44; en droit américain, voir notamment *Psiarios c. Standard Marine Ltd.*, 728 F. Supp. 438 (E.D. Tex. 1989), *Marubeni Am. Corp. c. M/V « Ohfu »*, 1996 A.M.C. (S.D.N.Y. 1996) (convention d'arbitrage invoquée à l'encontre d'un appel en garantie) et *Mediterranean Shipping Co. S.A. Geneva c. POL-Atlantic*, 229 F.3d 397 (2d Cir. 2000) (convention d'arbitrage invoquée à l'encontre d'un appel en garantie); en droit anglais, voir supra, note 45; voir aussi, sur ce point, M.E. Schneider, « Multi-Fora Disputes », (1990) 6 Arb. Int. 101 aux pp. 109-110 : « Further complications arise when the dispute between the impleading and the third party is subject to arbitration. In many countries the arbitration clause prevails and it is not possible to join the third party as a party to litigation of the principal dispute. However, there have been some cases where the interest in consolidating court procedures prevailed and a party was joined despite an arbitration clause ».

*Desputeaux*⁵¹ : comme l'Assemblée nationale n'a pas expressément dit que l'art. 3139 peut entraîner l'inefficacité d'une convention d'arbitrage valablement conclue et applicable, cette disposition ne doit pas être interprétée comme pouvant faire obstacle à l'arbitrage. Et si c'est vrai pour les conventions d'arbitrage, ce doit aussi l'être pour les conventions d'élection de for; il serait assez illogique que l'art. 3139 cède le pas au second alinéa de l'art. 3148 en présence d'une convention d'arbitrage, mais que la solution inverse l'emporte en présence d'une convention d'élection de for.

Deuxièmement, si le principe s'opposant à l'éparpillement du contentieux se rapportant à un même litige devait effectivement l'emporter sur le principe de l'autonomie de la volonté, on retrouverait aussi au Titre troisième du Livre dixième du C.c.Q. des dispositions entraînant l'inefficacité d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for en présence d'une pluralité de demandeurs ou de défendeurs. Ainsi, l'Assemblée nationale aurait – par souci de cohérence – empêché le défendeur poursuivi par son cocontractant d'invoquer avec succès la convention d'arbitrage ou d'élection de for les liant lorsqu'il est également poursuivi par un autre demandeur qui n'y est pas partie; de même, elle aurait empêché l'un des codéfendeurs d'invoquer avec succès une convention d'arbitrage à laquelle est partie le demandeur, mais qui ne lie pas les autres défendeurs. L'absence de telles dispositions milite clairement en faveur de la thèse de la préséance du second alinéa de l'art. 3148 sur l'art. 3139.

On pourrait être tenté de répondre à tous ces arguments en soulignant que la thèse de la préséance de l'art. 3139 est malgré tout préférable, car consacrer la préséance du second alinéa de l'art. 3148 du C.c.Q. reviendrait à reconnaître de manière pratiquement absolue l'obligatorieté des conventions d'arbitrage ou d'élection de for en cas d'appel en garantie, ouvrant ainsi toute grande la porte à des abus et à des injustices.

Le fait que de telles conventions puissent à l'occasion s'avérer, *dans leur ensemble*, déraisonnablement onéreuses – et qu'il faille donc parfois ne pas donner préséance au principe de l'autonomie de la volonté en les écartant complètement – est indéniable. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à penser à l'arrêt très critiqué qu'a rendu la Cour suprême des États-Unis dans une affaire *Carnival Cruise*⁵². Un couple résidant dans l'État de Washington avait acheté d'une compagnie floridienne des billets pour

⁵¹ Voir *supra*, p. 527.

