Document generated on 07/19/2025 1:02 a.m.

Revue générale de droit

L'arrêt *Dell* et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage

Frédéric Bachand and Pierre Bienvenu

Volume 37, Number 2, 2007

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027093ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027093ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Bachand, F. & Bienvenu, P. (2007). L'arrêt *Dell* et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage. *Revue générale de droit*, *37*(2), 477–490. https://doi.org/10.7202/1027093ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'arrêt *Dell* et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage

FRÉDÉRIC BACHAND
Professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal

PIERRE BIENVENU
Associé du cabinet Ogilvy Renault, Montréal

1. L'arrêt *Dell*[1] apporte d'importantes précisions sur une question à laquelle ni la loi ni la jurisprudence ne répondaient, jusque-là, de manière très nette : le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage doit-il se prononcer pleinement sur l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée, ou doit-il plutôt renvoyer les parties à l'arbitrage et laisser au tribunal arbitral le soin de se prononcer en premier sur cette question? Dans un arrêt rendu en 1999, la Cour d'appel avait décidé qu'il ne revenait pas au juge saisi d'une demande de renvoi de statuer pleinement sur la compétence arbitrale, adoptant du coup la seconde thèse[2]. Cependant, cette affaire concernait une objection à la compétence fondée sur le *champ d'application* de la convention d'arbitrage invoquée — la partie s'opposant au renvoi prétendait que sa réclamation n'était pas visée par cette convention — et la jurisprudence subséquente de la Cour d'appel avait révélé que le tribunal arbitral ne jouissait d'aucune priorité à l'égard d'objections invoquant l'*inexistence* ou l'*invalidité* de la convention d'arbitrage[3]. La réponse différait donc selon l'objet du moyen soulevé par la partie s'opposant à la compétence arbitrale : le

1. *Dell Computer Corporation* c. *Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 (ci-après *Dell*).

2. *Kingsway Financial Services Inc.* c. *118997 Canada Inc.*, [1999] J.Q. n° 5922.

3. Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Paris/Cowansville, L.G.D.J./Éditions Yvon Blais, 2005, p. 189-191 (n° 288).

(2007) 37 *R.G.D.* 477-490

juge saisi de la demande de renvoi devait se prononcer pleinement sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, mais il devait laisser au tribunal le soin de se prononcer en premier sur sa portée.

2. La question de l'intensité de l'examen de la compétence arbitrale auquel doit se livrer le juge saisi d'une demande de renvoi fait l'objet de vives controverses doctrinales et jurisprudentielles depuis plusieurs années, à l'échelle internationale. Dans certains ressorts, comme en Angleterre[4], le juge analyse pleinement toute objection à la compétence arbitrale, quel que soit l'objet du moyen invoqué par la partie désirant procéder devant le tribunal judiciaire. Ailleurs, comme en France[5], en Inde[6] et dans les provinces canadiennes de common law[7], le juge ne procède qu'à un examen très sommaire et renvoie au tribunal arbitral toute objection qui n'est pas manifestement infondée soulevant l'inexistence, l'invalidité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. Bien qu'en apparence assez technique, la question soulève en réalité une importante question de principes. La thèse du plein contrôle de la compétence arbitrale est fondée sur l'idée qu'il est préférable que toute objection soit tranchée par le juge le plus rapidement possible, afin d'éviter que les parties investissent temps et argent dans une instance arbitrale dont le fondement juridique pourrait subséquemment s'avérer inexistant. À l'opposé, la thèse favorisant un contrôle plus restreint par le juge saisi de la demande de renvoi est justifiée par un désir de limiter les manœuvres dilatoires auxquelles se livrent trop souvent des parties qui, pour des raisons tactiques, cherchent à retarder l'arbitrage en forçant la tenue devant les tribunaux judiciaires de débats préliminaires sur la compétence arbitrale. En somme, répondre à la

4. Voir par ex. : *Law Debenture Trust Corporation Plc* c. *Elektrim Finance B.V.*, [2005] EWHC 1412 (Ch).

5. Voir l'art. 1458, al. 2 du *Nouveau Code de procédure civile*. Lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi du litige, le juge français doit se dessaisir sans même procéder à une analyse sommaire de l'efficacité de la convention d'arbitrage.

