

ChristinePROVENCHER*

EYB2014REP1555 (approx. 10 page(s))

EYB2014REP1555

Repères, Août 2014

ChristinePROVENCHER*

Chronique – Les arbitres et les ordonnances de nature injonctive : l'évolution de leurs pouvoirs depuis 1986

Indexation

PROCÉDURE CIVILE ; ARBITRAGE ; ARBITRE ; POUVOIRS ; PROCÉDURES SPÉCIALES ; INJONCTION PROVISOIRE ;
ORDONNANCE DE SAUVEGARDE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– L'ADOPTION DES ARTICLES 940 À 951.2 C.P.C.](#)

[II– L'ÉVOLUTION DES POUVOIRS DES ARBITRES À TRAVERS LA JURISPRUDENCE](#)

[A. Les premières décisions quant aux pouvoirs de rendre des ordonnances de nature injonctive des arbitres](#)

[B. L'ouverture nouvelle des tribunaux à de plus larges pouvoirs](#)

[1. L'affaire Service Bérubé](#)

[2. L'affaire Canadian Royalties](#)

[3. La décision 9101-0983 Québec inc. c. 9051-4076 Québec inc.](#)

[III– LES AJOUTS DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE](#)

[A. L'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile \(l'« Avant-projet »\)](#)

[B. Le Projet de loi 28 \(Loi instituant le nouveau Code de procédure civile\) \(« Projet de loi 28 »\)](#)

[C. Les effets possibles de la réforme en matière d'arbitrage](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteure effectue une analyse de l'évolution des pouvoirs reconnus des arbitres consensuels de rendre des ordonnances de nature injonctive depuis l'adoption des articles [940 à 952.1 C.p.c.](#) jusqu'aux récentes tendances jurisprudentielles ayant mené à d'importants changements touchant l'arbitrage consensuel dans le Projet de loi 28 portant sur la réforme du Code de procédure civile. Elle pose un regard critique sur les tendances restrictives de certains tribunaux judiciaires dans l'interprétation des pouvoirs des arbitres consensuels et se prononce pour la reconnaissance du pouvoir des arbitres de rendre des ordonnances d'injonction.

INTRODUCTION

Codifiés aux articles [940 à 952.1](#) de l'actuel Code de procédure civile, lesquels sont applicables en principe en cas de silence de la convention d'arbitrage conclue entre les parties¹, les pouvoirs des arbitres conventionnels d'ordonner des mesures de nature

injonctive ont été au coeur de débats qui ont fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années.

Il est important de comprendre que par « mesures de nature injonctive », deux types d'ordonnances peuvent être visés et ont été interprétés par la jurisprudence, à savoir d'abord les ordonnances de nature provisoire, lesquelles incluent les ordonnances de sauvegarde, les saisies avant jugement, les ordonnances provisoires/interlocutoires, etc. ou encore, les ordonnances permanentes incluant évidemment l'injonction au sens de l'article [751 C.p.c.](#), mais aussi l'exécution forcée, la passation de titre, etc.

Ainsi, deux problématiques distinctes se posent depuis l'adoption des articles [940 à 952.1 C.p.c.](#), à savoir :

- 1) Un arbitre peut-il prononcer des injonctions ou rendre des ordonnances de nature injonctive, telle l'exécution forcée d'un contrat, de passation d'un titre ou encore de rachat forcé des actions d'un actionnaire minoritaire dans le cadre d'un recours en oppression ?
- 2) Un arbitre peut-il rendre des mesures provisoires, que celles-ci soient de nature injonctive ou non ?

Comme on le verra, ces interrogations ont fait l'objet de multiples débats ayant contribué à faire évoluer l'état du droit au cours des dernières années, notamment avec les récents arrêts *Nearctic Nickel Mines Inc. v. Canadian Royalties Inc.*² et *Service Bérubé Itée c. General Motors du Canada Itée*³, ainsi qu'avec l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*⁴. Toutefois, pour comprendre ce cheminement et la direction vers laquelle le législateur semble se diriger, un bref survol de l'histoire de l'adoption des dispositions législatives pertinentes s'impose.

I- L'ADOPTION DES ARTICLES 940 À 951.2 C.P.C.

L'arbitrage consensuel au Québec et au Canada n'est pas nouveau. Par suite de l'adoption, par les pays membres des Nations Unies, de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁵ (la « Loi type ») en 1985, le Québec fait figure de pionnier en devenant l'une des premières provinces canadiennes à reconnaître et à codifier, dès 1986, l'arbitrage consensuel en tant que mode de règlement des litiges à part entière.

Or, alors que l'intention du législateur à l'époque est d'intégrer les dispositions de la Loi type au droit interne en s'inspirant fidèlement du régime d'arbitrage consensuel international pour élaborer un modèle québécois⁶, une différence substantielle entre les deux régimes est introduite : contrairement à la Loi type, qui reconnaît expressément le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des mesures provisoires (sauf convention contraire entre les parties), l'article [940.4 C.p.c.](#) ne prévoit aucune telle mesure et ne traite que des pouvoirs du juge ou du tribunal :

Article 17 de la Loi type	Article 940.4 C.p.c.
<p><i>Article 17. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires</i></p> <p>1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires.</p> <p>2) Une mesure provisoire est toute mesure temporaire, qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché ;</p> <p style="padding-left: 20px;">b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même ;</p> <p style="padding-left: 20px;">c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ; ou</p> <p style="padding-left: 20px;">d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.</p>	<p>940.4 Avant ou pendant la procédure arbitrale, un juge ou le tribunal peut accorder, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles.</p>