⁵² *Carnival Cruise Lines Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991). Sur cet arrêt, voir notamment : W.W. Park, « Illusion and Reality in International Forum Selection », (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 135 à la p. 147 et suiv. L'article 3149 du C.c.Q. protège d'ailleurs les travailleurs et les consommateurs domiciliés ou résidant au Québec en précisant qu'une renonciation de leur part à la compétence des tribunaux québécois ne peut leur

une croisière entre Los Angeles et Mexico. Une clause d'élection de for, imprimée à l'endos des billets et qui n'avait fait l'objet d'aucune négociation, prévoyait que tous les différends se rapportant à la transaction conclue relevaient de la compétence exclusive des tribunaux de Floride. Après qu'un litige soit né, le couple poursuivit la compagnie floridienne dans l'État de Washington, mais la Cour, dans un arrêt partagé, décida de donner effet à la clause, et ce, malgré les inconvénients évidents et particulièrement importants qu'allaient subir les consommateurs – des consommateurs dont le consentement à la clause était d'une qualité douteuse – en étant obligés de procéder à l'autre bout des États-Unis.

Il est également possible que bien qu'une convention d'arbitrage ou d'élection de for ne soit pas – dans son ensemble – déraisonnablement onéreuse, son application *dans le contexte spécifique d'un appel en garantie* le soit. Autrement dit, il est possible que dans certains cas, ce soit le seul fait que la convention ait également vocation à s'appliquer même en cas d'appel en garantie qui s'avère déraisonnablement onéreux; voilà pourquoi certains pourraient juger plus l'opportune la thèse prônant la préséance de l'art. 3139 du C.c.Q.

Mais prôner l'inefficacité de toute convention d'arbitrage ou d'élection de for est une solution beaucoup trop radicale à ce problème, puisque dans la grande majorité des cas, l'application dans le contexte spécifique d'un appel en garantie d'une convention qui est, dans son ensemble, valide ne sera pas déraisonnablement onéreuse pour le demandeur en garantie; en voulant remédier à un problème qui, sans être théorique, se rencontre néanmoins assez rarement en pratique, on neutraliserait sans raison l'efficacité d'un trop grand nombre de conventions.

Deux autres solutions, mieux ciblées, sont envisageables. La première, qui n'est pas la meilleure, consiste à s'inspirer des pays de common law⁵³ et à reconnaître au juge québécois un pouvoir discrétionnaire lui permettant de donner exceptionnellement préséance à l'art. 3139 du C.c.Q. lorsque l'application de la convention d'arbitrage ou d'élection de for lui paraît, dans une affaire donnée, déraisonnablement onéreuse pour le demandeur en garantie. Mais cette option pose problème à plusieurs égards. D'abord, déléguer au juge la responsabilité de décider si la convention devrait être appliquée conduira possiblement à des conclusions trop incertaines et trop imprévisibles, et donc peu compatibles avec les solutions généralement privilégiées dans les pays

être opposée; sur les incertitudes entourant l'application de cette réserve aux conventions d'arbitrage, voir : *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.).

⁵³ Voir *supra*, note 50.

civilistes⁵⁴. Ensuite, la mise en œuvre des principes et règles d'interprétation propres à la tradition civiliste – qui sont également applicables aux règles québécoises de procédure civile⁵⁵ – peuvent difficilement conduire l'interprète à conclure que l'application de l'art. 3139 en présence d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for relève de la discrétion du juge, puisque cette disposition n'en fait aucunement mention; ainsi, l'interprète ferait usage d'un pouvoir créateur dont il ne dispose probablement pas dans un tel contexte.

Mais surtout, un tel emprunt à la tradition de common law s'avère inutile, car le remède au problème des conventions d'arbitrage ou d'élection de for dont l'application en cas d'appel en garantie s'avère déraisonnablement onéreuse existe déjà. En effet, le droit commun et le droit spécial des obligations contiennent des règles relatives à la moralité contractuelle, lesquelles visent justement à préciser dans quelles circonstances il convient d'écarter le principe de l'autonomie de la volonté afin d'éviter qu'une personne soit liée par une obligation contractuelle déraisonnablement onéreuse⁵⁶. Conclure à la préséance du second alinéa de l'art. 3148 sur l'art. 3139 du C.c.Q. ne conduit donc pas – contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier coup d'œil – à consacrer de manière pratiquement absolue l'obligatorité des conventions d'arbitrage ou d'élection de for en cas d'appel en garantie. Le demandeur en garantie pourra *toujours* s'appuyer sur ces règles relatives à la moralité contractuelle afin d'établir l'inexistence, l'inapplicabilité ou l'inefficacité de l'obligation de ne pas recourir aux tribunaux québécois qu'invoque le tiers visé par la demande incidente en garantie⁵⁷; ainsi, dans l'affaire *GreCon*, l'analyse aurait plutôt dû porter