6. *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd.* c. *Aksh Opticfibre Ltd.*, Cour suprême de l'Inde, 12 août 2005.

7. Voir notamment *Gulf Canada Resources Ltd.* c. *Arochem International Ltd.*, (1992) 66 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A. C.-B.); *Dalimpex* c. *Janicki*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 2663 (C.S.J. Ont.).

question revient à décider lequel de ces deux objectifs — éviter que temps et argent soient inutilement investis dans une instance arbitrale ou empêcher que des objections à la compétence dilatoires ne retardent le déroulement de l'arbitrage — devrait l'emporter.

I. AFFIRMATION DE LA RÈGLE DE LA PRIORITÉ

3. Dans son arrêt *Dell*, la Cour décide que la préséance doit normalement être donnée au second objectif. Ainsi, les juges majoritaires ont conclu, au terme d'une analyse détaillée des enjeux de principe, qu'il « conv[enait] de poser la règle générale que, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier »[8]. Normalement, le juge saisi d'une demande doit donc s'abstenir de trancher les objections à la compétence arbitrale.

4. L'extrait précité des motifs des juges majoritaires laisse entendre que ce devoir d'abstention est déclenché par l'existence d'une convention d'arbitrage, ce qui — au premier coup d'œil — peut sembler illogique : conclure à l'*existence* d'une convention d'arbitrage, n'est-ce pas préjuger de l'existence de la compétence arbitrale? Comment le juge pourrait-il à la fois dire qu'une convention d'arbitrage existe et s'abstenir de se prononcer sur la compétence arbitrale? En réalité, il ressort des motifs de l'arrêt que la thèse à laquelle la Cour a adhéré ne permet au juge saisi d'une demande de renvoi de ne se livrer qu'à un examen *sommaire* — ou *prima facie* — de la compétence arbitrale, ce qui signifie qu'un devoir d'abstention lui incombe dès lors qu'une convention d'arbitrage paraît applicable à la réclamation[9]. Concrètement, la règle générale posée par la Cour suprême appelle donc un raisonnement en deux temps. Le juge saisi de la demande de renvoi doit

8. Par. 84.

9. Voir notamment le par. 83, où la Cour affirme ceci : « Il est possible, tout en incorporant les données empiriques qui ressortent de la jurisprudence québécoise, de formuler un critère d'examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage qui soit fidèle à l'art. 943 C.p.c. *et au critère de l'analyse sommaire* de plus en plus retenu à l'échelle internationale » (nos italiques).

d'abord se demander, suite à un examen sommaire, si la réclamation *semble* bel et bien relever de la compétence d'un tribunal arbitral. Si c'est le cas, les parties seront renvoyées à l'arbitrage; si l'argument de la partie demandant le renvoi à l'arbitrage semble manifestement mal fondé, la demande de renvoi sera rejetée.

5. Fait à noter, la règle générale posée dans *Dell* est applicable quel que soit l'objet du moyen soulevé par la partie s'opposant au renvoi à l'arbitrage. L'arrêt marque l'abandon de la distinction qu'opérait la Cour d'appel entre les moyens invoquant l'inapplicabilité de la convention et ceux invoquant son inexistence ou son invalidité. Si les juges majoritaires ont choisi d'analyser à fond les objections relatives à la validité de la clause compromissoire soulevées par l'Union des consommateurs et M. Dumoulin, ce n'est aucunement en raison d'une quelconque réticence à appliquer la règle générale à de tels moyens, mais plutôt parce qu'ils furent d'avis qu'exceptionnellement, « vu l'état du dossier, il serait contreproductif [...] de renvoyer le dossier à l'arbitrage et d'exposer ainsi les parties à une nouvelle série de procédures »[10]. Assurément, les juges étaient d'avis que de tels moyens devraient normalement être tranchés en premier par le tribunal arbitral et non par le juge saisi de la demande de renvoi[11].