Bien que le législateur québécois n'ait pas reproduit l'article 17 de la Loi type au C.p.c., la lecture des débats parlementaires entourant l'adoption des articles [940 à 952.1 C.p.c.](#) suggère que l'article [940.4 C.p.c.](#) avait pour seul but de simplifier l'obtention de mesures provisoires avant la nomination de l'arbitre⁷. Malgré l'interprétation qui en sera faite ultérieurement, comme on le verra, rien dans les débats ne permet de conclure que le législateur ait voulu réserver aux tribunaux judiciaires le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou de prononcer des ordonnances injonctives⁸.

De plus, il est à noter que les lois d'arbitrage d'autres juridictions canadiennes, également fondées sur la Loi type, comme c'est le cas en Ontario⁹ et en Nouvelle-Écosse¹⁰, permettent expressément à l'arbitre consensuel de prononcer des injonctions ou tout remède en *equity*.

En fait, la tendance internationale est depuis longtemps de reconnaître aux arbitres le pouvoir de prononcer des injonctions et tout type de mesures provisionnelles afin de mieux répondre aux besoins actuels en matière de résolution de conflits commerciaux¹¹.

Partant, l'on aurait pu croire que les tribunaux québécois, s'appuyant sur la Loi type, les débats parlementaires et les dispositions similaires adoptées dans les autres juridictions canadiennes, auraient été enclins à reconnaître aux arbitres plus de pouvoir relativement au type de mesures pouvant être accordées. Or, tel qu'il appert du bref survol jurisprudentiel qui suit, les tribunaux québécois se sont plutôt généralement saisis de l'article [940.4 C.p.c.](#) pour réserver aux tribunaux judiciaires le pouvoir de rendre des ordonnances de nature injonctive, allant même jusqu'à refuser à l'arbitre le droit d'ordonner l'exécution en nature des obligations des parties.

II- L'ÉVOLUTION DES POUVOIRS DES ARBITRES À TRAVERS LA JURISPRUDENCE

A. Les premières décisions quant aux pouvoirs de rendre des ordonnances de nature injonctive des arbitres

La jurisprudence en matière d'arbitrage consensuel, et plus particulièrement en ce qui a trait aux pouvoirs des arbitres de rendre des ordonnances de nature injonctive, a grandement évolué à travers les années.

Avant même l'adoption des articles [940 à 952.1 C.p.c.](#) en 1986, la Cour suprême du Canada établit, dans l'affaire *Zodiac c. Polish People's Republic*¹², que face à une clause compromissoire parfaite, un tribunal se voit privé de sa compétence et ne peut s'enquérir du fond de la contestation. C'est à la suite de cette décision que les tribunaux commencent à accorder davantage d'importance aux clauses compromissoires et concluent, dans plusieurs décisions subséquentes, que la volonté des parties de se soumettre à un arbitrage privé doit être respectée et que les tribunaux devaient favoriser ce mode de règlement des litiges qui s'opère en parallèle du système judiciaire¹³.

C'est dans ce contexte d'ouverture nouvelle vis-à-vis l'arbitrage conventionnel que la Cour suprême du Canada consacre, dans l'affaire *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*¹⁴, l'autonomie de l'arbitrage comme mode de règlement privé et souligne qu'il faut éviter d'interpréter trop restrictivement les pouvoirs des arbitres.

Malgré la reconnaissance de ces principes d'ouverture et d'autonomie de l'arbitrage, la Cour suprême du Canada, aux prises avec une requête en injonction dans le cadre d'un conflit de travail, énonce en 2004 dans l'affaire *Place des Arts*¹⁵ que le recours en injonction est du ressort exclusif de la Cour supérieure. Bien qu'aucune analyse n'entoure cette affirmation, elle sera ensuite appliquée de façon extrêmement stricte par les tribunaux québécois.

En effet, en dépit de l'intention du législateur lors de l'adoption des nouvelles dispositions sur l'arbitrage en 1986 de créer un mode parallèle et complètement autonome de règlement des litiges, les tribunaux québécois refusent d'abord de reconnaître un quelconque pouvoir de nature injonctive aux arbitres¹⁶. Bien que cette règle ait été contestée par certains auteurs¹⁷, elle peut s'expliquer en raison du débat constitutionnel fondé sur les articles 96 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui, selon la thèse dominante, réserverait exclusivement aux cours supérieures le pouvoir d'émettre des injonctions. Ainsi, toute ordonnance d'injonction rendue par un arbitre serait *ultra vires*¹⁸.

Or, ce principe a été poussé à l'extrême dans l'affaire *Coopérative forestière Laterrière c. Placements Raoul Grenier inc.*¹⁹, où la Cour supérieure a refusé d'homologuer partie d'une sentence arbitrale en raison de son caractère « injonctif ». Dans cette sentence, les arbitres avaient tranché divers contentieux entre les parties, mais avaient également ordonné aux deux parties de respecter à l'avenir leurs obligations contractuelles.