⁵⁴ Voir *supra*, p. 528 et suiv., au sujet de la réticence des pays civilistes à reconnaître au juge le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner effet à une convention d'arbitrage valablement conclue et applicable.

⁵⁵ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, *supra*, note 29.

⁵⁶ Voir notamment : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 à la p. 231 et suiv. (§ 251 et suiv.) et à la p. 364 et suiv. (§ 445 et suiv.); J.-L. Baudouin, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 44.

⁵⁷ Le demandeur en garantie pourra *toujours* s'appuyer sur ces règles car la licéité d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for ne saurait jamais être appréciée en fonction de règles étrangères. En effet, la licéité d'une telle convention est intimement liée à la faculté accordée aux justiciables de renoncer à leur droit d'agir en justice en Québec; il serait pour le moins curieux que les conditions d'existence de ce droit soient régies par des règles étrangères, et qu'il faille – par exemple – interroger uniquement le droit *allemand* afin de déterminer si une personne bénéficie du droit d'agir en justice *au Québec*... Il semble donc préférable de concevoir la question de la licéité d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for comme relevant du statut de la procédure et non du statut des obligations, la procédure étant – en vertu de l'art. 3132 du C.c.Q. – régie

sur la question de savoir si le distributeur québécois était partie à un contrat d'adhésion et si la clause d'élection de for qu'il contenait était abusive au sens de l'art. 1437 du C.c.Q. en ce qu'elle avait aussi vocation à s'appliquer en cas d'appel en garantie. Cette approche est nettement préférable à celle – inspirée de la tradition de common law – prônant l'application discrétionnaire de l'art. 3139 en présence d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for, car elle permet de traiter de manière cohérente, d'une part, l'obligatorité des conventions d'arbitrage et d'élection de for et, d'autre part, l'obligatorité de tout autre contrat; dès lors que la validité de principe de ces conventions est reconnue, pourquoi leur obligatorité devrait-elle être assujettie à des règles différentes de celles applicables à l'obligatorité de tout autre contrat ?

2. Une méconnaissance des obligations internationales incombant au Canada en vertu de la Convention de New York sur l'arbitrage

Le dernier argument que l'on peut invoquer à l'encontre de la thèse

par la loi du tribunal saisi (voir, dans cet esprit : G. Goldstein et E. Groffier, *op. cit.*, note 26 à la p. 547 (§ 377)). Mais ne pourrait-on pas soutenir que cette solution est incompatible avec l'art. 3121 du C.c.Q., qui assujettit la convention d'arbitrage – dans son ensemble – à d'autres règles que celles du tribunal saisi ? Il est vrai qu'à la seule lecture de cet article, on a l'impression que le Législateur a voulu permettre à la licéité de la convention d'arbitrage d'être entièrement régie par des règles étrangères, ce qui impliquerait – par exemple – que l'art. 1437 du C.c.Q. ne pourrait être invoqué lorsque le contrat principal est régi par le droit allemand. Mais en lisant les art. 946.5 et 949 du C.p.c., on se rend bien compte que son intention est loin d'être aussi claire, puisque ces dispositions exigent du juge saisi d'une demande d'homologation ou d'annulation d'une sentence arbitrale qu'il apprécie l'arbitrabilité du litige en fonction du droit québécois; on peut en déduire que la licéité de la convention d'arbitrage doit être appréciée en fonction des règles du for. Ainsi, il semble préférable d'interpréter l'art. 3121 du C.c.Q. de manière à préserver l'applicabilité des règles québécoises – y compris celle découlant de l'art. 1437 du C.c.Q. – en déterminant si une personne, en concluant une convention d'arbitrage, a renoncé à son droit d'agir en justice au Québec de manière licite. Au soutien de cette idée selon laquelle il est préférable que la licéité des conventions d'arbitrage ou d'élection soit appréciée en fonction des règles du for, voir, par analogie – et s'agissant de l'appréciation par le juge français de la licéité de la clause d'élection de for non pas en fonction du droit applicable au contrat, mais bien en fonction du droit français : A. Huet, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux – Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français – Clauses attributives de juridiction », dans *JurisClasseur du Code civil*, fasc. 51, Paris, Éditions du JurisClasseur, 1995 au § 7 et suiv. et au § 40 et suiv.; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001 à la p. 674 (§ 11) (commentant Cass. civ., 17 décembre 1985, *Cie de signaux et d'entreprises électriques c. Soc. Sorelec*); P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 2001 aux pp. 198-199 (§ 301).