6. L'arrêt rendu le même jour dans *Rogers Sans-fil Inc.* illustre lui aussi l'abandon de la distinction relative à l'objet du moyen soulevé par la partie s'opposant au recours à l'arbitrage. Dans cette affaire, la Cour suprême, s'appuyant sur les enseignements de l'arrêt *Dell*, a refusé de statuer sur le caractère abusif de la clause d'arbitrage invoquée au motif qu'« un tel examen ressort exclusivement de l'arbitre »[12]. Cette affirmation d'un pouvoir *exclusif* de l'arbitre de déterminer si la clause est abusive ou non mérite d'être nuancée, car elle pourrait donner à penser qu'une décision du tribunal arbitral statuant sur la validité de la clause est finale, et donc à l'abri de toute révision judiciaire. Or, une telle proposition est incompatible avec le *Code de procédure civile*. En effet, l'article 943.1

10. Par. 89.
11. Par. 88.
12. *Rogers Sans-fil inc.* c. *Muroff*, 2007 CSC 35, par. 16.

C.p.c. permet expressément la révision judiciaire d'une décision du tribunal arbitral statuant — durant le déroulement d'un arbitrage — sur sa propre compétence, rejetant du coup l'idée qu'un tribunal arbitral puisse statuer de manière finale sur sa propre compétence. D'ailleurs, dans *Dell*, les juges majoritaires ont eux-mêmes évoqué « la règle voulant que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire »[13]. En disant dans *Rogers Sans-fil Inc.* que la décision sur l'argument du caractère abusif de la clause est du « ressort exclusif de l'arbitre », la Cour voulait sans doute dire qu'à ce *stade des procédures, seul l'arbitre peut statuer sur ce point*, sans exclure pour autant la possibilité qu'un tribunal judiciaire soit subséquemment appelé à réviser sa décision.

II. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE DÉROGER À LA RÈGLE DE LA PRIORITÉ

7. En plus de consacrer l'existence d'une règle voulant que toute contestation de la compétence de l'arbitre doive d'abord être tranchée par le tribunal arbitral, l'arrêt *Dell* reconnaît au juge saisi d'une demande de renvoi un pouvoir discrétionnaire de déroger à cette règle, tout en précisant les circonstances dans lesquelles ce pouvoir devrait être exercé. Les propos de la Cour sont ici d'autant plus intéressants qu'ils sont innovateurs. En effet, les principaux ressorts dans lesquels la règle de la priorité du tribunal arbitral est acceptée ne reconnaissent pas un tel pouvoir discrétionnaire, et la doctrine s'étant penchée sur cette question n'a jamais analysé de manière approfondie la possibilité qu'un juge puisse, selon les circonstances, décider de s'écarter de la règle[14].

---

13. Par. 84.

14. Voir surtout les travaux d'Emmanuel Gaillard, notamment: Emmanuel GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », (1990) *Rev. arb.* 759; Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans Jacques HALDY, Jean-Marc RAPP, Phidias FERRARI (dir.), *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387; Emmanuel GAILLARD, « The Negative Effect of Competence-Competence », (2002) 17(1) *Mealey's Int. Arb. Rep.* 27. Voir aussi: Pierre MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », (1989) 217 *R.C.A.D.I.* 319; Antonias DIMOLITSA, « Autonomie et kompetenz-kompetenz », (1998) *Rev. arb.* 305.

8. En fonction de quels critères le juge saisi d'une demande de renvoi devrait-il décider s'il est opportun qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire? Les motifs des juges majoritaires révèlent que l'analyse doit surtout porter sur la nature du moyen invoqué par la partie s'opposant au renvoi à l'arbitrage et que plus le moyen soulèvera des questions de fait requérant l'analyse de preuves, moins l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera justifié. Ainsi, selon la Cour, lorsque ce moyen ne soulève que des questions de droit, le juge « *devrait* déroger à la règle du renvoi systématique »[15]. Lorsque le moyen invoqué soulève des questions de faits, requérant ainsi « l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra *normalement* renvoyer l'affaire à l'arbitre »[16]. En présence d'un moyen soulevant des questions mixtes de fait et de droit, le juge « devra *favoriser* le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier »[17]. Comme l'indiquent les termes mis en italiques, la nature du moyen soulevé ne sera pas toujours déterminante dans la décision du juge saisi d'une demande de renvoi, la Cour suprême n'excluant pas qu'un juge saisi d'un moyen ne soulevant que des questions de droit décide néanmoins de renvoyer la balle au tribunal arbitral.