À cet égard, la Cour supérieure conclut que le tribunal d'arbitrage a outrepassé ses pouvoirs. Selon la Cour, « les arbitres ne peuvent disposer d'un "pouvoir accessoire" qui pourrait leur permettre d'émettre des ordonnances de la nature d'une ordonnance

d'injonction », ce pouvoir étant du ressort exclusif de la Cour supérieure. Elle refuse donc d'homologuer les conclusions jugées *ultra vires*.

Cette décision a été confirmée en appel. En effet, bien que la question de l'abus de pouvoir des arbitres n'ait pas été portée en appel, la Cour d'appel se dit d'accord avec le premier juge en énonçant que « les parties reconnaissent à bon droit que le juge de la Cour supérieure était justifié d'annuler les dernières conclusions de la sentence arbitrale qui étaient de la nature d'ordonnances d'injonction »²⁰.

Cette approche, très restrictive au plan des pouvoirs conférés aux arbitres, a soulevé plusieurs critiques de la part d'éminents juristes²¹, qui ont par ailleurs déploré qu'aucune des décisions précitées n'avait analysé la genèse de l'article [940.4 C.p.c.](#), qui, selon eux, va manifestement à l'encontre de l'approche selon laquelle les arbitres ne détiennent pas le pouvoir de rendre des ordonnances de nature injonctive.

B. L'ouverture nouvelle des tribunaux à de plus larges pouvoirs

Malgré le contexte qui tendait vers une interprétation de plus en plus limitative, deux arrêts clés – *Service Bérubé Itée c. General Motors du Canada Itée*²² (« *Service Bérubé* ») et *Canadian Royalties Inc. c. Neartic Nickel Mines Inc.*²³ (« *Canadian Royalties* ») – amorcent un soudain changement de cap vers une interprétation plus large et libérale quant aux pouvoirs des arbitres consensuels.

1. L'affaire Service Bérubé

Dans cette affaire, le demandeur souhaitait obtenir une injonction permanente afin d'enjoindre à General Motors (« GM ») de renouveler son contrat de concessionnaire automobile. Les parties étant liées par le Programme national d'arbitrage des concessionnaires d'automobiles qui contient une clause compromissoire conférant à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et même des mesures injonctives permanentes, GM demande le renvoi du dossier à un arbitre. Dubois conteste cette demande, invoquant notamment l'absence de compétence de l'arbitre pour rendre des ordonnances d'injonction recherchées.

La *ratio* de la décision de première instance est particulièrement intéressante²⁴. La Cour supérieure, analysant pour la première fois l'historique de la compétence des arbitres consensuels, retient que les tribunaux favorisent de plus en plus le renvoi à l'arbitrage en présence de clauses d'arbitrage parfaites. Elle indique également que bien que l'article [940.4 C.p.c.](#) prévoit qu'un tribunal peut accorder des mesures provisionnelles, les parties pouvaient déroger à cette disposition et considère comme valide l'octroi à l'arbitre du pouvoir de prononcer des mesures injonctives permanentes.

La Cour d'appel vient toutefois atténuer les conclusions du premier juge en affirmant que l'injonction, au sens de l'article [751 C.p.c.](#), relève de la compétence exclusive de la Cour supérieure. Elle souligne néanmoins que l'exécution en nature constitue le « mode normal et général d'exécution des obligations » et qu'« il est inexact d'affirmer qu'en matière contractuelle toute ordonnance d'exécution en nature constitue une injonction au sens de l'article [751 C.p.c.](#) »²⁵. Elle rappelle finalement que le simple fait d'ordonner à une partie de se conformer à ses obligations ne constitue pas une injonction au sens de l'article [751 C.p.c.](#), autrement toute ordonnance finale devrait être considérée comme une injonction, ce qui dénaturerait l'essence même de l'exécution en nature²⁶.

2. L'affaire Canadian Royalties

L'affaire *Canadian Royalties* a aussi fait couler beaucoup d'encre²⁷. Dans ce dossier, il était question de l'homologation d'une sentence arbitrale ordonnant notamment la passation de titres miniers. Dans son jugement, la Cour supérieure rappelle que bien qu'un arbitre n'ait pas le pouvoir de rédiger des conclusions d'injonctions, il peut ordonner l'exécution en nature d'une obligation. Dans un passage cité par plus d'un commentateur, le juge Fraiberg expose que les arbitres peuvent ordonner l'exécution en nature, puisque :

[187] If Quebec arbitrators could not give orders of specific performance of contracts not amounting to injunctions, they would be lame ducks and arbitration would not be taken seriously as an effective and complete means of resolving commercial disputes. This surely was not the intent of the 1986 legislative reform.

La Cour d'appel confirme le jugement de première instance et cristallise la position des tribunaux québécois sur la question du pouvoir des arbitres consensuels d'émettre des ordonnances de nature injonctive.