de la préséance de l'art. 3139 du C.c.Q. sur le second alinéa de l'art. 3148 est possiblement celui qui est le plus convaincant : elle est susceptible de placer le Canada en violation des obligations internationales lui incombant en vertu de la Convention de New York⁵⁸.

L'interprète appelé à préciser le sens d'une règle découlant d'une disposition législative doit tenir compte des obligations incombant au Canada en vertu des conventions internationales auxquelles il est partie, du moins lorsqu'il s'agit d'obligations auxquelles le Législateur a manifesté l'intention de se conformer⁵⁹. Et puisque les juges canadiens accordent, à très juste titre, de plus en plus d'importance à la promotion de la primauté du droit dans les relations interétatiques, ils ont tendance à donner à ces obligations internationales un poids pratiquement déterminant dans l'interprétation des lois. Comme l'a affirmé la Cour suprême à plusieurs reprises dans sa jurisprudence récente, le juge *doit* interpréter la loi de manière conforme aux obligations incombant au Canada en vertu des conventions internationales auxquelles il est partie⁶⁰.

⁵⁸ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, supra, note 46 [ci-après la « Convention de New York »]. Sur cette convention, qui est en vigueur dans plus de cent vingt pays – pratiquement tous les pays impliqués dans le commerce international –, voir surtout : A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, Deventer, 1981, ainsi que les commentaires analytiques publiés périodiquement par l'auteur dans le *Yearbook Commercial Arbitration* préparé par l'International Council for Commercial Arbitration.

⁵⁹ La question de savoir si l'interprète doit aussi tenir compte des obligations conventionnelles incombant au Canada qui n'ont pas été mises en œuvre dans l'ordre juridique interne est incertaine depuis l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; sur cette question, qui a fait coulé beaucoup d'encre au cours des dernières années, voir notamment : G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, The Hague, Kluwer Law, 2002; S. Beaulac, « The Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms », (2002) 15(1) R.Q.D.I. 221. R. Provost, « Le juge mondialisé : légitimité judiciaire et droit international au Canada », dans M.-C. Belleau et F. Lacasse, *Claire L'Heureux-Dibé à la Cour suprême du Canada – 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 569.

⁶⁰ Voir, par ex. : *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 à la p. 1371 : « lorsque le texte de la loi nationale s'y prête, on devrait en outre s'efforcer d'adopter une interprétation qui soit compatible avec les obligations internationales en question »; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 aux pp. 1019-1020 (§ 51) : « la Cour doit adopter une interprétation compatible avec les obligations du Canada en vertu de la Convention »; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76 au § 31: « [l]es lois doivent être interprétées d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada ».

L'une de ces obligations internationales découle de l'art. II(3) de la Convention de New York, qui a vocation à régir l'obligatorité des conventions d'arbitrage relatives à des différends internationaux et qui se lit comme suit : « [l]e tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». Suite à l'adhésion du Canada à cette Convention en 1985, toutes les législatures canadiennes ont adopté des dispositions législatives destinées à assurer la conformité du droit interne aux règles interétatiques en émanant; l'obligation incombant à l'interprète de tenir compte de ces règles en précisant le sens de dispositions adoptées par l'Assemblée nationale est donc incontestable⁶¹.

