

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
FACULTÉ DE DROIT

L'ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE AU QUÉBEC ET DANS
L'ESPACE OHADA : UNE APPROCHE COMPARÉE.

Par

Fabrice Constant KOUASSI

Mémoire soumis à la Faculté de Droit en vue de l'obtention du grade de «Maître en
droit»

Table des matières

Liste des abréviations.....	4
Résumé.....	5
Introduction.....	6
Partie 1 : Problématique et Méthodologie de la recherche.....	12
Section 1 : Problématique de la recherche.....	12
A. La question centrale de la recherche.....	13
B. Revue critique de la littérature.....	20
Section 2 : La méthodologie de la recherche.....	29
A. Le cadre de référence.....	29
1. Le cadre théorique.....	29
2. Le cadre conceptuel.....	31
a. L'arbitrage et la sentence arbitrale.....	31
i. L'arbitrage.....	31
ii. La sentence arbitrale.....	33
b. L'homologation.....	34
c. L'exéquatur.....	35
d. L'annulation.....	36
e. L'ordre public.....	37
B. Le cadre d'analyse et les résultats escomptés.....	39
1. Le cadre d'analyse.....	39
2. Les résultats escomptés.....	40
Section 1 : L'origine philosophique des règles liées à l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.....	43
A. La valeur fondamentale de la liberté.....	44
1. La portée de la liberté dans la cause arbitrale.....	44
a. La désignation de la loi compétente.....	44
b. La compétence des juridictions judiciaires.....	47
c. La constitution du tribunal arbitral.....	49
2. Les limites de la liberté du choix des parties.....	51
a. Le caractère impératif de certaines lois.....	51
b. Les règles interprétatives.....	55
c. De la motivation de la sentence arbitrale.....	56
d. Les causes arbitrables et l'ordre public.....	57
B. Les valeurs accessoires de la mise en œuvre de la procédure arbitrale.....	58
1. L'indépendance et l'impartialité.....	59
a. L'indépendance.....	59
b. L'impartialité.....	61

2.	La philosophie de l'efficacité.....	61
3.	Les philosophies de l'égalité et de la confiance.	65
a.	La valeur de l'égalité.....	65
b.	La confiance.....	67
C.	Les enseignements juridiques réciproques issus des valeurs sociales prônées dans les juridictions étudiées.....	68
1.	L'impact de la liberté sur le processus de l'arbitrage.....	69
2.	Le poids des exigences des objectifs visés par les parties.....	70

Section 2 : L'origine historique des règles de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada. 72

A.	L'impact de la convention de New York de 1958 sur les juridictions étudiées.	74
1.	L'étendue des règles de la convention de New York.	74
2.	Les limites de la convention de New York.....	77
a.	La clause de réciprocité.	77
b.	La clause de réserve de commercialité.....	79
B.	L'impact de la loi-type de la CNUDCI sur les juridictions étudiées.	80
1.	Les implications juridiques de la privatisation du processus de règlement des litiges.	81
2.	Les implications juridiques de la flexibilité issue de la loi-type.....	82
3.	Les implications juridiques de l'efficacité du fait des délais.	84

Partie 3 : Les règles de fonctionnement du processus de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada..... 87

Section 1 : Les fonctions liées à l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'Ohada. 88

A.	Les fonctions administratives des organes susceptibles d'annuler la sentence arbitrale.	88
1.	L'administrativité des fonctions des organes d'arbitrage.	89
2.	La portée jurisprudentielle de l'action administrative des organes dans le processus arbitral.	94
B.	Les fonctions juridictionnelles des organes.....	98
1.	La juridictionnalité des fonctions des organes de l'arbitrage.	100
2.	La portée jurisprudentielle des fonctions juridictionnelles des organes intervenant en arbitrage.	105
a.	La compétence des autorités en arbitrage.....	105
b.	La récusation des autorités en arbitrage.	107
C.	Les effets juridiques de la nature fonctionnelle des organes de l'annulation.....	109
1.	L'enjeu relié au rôle des actes du juge étatique.	110
2.	L'impact de la perception in concreto du processus par le juge.....	111