9. Analysons plus en détail le pouvoir discrétionnaire désormais reconnu au juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage en revenant sur chacune des hypothèses évoquées par la Cour suprême.

A. L'OBJECTION À LA COMPÉTENCE ARBITRALE SOULEVANT UNE QUESTION DE DROIT

10. Première hypothèse : le moyen invoqué par la partie s'opposant à l'arbitrage ne soulève que des questions de droit[18]. Il s'agit d'une situation où, pour disposer de la demande, le juge n'a qu'à tirer des conclusions de nature

15. Par. 84 (nos italiques).
16. *Ibid.* (nos italiques).
17. Par. 85 (nos italiques).
18. Pour plus de détails sur les définitions données aux notions de question de droit, question de fait et question mixte dans le présent texte, voir : Frédéric BACHAND, « Le traitement en appel des questions de fait, questions de droit et questions mixtes », (2007) 86 *R. du B. can.* 97.

strictement juridique sur la validité — en droit positif — d'une proposition normative sur laquelle s'appuie la partie s'opposant à l'arbitrage. Il s'agit, autrement dit, d'une situation ne faisant aucunement appel au pouvoir du juge d'apprécier souverainement la force probante des preuves ou encore à son pouvoir de tirer des inférences factuelles de faits prouvés. Par exemple, imaginons une demande de renvoi fondée sur la clause compromissoire suivante : « Les litiges découlant du présent contrat seront tranchés par un tribunal arbitral composé de trois arbitres. » Imaginons que la partie adverse s'oppose à la demande de renvoi en plaidant qu'une clause ainsi rédigée est sans effet juridique puisqu'elle ne mentionne pas expressément le caractère final et obligatoire de la sentence arbitrale, et qu'elle ne constitue donc pas — pour reprendre l'expression consacrée en droit québécois — une « clause compromissoire parfaite »[19]. Autrement dit, la véracité de tous les faits allégués au soutien de la demande de renvoi étant admise, on prétend néanmoins que celle-ci est vouée à l'échec. Pour disposer de la demande, le juge n'aurait aucunement à apprécier la force probante de preuves ou à tirer des inférences factuelles à partir de faits prouvés. Il n'aurait qu'à se livrer à une analyse strictement juridique des conditions formelles de validité des clauses compromissoires en droit québécois. Clairement, le moyen invoqué par la partie qui s'oppose au renvoi ne soulèverait qu'une question de droit. Selon la Cour suprême, le juge dans une telle situation devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de renvoyer la question au tribunal arbitral. La dérogation à la règle générale de la priorité donnée à l'arbitre se justifierait notamment par l'expertise des tribunaux sur les questions de droit et par l'opportunité d'éviter aux parties les inconvénients liés au dédoublement d'un débat strictement juridique[20]. De plus, la Cour souligne que les risques que les débats ne retardent indûment le déroulement de l'arbitrage

19. Sur cette notion, voir : Frédéric BACHAND, « Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant », (2004) 64 *R. du B.* 121.

20. Par. 84.

seront amenuisés, sans doute parce que le juge sera normalement en mesure de rendre rapidement une décision sur une pure question de droit.

11. Puisqu'il ressort clairement des motifs de la Cour que même en présence d'un moyen ne soulevant que des questions de droit, le juge pourrait tout de même décider d'appliquer la règle générale de la priorité, il convient de tenter d'identifier les circonstances dans lesquelles le juge serait justifié d'agir de cette manière.

12. La Cour évoque elle-même une première situation d'exception à l'exception : « Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage»[21]. Ainsi, le juge est invité à se demander si le moyen de droit de la partie s'opposant au renvoi à l'arbitrage est soulevé à des fins dilatoires, auquel cas l'application de la règle générale de la priorité s'avèrerait justifiée. Concrètement, le juge devra surtout s'interroger sur le sérieux de la partie qui s'oppose au renvoi. Si celle-ci ne montre pas d'entrée de jeu — c'est-à-dire lors de la présentation de la demande de renvoi — qu'elle a l'intention de faire valoir vigoureusement son objection à la compétence arbitrale et que celle-ci a des chances raisonnables de succès, le juge devra refuser de fixer une audition destinée à vider la question de la compétence arbitrale et renvoyer immédiatement l'affaire à l'arbitrage.