Cela dit, le texte de cet art. II(3) ne précise pas s'il incombe *toujours* au juge de renvoyer les parties à l'arbitrage dès lors que la convention d'arbitrage invoquée par la partie qui demande le renvoi s'avère valide et applicable sur le plan contractuel. En d'autres mots, l'art. II(3) n'interdit pas expressément au juge de refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage lorsque le faire s'avérerait – dans un cas donné – particulièrement inopportun, par exemple parce que le renvoi aurait pour effet d'entraîner l'éparpillement du contentieux se rapportant à un même litige. Il n'est donc pas certain, au premier coup d'œil, que la thèse de la préséance de l'art. 3139 sur le second alinéa de l'art. 3148 du C.c.Q. soit incompatible avec l'art. II(3) de la Convention de New York.

Cependant, lorsque l'on approfondit l'analyse, on se rend compte que c'est bel et bien le cas. D'entrée de jeu, il faut savoir que l'interprète appelé à préciser le sens de l'art. II(3) de la Convention de New York doit tenir compte des directives interprétatives énoncées aux art. 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁶². Même si cette

⁶¹ Voir, sur ce point : F. Bachand, *op. cit.*, note 9 à la p. 29 et suiv. (§ 32 et suiv.). Au Québec, l'art. II(3) de la Convention de New York est mis en œuvre à l'art. 940.1 du C.p.c.

⁶² [1980] R.T. Can. n° 37 [ci-après la « Convention de Vienne »]. Ces dispositions se lisent comme suit : « Art. 31 [Règle générale d'interprétation] 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus: a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte: a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité

convention n'a jamais été mise en œuvre à proprement parler par les législatures canadiennes, la Cour suprême a reconnu à plusieurs reprises l'applicabilité dans les ordres juridiques canadiens des directives interprétatives qui en émanent⁶³. Ces directives, qui ne sont pas radicalement différentes de celles auxquelles les juges canadiens ont recours en interprétant des dispositions législatives proprement internes⁶⁴, imposent à l'interprète de tenir compte de divers faits normatifs en précisant le sens des obligations qui découlent des dispositions d'une convention internationale; trois d'entre eux s'avèrent particulièrement pertinents en l'espèce⁶⁵.

Les deux premiers sont l'objet et le but de la Convention de New York, dont l'interprète doit tenir compte en vertu de l'art. 31(1) de la Convention de Vienne. En délimitant la gamme des sens pouvant raisonnablement s'appuyer sur les mots employés dans la convention internationale sous étude, l'interprète doit les replacer dans le contexte social, historique et politique dans lequel elle fut adoptée, en tenant compte de « ce que les parties ont voulu atteindre dans les limites des normes qu'elles ont formulées »⁶⁶. Bien que la Convention de New York ne contienne aucun préambule – lequel, bien souvent, fournit de précieuses indications sur l'objet et le but d'une convention internationale –, l'identification de son objet et son but ne soulève pas de difficulté particulière. Son but est d'accroître l'efficacité de l'arbitrage commercial international – en harmonisant, à l'échelle internationale, certaines de ses règles – et son objet est double : d'un part, faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales se rapportant à de

par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties. Art. 32 [Moyens complémentaires d'interprétation] Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31: a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

⁶³ Voir par ex. : *R. c. Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 950; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *supra*, note 60. Pour des développements plus détaillés sur ce point, voir : F. Bachand, *op. cit.*, note 9 à la p. 44 et suiv. (§ 55 et suiv.).

⁶⁴ « Généralement parlant, les traités internationaux sont interprétés d'une manière semblable aux lois » (*Thomson c. Thomson*, précité, note 63 à la p. 577).

⁶⁵ La question de l'efficacité d'une convention d'arbitrage dans le contexte d'un appel en garantie n'est pas directement abordée dans les travaux préparatoires.