À cet égard, la Cour d'appel reconnaît à nouveau que les arbitres consensuels peuvent rendre des ordonnances d'exécution en nature, qui sont de nature injonctive, sans toutefois constituer des ordonnances d'injonction au sens de l'article [751 C.p.c.](#) :

[55] Determining as a general rule that an arbitrator never possesses the power to grant orders of an injunctive nature also

seems incompatible with the terms of article 944.1 C.C.P., which provides that "arbitrators have all for the necessary powers for the exercise of their jurisdiction [...]". Furthermore, following the Supreme Court decision in *Desputeaux c. Chouette* (référence omise), the scope of arbitration agreements must be interpreted liberally and the arbitrator's mandate should include all matter connected to the agreement or the questions in dispute. The arbitration process is understood to constitute a complete system of alternate dispute resolution. In my view, such a system would not be complete if it was unable to ascertain that its decisions be executed through comprehensive orders of specific performance. [Nous soulignons]

Par ailleurs, la Cour rappelle que toute exécution en nature ne saurait nécessairement constituer une injonction et distingue à cette fin les deux types d'ordonnances en mettant l'accent sur le caractère pénal associé aux conséquences du non-respect de l'injonction :

[63] In order to appreciate whether an arbitrator issued a particular order which would be tantamount to an injunction, one must look at the commercial agreement, determine the true intention of the parties and decide whether, in light of all the circumstances, the pith and substance of the order truly constitutes an injunction with all of its known penal implications or whether it is more of a declaratory nature which serves the purpose of giving full effect to the Arbitrator's determinations of the parties' rights.

[64] Lastly, I might add that when a judge of the Superior Court is called to decide whether an injunction should be issued according to article 751 C.C.P., he or she will determine whether there is any color of right and in cases in which a mandatory injunction is sought, whether the facts admit to it. The Arbitrator is not however concerned with any penal consequences, which is fundamental with respect to an injunction order according to article 751 C.C.P.

Finalement, la Cour énonce que malgré l'article 940.4 C.p.c. et l'interprétation que certains tribunaux y ont donnée, elle ne voit pas pourquoi les arbitres consensuels n'auraient pas compétence pour accorder d'autres mesures provisionnelles que l'injonction, et ce, même en cas de silence dans la convention d'arbitrage.

Selon la Cour, ce principe trouverait une double justification. D'une part, l'article 944.1 C.p.c. prévoit que les arbitres ont « tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence ». D'autre part, l'article 17 de la Loi type, intégré au droit québécois en matière d'arbitrage international et interprovincial par le truchement de l'article 940.6 C.p.c., prévoit expressément de tels pouvoirs. Selon le juge Wagner, rien ne justifie que l'arbitrage national ne soit assujéti à des règles différentes²⁸.

En somme, l'arrêt *Canadian Royalties*, même s'il ne va pas jusqu'à reconnaître aux arbitres consensuels le pouvoir de prononcer une injonction au sens de l'article 751 C.p.c., s'inscrit résolument dans un courant interprétatif favorisant une lecture large et libérale des pouvoirs des arbitres.

3. La décision 9101-0983 Québec inc. c. 9051-4076 Québec inc.²⁹

La Cour supérieure amène finalement ces principes un peu plus loin dans l'affaire *9101-0983 Québec inc. c. 9051-4076 Québec inc.*, portant sur l'application d'une clause « shot-gun » dans le cadre d'un différend issu d'une convention entre actionnaires.

Dans cette affaire, la Cour supérieure applique les principes énoncés dans *Canadian Royalties* pour rejeter le motif de contestation de l'homologation de la sentence arbitrale fondé sur l'absence de pouvoir de l'arbitre de prononcer des injonctions. S'appuyant sur la distinction entre ordonnance d'exécution en nature et ordonnance d'injonction, la Cour rappelle :

[63] Quant à l'argument voulant que le libellé du dispositif de la Sentence soit en quelque sorte une ordonnance d'injonction qui dépasse la compétence des arbitres, le Tribunal considère que 9051 fait une lecture erronée de ce dispositif.

[64] Il ne s'agit pas ici d'une ordonnance d'injonction, mais bien de l'exécution en nature de l'offre « shot-gun » au coeur du différend, avec l'ordonnance de rachat qui s'y rattache. Il ne s'agit pas d'une ordonnance prononcée en vertu de l'article 751 C.p.c., mais simplement d'une ordonnance relative à l'exécution en nature d'une obligation découlant du mécanisme d'offre enclenché par 9051.

Ainsi, sauf exception, les tribunaux québécois ont, depuis 2010, graduellement évolué vers une interprétation plus large et libérale des pouvoirs des arbitres consensuels quant aux ordonnances de nature injonctive.

En effet, on a vu qu'il faut maintenant bien distinguer l'injonction au sens strict de l'article 751 C.p.c. des autres types d'ordonnance de nature injonctive comprenant une ordonnance de faire ou de ne pas faire. Comme l'a clairement enseigné la Cour d'appel dans *Service Bérubé*, l'injonction au sens de l'article 751 C.p.c. a une portée limitée et il faut éviter d'assimiler indument une ordonnance à caractère obligatoire à une injonction. Il demeure toutefois clair à ce jour que si les arbitres ont le pouvoir de rendre une

ordonnance de « nature injonctive », l'injonction, telle qu'on l'entend à l'article [751 C.p.c.](#), demeure quant à elle du ressort exclusif de la Cour supérieure.

Dans un second temps, malgré un certain flottement jurisprudentiel sur cette notion en raison de l'article [940.4 C.p.c.](#), qui paraissait réserver ce pouvoir à la Cour supérieure, suivant l'affaire *Canadian Royalties*, il semblerait que les arbitres peuvent dorénavant accorder des mesures provisoires, que ces pouvoirs leur soient expressément conférés dans la convention d'arbitrage ou non.