13. On peut concevoir une autre situation dans laquelle le juge aurait avantage à ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire, et c'est lorsque la convention d'arbitrage est régie par un droit étranger. Cette possibilité est expressément envisagée à l'article 3121 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu'« [e]n l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule ». Imaginons, en modifiant l'exemple utilisé précédemment, que la clause invoquée

21. Par. 86.

par la partie recherchant le renvoi à l'arbitrage est insérée dans un contrat international de distribution constaté par écrit mais auquel la partie adverse n'a consenti que tacitement. Le contrat contient une clause prévoyant qu'il est régi par le droit d'un pays X et une autre prévoyant la tenue d'un arbitrage dont le siège sera dans la capitale du pays X. Imaginons par ailleurs que la partie s'opposant au renvoi à l'arbitrage plaide que la clause compromissoire est régie par le droit du pays X, et qu'en vertu de ce droit, une convention d'arbitrage n'est valide que si elle porte la signature de toutes les parties. Dans l'éventualité où il était admis par toutes les parties que le demandeur n'avait jamais signé le contrat, le moyen soulevé par ce dernier afin de s'opposer au renvoi à l'arbitrage ne soulèverait que des questions de droit. Cependant, comme l'exception à la règle générale de la priorité en présence de tels moyens est principalement justifiée par l'expertise des tribunaux sur les questions de droit[22], force est de constater que cette exception perd beaucoup de sa raison d'être lorsque la convention d'arbitrage est régie par des règles étrangères, à l'égard desquelles le juge québécois ne possède évidemment aucune expertise. De toute manière, compte tenu du rapprochement entre le droit étranger et le fait, et vu que la recherche de la teneur du droit étranger mène souvent à des débats d'experts dont la crédibilité doit être évaluée par le juge, il serait peut-être préférable de considérer que dans une telle situation, le moyen soulevé par le demandeur ne soulève pas que des questions de droit, mais plutôt des questions mixtes qui devraient d'abord être soumises au tribunal arbitral.

14. On peut aussi se demander si, en matière d'arbitrage commercial international, le juge n'aurait pas avantage à toujours refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire, même lorsque le moyen invoqué par la partie s'opposant au renvoi ne soulève que des questions de droit québécois. Comme on le sait, la réforme du droit québécois de l'arbitrage a été profondément influencée par la Loi type[23] et la Convention de New

22. *Supra*, par. 10.

23. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I.

York[24]. L'Assemblée nationale souhaitait très clairement assurer la compatibilité du droit québécois avec les principes généraux de l'arbitrage commercial international, de manière à ce que les opérateurs du commerce international ne soient pas surpris par des règles ou des décisions incompatibles avec leurs attentes légitimes[25]. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la Cour suprême a souligné, dans son arrêt *GreCon*, l'importance d'interpréter les règles québécoises de l'arbitrage de manière conforme aux instruments internationaux dont il s'inspire[26]. Or, un juge québécois sera davantage susceptible de trancher une question de droit touchant à la compétence arbitrale de manière compatible avec les principes généraux de l'arbitrage commercial international et les attentes des opérateurs du commerce international s'il bénéficie d'une première décision rendue par des arbitres internationaux bien au fait de ces considérations. Renvoyer la balle aux arbitres, même lorsque l'objection à la compétence arbitrale ne soulève que des questions de droit, serait donc susceptible de mieux servir l'objectif d'assurer l'adéquation entre les règles québécoises de l'arbitrage et les intérêts des opérateurs du commerce international.

B. L'OBJECTION À LA COMPÉTENCE ARBITRALE SOULEVANT UNE QUESTION DE FAIT

15. Selon la seconde hypothèse, le moyen invoqué par la partie s'opposant au renvoi à l'arbitrage ne soulève que des questions de fait. Alors que la question de droit s'intéresse à la validité, en droit positif, d'une proposition normative donnée — et qu'elle ne requiert donc qu'une analyse des sources formelles du droit —, la question de fait requiert du juge qu'il exerce soit son pouvoir d'apprécier souverainement la force probante des preuves, soit son pouvoir de tirer des inférences factuelles de faits prouvés. Par exemple, imaginons que deux entreprises — l'une québécoise, l'autre ontarienne — négocient un contrat de

24. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3.