⁶⁶ M.K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », (1976) 151 R.C.A.D.I. 1 à la p. 57.

tels différends; d'autre part, assurer le respect de la volonté exprimée par les parties à un différend commercial international de recourir à l'arbitrage⁶⁷. Autrement dit, la Convention vise notamment à satisfaire ce besoin de certitude et de prévisibilité si fortement ressenti par les opérateurs du commerce international s'agissant du mode de règlement des différends les opposant en consacrant l'obligatorité des conventions d'arbitrage qu'ils concluent entre eux⁶⁸. La prise en compte du but et de l'objet de la Convention de New York incite donc à conclure qu'en cas de doute, l'interprète devrait privilégier la solution qui tend à assurer l'obligatorité des conventions d'arbitrage, et donc à conclure qu'une règle établissant l'inefficacité de telles conventions lorsqu'elles sont invoquées à l'encontre d'un appel en garantie est incompatible avec l'art. II(3) de la Convention.

En plus de devoir tenir compte du but et de l'objet de la Convention de New York, l'interprète doit également tenir compte des décisions jurisprudentielles émanant des autres États qui y sont parties. En effet, celles-ci constituent des indicateurs particulièrement importants de pratiques ultérieures au sens de l'art. 31(3)b) de la Convention de Vienne, comme le reconnaît sans ambages la doctrine⁶⁹. La prise en compte de la

⁶⁷ A.J. van den Berg, *op. cit.*, note 58 à la p. 4 : « As far as the object and purpose of the New York Convention are concerned, they are to facilitate the enforcement of arbitration agreements within its purview and of foreign arbitral awards. This object and purpose must, in the first place, be seen in light of enhancing the effectiveness of the legal regime governing international commercial arbitration ». Voir aussi : T.E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004 à la p. 341 et suiv.

⁶⁸ Sur ce besoin de certitude et de prévisibilité que ressentent les opérateurs du commerce international s'agissant du mode de règlement des différends les opposant, voir *supra*, note 3. Voir aussi les propos particulièrement éclairants de M.S. Rosenthal, tenus à l'époque de la conclusion de la Convention de New York : « A Businessman Looks at Arbitration », dans M. Domke, dir., *International Trade Arbitration – A Road to Worldwide Cooperation*, New York, American Arbitration Association, 1958, p. 27 à la p. 29 : « What does the businessman need to make arbitration effective and to give him adequate security when he enters into a contract in which he obligates himself to arbitrate a dispute with his seller or buyer, as the case may be ? First, he needs to be secure that the other party to the contract, who has voluntarily agreed to arbitration by way of an arbitration clause in a contract, cannot afterwards refuse to arbitrate, ignore an arbitration proceeding if it is called, take a dispute to court or disregard the entire situation. Unless, through law, through treaty or through international convention, courts are obligated to recognize the validity of an arbitration clause in an international trade contract, unscrupulous businessmen with weak cases will breach faith in their agreement to arbitrate as they breached other conditions of the contract ».

⁶⁹ Voir notamment : R. Gardiner, « Treaty Interpretation in English Courts – *Antwerp United Diamond v. Air Europe* », [1994] L.M.C.L.Q. 184 à la p. 186; R. Gardiner, « Treaty Interpretation in the English Courts since *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980) », (1995) 44 I.C.L.Q. 620 à la p. 627; M. Roth et R. Happ,

jurisprudence étrangère est d'autant plus justifiée que la Convention de New York constitue un traité-loi, c'est-à-dire une convention internationale qui – comme on vient de le souligner – vise entre autres à harmoniser certaines des règles relatives à l'arbitrage commercial qui sont en vigueur dans les ordres juridiques internes. Il est donc parfaitement logique, voire nécessaire, de tenir compte des décisions rendues dans les autres États ayant adhéré à la Convention de New York et qui ont trait à la portée de l'obligation qui incombe au juge, en vertu de l'art. II(3), de donner effet à une convention d'arbitrage se rapportant à un différend du commerce international⁷⁰. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs déjà eu recours à des décisions jurisprudentielles étrangères en interprétant un traité-loi⁷¹.