Malgré ces avancées jurisprudentielles, de nombreux juristes québécois ont néanmoins continué de critiquer le système actuel. Selon eux, refuser de reconnaître aux arbitres le pouvoir d'accorder des ordonnances judiciaires de nature injonctive, qu'elles soient provisionnelles ou permanentes, entrave l'efficacité du processus d'arbitrage et son autonomie par rapport aux tribunaux de droit commun, empêche l'atteinte d'une solution complète au litige et compromet ultimement l'accessibilité à la justice³⁰.

À l'affut des critiques et de la récente tendance jurisprudentielle, il semblerait que le législateur québécois ait réagi, tel qu'on le verra dans la prochaine section, en reconnaissant des pouvoirs plus larges aux arbitres dans le cadre de la réforme du *Code de procédure civile* entamée en 2011.

III- LES AJOUTS DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

A. L'Avant-projet de loi instituant le nouveau **Code de procédure civile** (l'« Avant-projet »)³¹

Dès l'Avant-projet paru en 2011, le législateur fait un pas dans la direction de l'accroissement du pouvoir des arbitres par une disposition leur permettant de rendre certaines ordonnances qui leur étaient jusqu'alors interdites :

Dans l'exercice de ses fonctions, l'arbitre peut rendre toute décision provisoire ou propre à sauvegarder les droits des parties. Une telle décision s'impose aux parties, mais au besoin, l'une d'elles peut en demander l'homologation au tribunal afin de lui donner force exécutoire.³² [Nous soulignons]

Qualifiée de « timide »³³, cette nouveauté reçoit néanmoins un accueil favorable de la part de la communauté juridique, qui reconnaît que le nouvel article « corrige une lacune importante dans le droit actuel en prévoyant que le tribunal arbitral peut rendre toute mesure provisoire ou propre à sauvegarder les droits des parties »³⁴.

Notons que parmi les recommandations générales visant l'Avant-projet, on a soulevé qu'il aurait été préférable, dans l'optique de réformer le régime juridique de l'arbitrage conventionnel, d'adopter tout simplement la Loi type de la CNUDCI, comme cela a été fait dans de nombreuses autres juridictions³⁵. En effet, bien que le pouvoir de prononcer des ordonnances de sauvegarde était certes un pas manifeste de l'avant, plusieurs se sont dits déçus que l'on n'octroie pas directement le pouvoir de rendre une injonction aux arbitres.

B. Le Projet de loi 28 (**Loi instituant le nouveau Code de procédure civile**) (« Projet de loi 28 »)³⁶

Avec le Projet de loi 28³⁷, le législateur québécois semble finalement reconnaître des pouvoirs un peu plus importants aux arbitres consensuels.

Ceci étant dit, mentionnons que malgré les nombreuses critiques et recommandations à cet effet, le législateur n'a pas repris textuellement l'article 17 de la Loi type, bien qu'il s'appuie toutefois expressément sur les principes directeurs de la Loi type³⁸.

Dans cette optique, il dissipe finalement toute ambiguïté qui aurait pu subsister même après l'affaire *Canadian Royalties* et reconnaît expressément aux arbitres le pouvoir de « prendre toute mesure provisionnelle ou propre à sauvegarder les droits des parties » :

638. L'arbitre peut, à la demande d'une partie, prendre toute mesure provisionnelle ou propre à sauvegarder les droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine et, s'il y a lieu, exiger un cautionnement pour payer les frais et l'indemnisation du préjudice pouvant résulter de cette mesure. Une telle décision s'impose aux parties, mais au besoin, l'une d'elles peut en demander l'homologation au tribunal afin de lui donner la force exécutoire d'un jugement.³⁹

639. L'arbitre peut, en cas d'urgence, même avant la notification de la demande de mesure provisionnelle ou de sauvegarde à l'autre partie, prononcer une ordonnance provisoire pour une durée qui ne peut en aucun cas excéder 20 jours. Il exige de la partie qui la requiert qu'elle fournisse un cautionnement, sauf s'il l'estime inapproprié ou inutile.

L'ordonnance provisoire doit être notifiée à l'autre partie dès son prononcé et tous les éléments de preuve y sont joints. Elle

s'impose aux parties et n'est pas susceptible d'homologation par le tribunal. [Nous soulignons]

Ces mesures provisionnelles ou propres à sauvegarder les droits des parties ne sont pas définies par le législateur dans le Projet de loi 28, mais doivent être comprises comme incluant les ordonnances de sauvegarde, les saisies avant jugement, le séquestre judiciaire, etc.

À l'exception de l'ordonnance provisoire au sens de l'article 639, qui est immédiatement exécutoire, les ordonnances qui seront ainsi rendues sous le nouveau *Code de procédure civile* ne pourront toutefois acquérir la force exécutoire d'un jugement qu'une fois homologuées⁴⁰. Ainsi, sans homologation, une partie qui contreviendrait à une telle ordonnance ne pourrait faire l'objet d'une exécution forcée. Comme l'a toutefois fait remarquer une auteure, même sans cette menace, le défaut d'obtempérer à l'ordonnance demeure préjudiciable pour celui qui la transgresse dans la mesure où sa crédibilité est largement amoindrie aux fins de la procédure d'arbitrage⁴¹.