25. Frédéric BACHAND, *op. cit.*, note 3, p. 160 (n° 242).

26. *GreCon Dimter inc.* c. *J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46.

vente. Elles s'échangent divers projets par télécopieur et s'entendent sur le prix et les principales modalités de la vente. L'acheteur envoie au défendeur, le 12 septembre, ce qu'il prétendra plus tard être la version finale du contrat, qui contient une clause d'élection de for désignant les tribunaux québécois. Les parties omettent de signer le contrat final, mais les biens sont néanmoins livrés et le prix payé. Un litige survient peu après, l'acheteur se plaignant de la qualité des biens livrés. Des négociations s'ensuivent, mais les parties n'arrivent pas à s'entendre à l'amiable et l'acheteur intente une action en Cour supérieure du Québec. Imaginons maintenant que le vendeur s'oppose à la démarche de l'acheteur et demande le renvoi à l'arbitrage en s'appuyant sur un document contenant une clause compromissoire, document que le vendeur prétend être la version finale du contrat conclu par les parties; le vendeur allègue avoir répondu à l'envoi du 12 septembre en précisant qu'il n'accepterait de conclure la vente qu'à la condition que la clause d'élection de for soit remplacée par une clause compromissoire. L'acheteur soutient n'être aucunement lié par cette clause en ne faisant valoir qu'un seul argument, soit qu'il n'a jamais reçu de réponse à l'envoi du 12 septembre. Le vendeur conteste cette allégation et soutient être en mesure de prouver que l'acheteur a bien reçu sa réponse à l'envoi du 12 septembre, et qu'il a donc tacitement consenti à l'arbitrage. Dans une telle hypothèse, le moyen de l'acheteur soulève une question — celui-ci a-t-il reçu le document contenant la clause compromissoire invoquée? — ne comportant aucune dimension juridique, dont la réponse ne dépendrait que de l'analyse, soit de la force probante des preuves versées au dossier, soit des inférences à être tirées à partir de faits établis par ces preuves. On serait alors en présence d'un moyen ne soulevant qu'une question de fait.

16. L'arrêt *Dell* enseigne que dans de telles circonstances, le juge doit « normalement » donner effet à la règle de la priorité et renvoyer le litige à l'arbitrage sans trancher l'objection soulevée, car « en ce domaine, [le tribunal arbitral] dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires »[27]. C'est dire que, même dans un tel cas, le juge

27. Par. 85.

pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'écarter la règle de la priorité, et vider la question de la compétence arbitrale au stade de la demande de renvoi. La Cour avait-elle à l'esprit l'hypothèse où le moyen de la partie qui s'oppose au renvoi est manifestement bien fondé, la demande de renvoi étant donc manifestement mal fondée? Il est permis d'en douter, car la règle de la priorité serait — dans une telle hypothèse — inapplicable[28], et la question de l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire ne se poserait tout simplement pas. La Cour avait possiblement à l'esprit l'hypothèse où un examen sommaire des preuves documentaires déjà au dossier révélerait que l'objection à la compétence arbitrale s'avère manifestement mal fondée : la demande de renvoi à l'arbitrage s'avérerait alors manifestement bien fondée et le juge serait autorisé à renvoyer l'affaire au tribunal arbitral tout en confirmant, de manière finale, la compétence de ce dernier. Selon cette lecture des motifs de la Cour, le juge saisi de la demande de renvoi aurait le pouvoir de tuer dans l'œuf les manœuvres — sans doute strictement tactiques et dilatoires — de la partie qui s'oppose à la compétence arbitrale, permettant ainsi de limiter le débat devant le tribunal arbitral aux questions de fond.