Or, la question de savoir si le juge peut, sans contrevenir à l'art. II(3) de la Convention de New York, refuser de donner effet à une convention d'arbitrage lorsque le recours à l'arbitrage s'avérerait, dans une affaire donnée, particulièrement incommode ou inopportun est réglée depuis longtemps : la jurisprudence émanant des autres États parties à la Convention de New York y a très majoritairement répondu par la négative, avec l'approbation des commentateurs les plus autorisés⁷². La

« Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law », [1997] R.D.U. 700 à la p. 709.

⁷⁰ On peut tracer un parallèle avec l'obligation incombant au juge étatique de tenir compte, en interprétant la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1489, vol. 25567, p.3, qui est acquise depuis longtemps : F. Ferrari, « Applying the CISG in a Truly Uniform Manner : *Tribunale di Vigevano* (Italy), 12 July 2000 », [2001] R.D.U. 203 à la p. 206; R.C.J. Munday, « The Uniform Interpretation of International Conventions », (1978) 27 I.C.L.Q. 450 aux pp. 450-451; J. Honnold, « The United States Uniform Commercial Code : Interpretation by the Courts of the State of the Union », dans UNIDROIT, *Le droit uniforme international dans la pratique – Actes du 3^{ème} Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé*, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 181 à la p. 182; F. Enderlein, « Uniform Law and its Application by Judges and Arbitrators », dans UNIDROIT, *id.*, p. 329 à la p. 348 et suiv.; Lord Justice Mance, « Foreign and Comparative Law in the Courts », (2001) 36 Tex. Int. L.J. 415 aux pp. 421-422; Cl. Witz, « CIVM : Interprétation et questions non couvertes », [2001] R.D.A.I. 253 à la p. 257 et suiv.

⁷¹ *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689. L'affaire mettait en cause l'interprétation de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6. Voir aussi l'important arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Air France c. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), reconnaissant, à la p. 404, l'obligation incombant aux juges américains d'accorder un *poids considérable* aux interprétations jurisprudentielles émanant des autres États parties à des conventions internationales auxquelles les États-Unis ont adhéré.

⁷² Sur ce courant jurisprudentiel, voir : A.J. van den Berg, *op. cit.*, note 58 aux pp. 135-137 et 161-168; A.J. van den Berg, « New York Convention of 1958 Consolidated Commentary – Cases Reported in Volumes XX (1995) – XXI (1996) », (1996) XXI

jurisprudence émanant des provinces canadiennes de common law et interprétant l'art. 8 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* – qui reprend l'art. II(3) de la Convention de New York – est, elle aussi, très majoritairement au même effet; elle reconnaît clairement au juge l'obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage dès lors que la convention d'arbitrage invoquée est valide et applicable⁷³.

Ainsi, le refus par un juge québécois de donner effet, dans le contexte d'un appel en garantie, à une convention d'arbitrage qui se rapporte à un différend du commerce international et qui est valide et applicable au plan contractuel place le Canada en violation des obligations internationales lui incombant en vertu de la Convention de New York. L'article 3139 du C.c.Q. ne doit donc pas être interprété comme entraînant l'inefficacité d'une telle convention. Et si l'art. 3139 du C.c.Q. ne saurait avoir préséance sur une telle convention, il faut – par souci de

Yearbook Com. Arb. 394 aux pp. 440-441 et 457. Voir aussi les propos particulièrement pertinents de T.E. Carbonneau, *op. cit.*, note 67 à la p. 342 : « Under Article II(3), a motion to compel arbitration can be defeated only by establishing that the arbitration agreement was null and void, inoperative or incapable of being performed. *Decisional interpretations of the Convention demonstrate that these grounds were meant to function as ordinary contract defenses to the enforcement of an agreement.* Arbitration agreements, therefore, are valid contractual arrangements and do not, *per se*, violate principles of public policy. They symbolize party use of contractual rights – rights the assertion of which can be defeated only by a deficiency in contractual intent, capacity or language. *Accordingly, courts in the Contracting States are under a legal obligation to enforce arbitration agreements if they meet the ordinary requirements of contractual validity* » [italiques ajoutés].