Une question se pose toutefois quant à l'injonction à proprement parler, ce terme n'ayant pas été utilisé par le législateur. Est-ce une « mesure » couverte par les nouveaux articles 638 et 639 ? Lors de l'étude détaillée du Projet de loi 28, la Commission des institutions a reconnu que « l'ordonnance provisoire » visée à l'article 639 du Projet de loi 28 était analogue à l'injonction provisoire *ex parte*⁴². Ainsi, bien que le mot « injonction » n'ait pas été directement utilisé par le législateur, il semblerait que la réforme du *Code de procédure civile* apporte aux arbitres consensuels certains outils équivalents à ceux offerts aux tribunaux judiciaires, à tout le moins au stade provisoire d'un dossier⁴³.

C. Les effets possibles de la réforme en matière d'arbitrage

Les ajouts apportés au nouveau *Code de procédure civile* en matière d'arbitrage constituent, à notre avis, un pas de plus vers l'uniformisation du droit québécois à la Loi type et à certaines lois en vigueur dans les autres provinces canadiennes.

Ce nouveau régime juridique s'inscrit dans l'approche large et libérale relativement à l'interprétation des pouvoirs des arbitres amorcée par les tribunaux québécois dans des affaires comme *Canadian Royalties*⁴⁴ et *Service Bérubé*⁴⁵. Pour cette raison, l'initiative du législateur quant aux pouvoirs des arbitres est perçue favorablement⁴⁶ et cadre parfaitement avec le désir de promouvoir les modes privés de règlement de différends en tant que mode complet et autonome de règlement des litiges dans une optique d'efficacité et d'accessibilité de la justice⁴⁷.

On retient du Projet de loi 28 que le législateur reconnaît enfin de façon explicite le pouvoir des arbitres d'accorder des mesures provisoires ou provisionnelles et clarifie ainsi toute ambiguïté qui aurait pu subsister à la suite de l'affaire *Canadian Royalties* quant au pouvoir des arbitres de ce faire, en cas de silence dans la convention d'arbitrage.

Néanmoins, des difficultés évidentes se posent et laissent certains auteurs perplexes quant à l'utilité réelle qu'auront ces dispositions vis-à-vis de la procédure arbitrale. Notamment, même si ces articles rendent possible l'obtention de mesures provisoires, une demande à la Cour supérieure pourrait néanmoins s'avérer plus avantageuse afin d'éviter les retards et les coûts liés à l'homologation et d'obtenir une ordonnance exécutoire dès son prononcé⁴⁸. Par exemple, dans une situation d'urgence, s'adresser à l'arbitre pour devoir ensuite faire homologuer son ordonnance provisoire peut être difficilement vu comme une solution efficace pour une partie.

Également, il faut rappeler qu'une ordonnance prononcée dans le cadre d'un arbitrage ne lie et n'a d'effet qu'entre les parties à la convention d'arbitrage. Ainsi, dans certaines circonstances, il sera donc plus utile pour les parties de s'adresser à la Cour afin d'obtenir une ordonnance opposable à une autre partie.

Enfin, comme les dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel sont de droit nouveau et que certains concepts n'ont pas encore été interprétés, les parties pourraient, par souci de sécurité juridique, préférer s'adresser à la Cour pour plus de prévisibilité⁴⁹.

Nonobstant ces difficultés, nous demeurons d'opinion que la réforme du *Code de procédure civile* apportera des changements importants dans le monde de l'arbitrage consensuel et nous croyons que les parties à un tel processus devraient faire plein usage des nouveaux outils mis à leur disposition afin de régler entièrement et efficacement leur différend dans le cadre qu'ils ont choisi.

D'ailleurs, il sera intéressant de voir jusqu'à quel point ces ajouts législatifs seront utilisés afin de convaincre les tribunaux de reconnaître aux arbitres le pouvoir de prononcer des injonctions au sens de l'article [751 C.p.c.](#)

Parmi ceux-ci, on peut penser au fait que l'injonction sous l'article [751 C.p.c.](#) étant elle-même placée sous le titre « Mesures provisionnelles » de l'actuel *Code de procédure civile*, certains plaideront certainement que l'utilisation des termes « mesure provisionnelle », afin de désigner les pouvoirs des arbitres à l'article 638, constitue une reconnaissance implicite de ces pouvoirs. Également, le législateur ayant implicitement reconnu que les arbitres détenaient le pouvoir de rendre une ordonnance assimilable

à l'injonction provisoire, il sera possiblement plus difficile d'argumenter que l'injonction est encore un pouvoir exclusif de la Cour supérieure.

Finalement, avec l'intention manifeste du législateur d'élargir les pouvoirs des arbitres, additionnée aux critiques sérieuses proposées par certains auteurs quant à l'argument constitutionnel réservant l'injonction aux cours supérieures⁵⁰, nous sommes d'avis que les tribunaux pourraient éventuellement reconnaître ce pouvoir aux arbitres.

CONCLUSION

En définitive, il est indéniable que les pouvoirs des arbitres consensuels ont évolué de façon importante dans les dernières années.

Avec l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, qui nous amène un pas plus loin vers un élargissement des pouvoirs des arbitres, il sera intéressant de voir comment cette réforme s'inscrira dans la jurisprudence québécoise. On peut certainement se demander si le fait que le législateur a finalement choisi de se tailler un régime d'arbitrage « sur mesure », plutôt que de reproduire dans son intégralité le modèle déjà existant avec la Loi type, aura des impacts importants sur la façon dont les tribunaux interpréteront concrètement ces nouvelles dispositions.