C. L'OBJECTION À LA COMPÉTENCE ARBITRALE SOULEVANT UNE QUESTION MIXTE

17. La troisième hypothèse évoquée par la Cour est celle où le moyen de la partie s'opposant à l'arbitrage soulève une question mixte de fait et de droit. Il s'agit d'une situation où le juge saisi de la demande de renvoi doit — dans un premier temps — soit apprécier la force probante de preuves, soit tirer des inférences factuelles de faits prouvés et — dans un deuxième temps — répondre à une question strictement juridique, nécessitant une analyse des sources de droit pertinentes. Par exemple, imaginons que la partie qui s'oppose au renvoi à l'arbitrage soutient que la clause compromissoire est abusive. Son moyen repose sur les prétentions suivantes : a) les stipulations du contrat dans lequel est insérée la clause

28. *Supra*, par. 4.

compromissoire ont été rédigées par la partie adverse; b) ces stipulations, y compris la clause compromissoire, n'ont pas été librement négociées; c) la clause d'arbitrage prévoit que les frais de l'arbitrage et les honoraires des avocats de la partie ayant eu gain de cause seront à la charge de la partie perdante. Imaginons maintenant que la partie adverse réponde en soutenant, d'abord, que les stipulations contractuelles ont été rédigées par les deux parties suite à de véritables négociations et, ensuite, que même si le juge concluait qu'il s'agit bien d'un contrat d'adhésion, le fait que les frais de l'arbitrage et les honoraires des avocats de la partie ayant eu gain de cause soient à la charge de la partie perdante ne rendrait pas la clause compromissoire abusive pour autant. Ici, le moyen présenté serait clairement mixte, car il soulèverait deux questions de fait relatives aux circonstances dans lesquelles le contrat a été rédigé et une question appelant à une analyse strictement juridique de la validité de la stipulation relative aux frais, eu égard à l'article 1437 du *Code civil du Québec*.

18. Dans de telles circonstances, l'arrêt *Dell* enseigne que le juge devra « favoriser » le renvoi, sauf si « les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier[29] ». Cette directive est parfaitement cohérente avec ce que la Cour a dit à propos du moyen ne soulevant qu'une question de fait et du moyen ne soulevant qu'une question de droit. Le juge appelé à trancher un moyen mixte devra donc se poser deux questions. Il devra d'abord se demander si les questions de fait peuvent être tranchées de manière sommaire, suite à un examen superficiel des preuves documentaires déjà au dossier. Une réponse affirmative militera en faveur d'une dérogation à la règle de la priorité, mais l'analyse ne devra pas s'arrêter là, car le juge devra ensuite se demander s'il ne serait pas justifié d'exercer son pouvoir discrétionnaire de renvoyer tout de même la balle au tribunal arbitral. Et puisque le juge aura conclu être en présence d'un moyen soulevant surtout des questions de droit, les circonstances dans lesquelles l'exercice de son pouvoir discrétionnaire

29. Par. 85.

sera justifié devraient logiquement être les mêmes que lorsque le moyen du demandeur ne soulève que des questions de droit[30].

19. En décidant que la règle de la priorité doit recevoir application quel que soit l'objet du moyen soulevé par la partie s'opposant à l'arbitrage, la Cour suprême a élucidé une question d'une grande importance pratique. Cependant, il est permis de se demander si en reconnaissant au juge saisi de la demande de renvoi un pouvoir discrétionnaire devant être exercé en tenant compte, notamment, de la distinction — fort épineuse — entre les questions de droit, les questions de fait et les questions mixtes, la Cour n'a pas adopté une solution qui pourrait s'avérer difficile à appliquer en pratique. Il serait regrettable que des débats sur la qualification du moyen invoqué par la partie s'opposant à l'arbitrage et sur l'opportunité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge mettent en péril les objectifs de célérité et de prévisibilité qui sous-tendent la règle de la priorité.

Frédéric Bachand
Faculté de droit
Université McGill
3644, rue Peel
Montréal (Québec) H3A 1W9
Tél. : 514 398-6395
frederic.bachand@mcgill.ca

Pierre Bienvenu
Ogilvy Renault
1981, av. McGill College, bureau 1100
Montréal (Québec) H3A 3C1
Tél. : 514 847-4452
pbienvenu@ogilvyrenaut.com

Note des auteurs : Les auteurs tiennent à préciser qu'ils ont représenté l'une des intervenantes dans l'affaire *Dell*.

30. *Supra*, par. 11 et suiv.