⁷³ Voir, tout particulièrement : *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*, *supra*, note 3. Voir aussi : *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 114 (B.C. C.A.); *Continental Systems Corp. c. Telecheck International Inc.*, [1995] B.C.J. (Quicklaw) No. 2440 (B.C. S.C.); *Turnbridge (c.o.b. Turnbridge & Turnbridge) c. Cansel Survey Equipment (Canada) Ltd.*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) No. 333 (B.C. S.C.); *Kvaerner Enviropower Inc. c. Tanar Industries Ltd.*, (1994) 24 Alta. L.R. (3d) 365 (Alta.C.A.); *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.*, *supra*, note 3; *Cangene Corp. c. Otapharma AG*, (2000) 147 Man. R. (2d) 228 (Man. Q.B.); *Boart Sweden Ab c. Nya Strommes Ab*, (1988) 41 B.L.R. 295 (C. sup. Ont. (H.C.J.)); *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co. Ltd.* (1992), 9 O.R. (3d) 374 (C. Ont. (Div. gén.)); *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.*, (1994) 18 O.R. (3d) 257 (C.A. Ont.); *TIT2 Ltd. Partnership c. Canada*, (1994) 23 O.R. (3d) 66 (C. Ont. (Div. gén.)); *B.C. Navigation c. Canpotex Shipping Services Ltd.*, (1987) 16 F.T.R. 79 (C.F. 1^{ère} inst.); *Miramichi Pulp & Paper Inc. c. Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd.*, (1992) 58 F.T.R. 81 (C.F. 1^{ère} inst.); *Continental Resources Inc. c. East Asiatic Co. (Canada)*, [1994] A.C.F. (Quicklaw) No. 440 (C.F. 1^{ère} inst.); *Nanisivik Mines Ltd. c. F.C.R.S. Shipping Ltd.*, *supra*, note 3; *Arbella S.A. c. « Aghia Markella »*, (1995) 94 F.T.R. 229 (C.F. 1^{ère} inst.); *Fibreco Pulp Inc. c. Star Shipping A/S*, (2000) 257 N.R. 291 (C.A. Féd.).

cohérence – conclure que cette disposition ne saurait pas non plus avoir préséance sur une convention d'élection de for, car il serait illogique et injustifiable au niveau des principes que l'on traite différemment les conventions d'arbitrage et les conventions d'élection de for dans le contexte d'un appel en garantie⁷⁴.

Conclusion

La jurisprudence actuelle de la Cour d'appel du Québec relative à l'efficacité d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie n'est pas convaincante. En donnant préséance au principe visant à éviter l'éparpillement du contentieux se rapportant à un même litige – et en consacrant, en règle générale, l'inefficacité de telles conventions –, la Cour a adopté des solutions que n'imposent ni le *Code civil* ni le *Code de procédure civile* et qui sont très discutables : elles ne donnent pas suffisamment d'importance au principe de l'autonomie de la volonté; elles ne sont pas suffisamment respectueuses de la tradition civiliste; elles s'accordent mal avec l'engagement particulièrement important du Canada envers la libéralisation des échanges internationaux de biens, de capitaux et de services; elles sont incompatibles avec l'importante directive interprétative qu'a dégagée la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Desputeaux*; enfin, elles sont susceptibles de mener à des décisions plaçant le Canada en violation de ses obligations internationales, comme l'arrêt *Guns N' Roses*.

En somme, ni l'art. 71 du C.p.c. ni l'art. 3139 ne sauraient affecter l'efficacité d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for invoquée à l'encontre d'un appel en garantie.

⁷⁴ Sur le fait qu'il convienne, en principe, de traiter de manière similaire les conventions d'arbitrage et les conventions d'élection de for, voir, de manière générale : G. Saumier, « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure », (1998) 58 R. du B. 145.