Section 2 : L'instance de l'annulation au Québec et dans l'espace Ohada.....114

A.	Les cas légaux d'ouverture.	114
1.	Nature des procédés d'ouverture.	114
a.	Les cas ordinaires du recours en annulation.	115
b.	Les procédés exceptionnels d'annulation de la sentence arbitrale.....	119

2.	La portée jurisprudentielle des cas d'ouverture à annulation de la sentence arbitrale.	123
a.	Affaire Monsieur D. G et Madame D. J c. SOTACI	123
b.	L'affaire Gestion Maraleaud inc. c. Microtec Sécuri-T inc	127
B.	Les pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale.	129
1.	Les sources des pouvoirs des autorités de l'annulation.....	130
a.	La saisine de l'autorité de l'annulation de la sentence arbitrale.	130
b.	L'objet du litige et les pouvoirs d'annulation de la sentence arbitrale.....	133
2.	La portée jurisprudentielle des pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale.	134
a.	Desputeaux c. Chouette.....	135
b.	Société J. et A. International Co c. Parti démocratique de Côte d'Ivoire (PDCI)	138
C.	Les effets juridiques issus de l'état du droit au Québec et dans l'espace de l'Ohada.	140
1.	Le principe de l'internationalisation de la sentence arbitrale.....	140
2.	De la nécessaire limite des pouvoirs des juges publics.	142
3.	La clarté de la loi autour de l'ordre public.	143
	Conclusion.....	145
	Bibliographie.....	152

Liste des abréviations.

A.U.A : Acte uniforme Ohada relatif au droit de l'arbitrage.

C.A.C.I : Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire.

C.A.Me.C : Centre d'arbitrage et de médiation de Cotonou.

C.A.M.C-O : Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou.

C.A.M.C : Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (Dakar - Sénégal).

C.C.J.A : Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada.

C.N.U.D.C.I : Commission des Nations-Unies pour le développement du commerce international.

C.c.Q : Code civil du Québec.

C.p.c : Code de procédure civile du Québec.

E.Y.B : Éditions Yvon Blais.

G.I.C.A.M: Groupement interpatronal du Cameroun.

I.M.A.Q : Institut de médiation et d'arbitrage du Québec.

O.H.A.D.A : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des affaires.

R.A : Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.

Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage.

R.D. McGill : Revue de droit de l'Université McGill.

Rev. dr. unif : Revue de droit uniforme.

R.D.U.S : Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.

R.J.T: Revue juridique Thémis.

Résumé

Le processus de règlement des litiges par la voie de l'arbitrage a nourri des ambitions économiques énormes dans les sphères juridiques où ce mécanisme a été instauré. L'efficacité de ce processus qui signifie entre autre un processus ayant abouti à une application, voire une exécution effective des protagonistes est un gage de la réalisation de ces ambitions.

Or, ce processus peut être compromis du fait de l'annulation de la sentence arbitrale par un juge dont l'intervention dans le processus peut soit le renforcer, soit l'annihiler fondamentalement. Cette situation explique dans une large mesure les raisons pour lesquelles la doctrine juridique se place en faveur d'une collaboration solide entre la justice publique et la justice privée de l'arbitrage.

Comment cette question de l'annulation de la sentence arbitrale est abordée dans les sphères juridiques du Québec et de l'Ohada? Quels sont les effets juridiques issus de la comparaison de cette situation dans chacune de ces sphères? Telle se présente la substance de cette recherche dont la méthode comparative est alimentée par le paradigme de l'herméneutique juridique et son corollaire le pluralisme juridique. Les résultats issus du dialogue comparatif devraient participer à une amélioration des situations problématiques décelées dans les sphères concernées.