En somme, bien qu'ils soient louables, il reste encore à voir si les efforts du législateur seront suffisants afin d'accéder à la pleine autonomie à l'arbitrage consensuel et surtout, s'ils mèneront finalement à la reconnaissance explicite du pouvoir des arbitres de prononcer des injonctions au sens de l'article [751 C.p.c.](#), reconnaissance qui, selon nous, s'inscrit dans le cours normal de ce système alternatif privé de justice et qui est nécessaire afin d'assurer sa pleine efficacité.

* M^e Christine Provencher est avocate chez Fasken Martineau. Sa pratique couvre une vaste gamme de litiges civils, commerciaux complexes et elle agit notamment dans le cadre de différends contractuels et commerciaux, relevant du droit des valeurs mobilières et du domaine de la construction. L'auteure tient à remercier M^e Dominique Gibbens, associée principale chez Fasken Martineau, pour ses judicieux conseils et l'attention qu'elle a portée à la révision du présent texte. Elle remercie également M^{me} Émilie Marceau, étudiante chez Fasken Martineau, pour sa précieuse collaboration à la présente chronique.

- [1.](#) À l'exception des articles [940.2](#), [941.3](#), [942.7](#), [943.2](#), [945.8](#), [946 à 947.4](#) et [940.5](#) lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire (art. [940 C.p.c.](#)).
- [2.](#) 2012 QCCA 385, [EYB 2012-202971](#).
- [3.](#) 2011 QCCA 567, [EYB 2011-188293](#).
- [4.](#) Projet de loi n^o 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2014.
- [5.](#) Doc. N.U. A/40/17, ann. I (1985) [mod. Doc. N.U. A/61/17, ann. I (2006)].
- [6.](#) Kathleen Delaney-Beausoleil, « Des arbitrages », *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2 (Art. 482-1051 C.p.c.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, [EYB2003PPC85](#), par. 10 ; Babak Barin, « “Provisional Remedies” in Domestic Arbitrations: Time Perhaps for a Fresh Look in Quebec? », (2004) 64 *R. du B.* 137, 140-141 ; *Coderre c. Coderre*, 2008 QCCA 888, [EYB 2008-133246](#), par. 75-76. Voir également *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [EYB 2005-93019](#), par. 39 et 41.
- [7.](#) Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 33^e légis., fasc. n^o 17 (16 septembre 1986), p. CI-556 (M. Filion).
- [8.](#) Au contraire, les débats démontrent même que le législateur souhaitait permettre aux arbitres auxquels ce pouvoir aurait été conféré par les parties dans la convention d'arbitrage de rendre de telles ordonnances. Voir : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 1^{re} sess., 33^e légis., fasc. n^o 17 (16 septembre 1986), p. CI-557 et CI-572-573 (MM. Marx et Filion).
- [9.](#) *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, art. 31.
- [10.](#) *Commercial Arbitration Act*, S.N.S. 1999, c. 5, art. 34.
- [11.](#) Frédéric Bachand, « Un tribunal arbitral peut-il prononcer des injonctions ? », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. Centre d'études en droit économique, 2011, p. 4-7, 23 ; Stéphanie Bachand, « *Nearctic Nickel Mines v. Canadian Royalties Inc.* : Exécution en nature, injonctions et mesures provisionnelles en droit québécois », (2012) 1-2 *Commercial Litigation and Arbitration Review* 31, 34.

[12.](#) [1983] 1 R.C.S. 529, [EYB 1984-149517](#).

[13.](#) Voir notamment les commentaires du juge Richard Nadeau à cet effet dans *Dubois & Frères ltée c. General Motors du Canada ltée*, 2010 QCCS 962, [EYB 2010-170896](#).

[14.](#) [2003] 1 R.C.S. 178, [REJB 2003-38952](#).

[15.](#) *A.I.E.S.T., local de scène numéro 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 43, [REJB 2004-53099](#). La Cour suprême a également réitéré le principe sans toutefois effectuer d'analyse plus poussée sur la question dans l'affaire *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson* ; *Casimir c. Québec (Procureur général)* ; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 257, [EYB 2005-87405](#), par. 51.

[16.](#) Voir notamment *Lachapelle Pontiac Buick GMC ltée c. General Motors du Canada*, 2010 QCCS 1126, [EYB 2010-171452](#) ; *Camirand c. Rossi*, [2003] R.J.Q. 1081, [REJB 2003-39879 \(C.A.\)](#), par. 10 ; *Spaconcept Bromont inc. c. Château Bromont inc.*, 2010 QCCS 5943, [EYB 2010-183094](#), par. 20 ; *Simon c. Ramsay*, [EYB 2003-47141 \(C.S.\)](#), par. 19 et 20 ; *Pêcheries Ericka inc. c. Recherches et travaux Maritimes R.T.M. inc.*, A.E./P.C. 2000-106 (C.S.), [REJB 2000-17429](#).

[17.](#) Voir notamment F. Bachand, préc., note 11, p. 22-23.

[18.](#) Voir : *Association des pompiers de Montréal inc. c. Ville de Montréal*, 2011 QCCA 631, [EYB 2011-188632](#) pour une description de la problématique et une distinction entre l'ordonnance d'injonction et l'exécution en nature.

[19.](#) [REJB 2002-32486 \(C.S.\)](#).

[20.](#) *Coopérative forestière Laterrière c. Placements Raoul Grenier inc.*, [REJB 2003-50541 \(C.A.\)](#).

[21.](#) F. Bachand, préc., note 11, p. 22 et 23, Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 322 (note en bas de page n° 1006) ; B. Barin, préc., note 5, p. 140, 142, 148 et 149.

[22.](#) *Service Bérubé ltée c. General Motors du Canada ltée*, préc., note 2.

[23.](#) 2010 QCCS 4600, [EYB 2010-180188](#).

[24.](#) *Dubois & Frères ltée c. General Motors du Canada ltée*, 2010 QCCS 962, [EYB 2010-170896](#). À noter que Service Bérubé Inc. et Dubois & Frères ltée étaient toutes deux parties à la cause en première instance. L'intitulé diffère en appel, bien que le dossier soit le même.

[25.](#) *Id.*, par. 85.

[26.](#) *Id.*, par. 94.

[27.](#) Voir notamment Dominic Dupoy, « La Cour confirme le pouvoir des arbitres d'ordonner l'exécution en nature d'un contrat », *Norton Rose Fulbright*, 2011, en ligne : <<http://www.nortonrosefulbright.com/centre-du-savoir/publications/44221/la-cour-confirme-le-pouvoir-des-arbitres-dordonner-lexecution-en-nature-dun-contrat>> ; voir aussi Karim Renno, « Un arbitre conventionnel ne peut prononcer d'injonction, mais il peut ordonner l'exécution en nature d'une obligation », *Le Blogue du CRL*, 2010, en ligne : <<http://www.bloqueducrl.com/2010/10/un-arbitre-conventionnel-ne-peut.html>>.

[28.](#) *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, préc., note 1, par. 53. Pour l'opinion contraire, voir Mountagha Ekoukou-Sow, « Arbitrage en droit consensuel québécois : le pouvoir des arbitres de rendre des ordonnances forçant l'exécution en nature d'une obligation », dans *Repères*, juillet 2012, *La Référence*, [EYB2012REP1218](#), p. 7.

[29.](#) 2012 QCCS 724, [EYB 2012-202978](#).

[30.](#) Olivier Després, « L'arbitrage conventionnel », dans *Collection des habiletés 2013-2014*, École du Barreau du Québec, *Justice participative*, Montréal, Barreau du Québec, 2013, p. 85, 98 ; F. Bachand, préc., note 10, p. 1, 2-3 et 22 ; S. Bachand, préc., note 10, p. 31 et 34.

[31.](#) 2^e sess., 39^e légis., Québec, 2011.

[32.](#) Avant-projet, art. 637.

[33.](#) Isabelle Vendette, « L'évolution de l'arbitrage québécois et les modifications suggérées par le Projet de loi 28 : avancée ou illusion ? », (2013) 3-2 *Revue d'arbitrage et de médiation* 121, 135.

[34.](#) Nabil N. Antaki (dir.), *Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile (dispositions relatives à l'arbitrage conventionnel)*, 2011, p. 10, n° 35 ; S. Bachand, préc., note 10, p. 31 et 35.

[35.](#) N. Antaki, préc., note 35, p. 6, n° 20.

[36.](#) 1^{re} sess., 40^e légis., Québec, 2013.

[37.](#) Les articles concernant l'arbitrage sont les articles 620 à 655 du Projet de loi 28.

[38.](#) Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, « Étude détaillée du projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », 1^{re} sess., 40^e légis., 17 janvier 2014, vol. 43, n° 113, 9 h 30 (MM. St-Arnaud et Tremblay).

[39.](#) Projet de loi, art. 638.

[40.](#) *Ibid.* Voir aussi l'art. 646.

[41.](#) I. Vendette, préc., note 34, p. 139.

[42.](#) QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, « Étude détaillée du projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », 1^{re} sess., 40^e légis., 17 janvier 2014, vol. 43, n° 113, 9 h 30 (MM. St-Arnaud et Tremblay).

[43.](#) Il est important de souligner que ce pouvoir ne leur est toutefois pas exclusif, puisque les tribunaux conservent la faculté de rendre les mêmes ordonnances dans le cadre du processus d'arbitrage : Projet de loi, art. 623.

[44.](#) *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, préc., note 1.

[45.](#) *Service Bérubé Itée c. General Motors du Canada Itée*, préc., note 2.

[46.](#) Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur le Projet de loi 28 instituant le nouveau Code de procédure civile*, 9 septembre 2013, p. 26 ; I. Vendette, préc., note 34, p. 138.

[47.](#) Projet de loi, disposition préliminaire.

[48.](#) I. Vendette, préc., note 34, p. 138 et 143.

[49.](#) Notamment, les termes « préjudice occasionné » et « frais encourus » prévus à l'article 641 du Projet de loi qu'une partie peut être amenée à payer à titre de dommage et pour lesquels il n'est pas encore certain qu'ils soient sujets aux mêmes limitations que dans le cas d'une demande à la Cour supérieure, voir I. Vendette, préc., note 33, p. 140.

[50.](#) Pour un exposé détaillé de ces principales critiques, voir F. Bachand, préc., note 11, p. 20-23, qui affirme notamment que la présomption interprétative relativement à l'ordre public dégagée dans l'arrêt *Desputeaux* a été « implicitement mise au rancart par les juges majoritaires » dans l'arrêt *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [EYB 2011-187826](#) et que l'argument constitutionnel n'a désormais plus sa place dans le système de justice québécois.

Date de dépôt : 6 août 2014