Summary

The rule process of lawsuits based on arbitration has filled out huge economic ambitions related to judicial spheres where this mechanism has been established. The efficiency of this process, which among others, has led to an application, indeed a real execution of the protagonists, is somewhat a guarantee to the fulfilment of these ambitions.

However, this process can be compromised because of the cancellation of the arbitral sentence by a judge whose intervention in the process can either reinforce it or destroy it. This situation mainly explains the reasons why the juridical doctrine is in favour of a solid collaboration.

How do the juridical sphere of Quebec and Ohada tackle this issue of the cancellation of the arbitral sentence? What are the juridical effects stemmed from the comparism of this situation in both spheres? The way the substance of this research appears and whose comparative method is fed by the paradigm of the juridical hermeneutics and its juridical pluralism corollary. The results stemmed from the comparative dialog should participate in improving problematic situations detected in the applied spheres.

Introduction.

Dans cette étude comparée des règles de l'annulation de la sentence arbitrale, nous préciserons en première partie outre notre problématique de recherche, la démarche comparative qui nous permettra de mieux traiter la question de recherche. Cette question pourrait à priori être formulée de la manière suivante : « *quels sont les effets juridiques issus de la comparaison des règles d'annulation d'une sentence arbitrale selon les législations en vigueur au Québec et dans l'espace africain issu de l'Ohada?* » Cette présente étape préalable sera l'occasion non seulement de dévoiler, « *pourquoi* » l'intérêt a été orienté sur la question de l'annulation de la sentence arbitrale, mais aussi de préciser le plan de réalisation de cette étude.

Le phénomène étudié peut sembler à l'analyse simple, évident à la limite. De façon pratique, il pourrait être appréhendé ainsi qu'il suit pour mieux en percevoir tous les enjeux reliés à la maîtrise et à l'amélioration des procédés de l'annulation d'une sentence arbitrale. Quand X et Y passent un accord commercial, ils ont bien certainement un intérêt respectif visé, recherché. La réussite de cet accord passe dans le meilleur des cas par la réalisation de la part d'obligations de chacune des parties au contrat. Ce qui exige un ensemble d'attitudes à la fois juridique morale et éthique qui peuvent garantir la confiance de part et d'autre.

Les deux partenaires exigent et souhaitent que non seulement chacun d'eux s'exécute de façon efficace et dans les meilleurs délais, mais mieux, qu'ils n'aient pas en vue consciemment ou inconsciemment de « *rouler* » ou tromper l'autre cocontractant. Devant cette réalité, ils prennent des mesures pour parer à toute éventualité non désirée. C'est un signe de professionnalisme, mais aussi de responsabilité, comme pour dire à l'autre, « *tu vois, tu peux me faire confiance, je suis de bonne foi* ».

Parmi les actes pris pour mener à bien le contrat qui les lie et pour marquer leur bonne foi, les parties avisées n'omettent nullement de prévoir la manière de régler tout différend qui surviendrait dans le cours de leurs relations d'affaires. Au stade de ce choix, le différend encore lointain, voire même hypothétique n'a pas grand effet sur les actes pris

par les parties. Il est d'observation cependant que de plus en plus, l'éloignement des parties du monde judiciaire fondamental est très fréquent. Les parties semblent plus sensibles à une claire volonté de s'appropriier leur litige éventuel. Très certainement cela en vue d'éviter toute surprise qui pourrait être désagréable, liée à la rigueur de la loi bien souvent indésirable dans le monde des affaires.

Quand X et Y optent donc pour un choix autre que celui de la justice de l'État, cela témoigne de leur volonté affirmée de tenir l'État à l'écart de leurs affaires. Cela porte à croire que la présence du Léviathan serait perturbatrice et compromettrait sans nul doute les impératifs chers aux parties dans la réalisation de leurs objectifs commerciaux. Une telle attitude est en faveur de la prépondérance des modes de Prévention et Règlement des Différends (PRD) dont la négociation, la conciliation, la médiation, l'arbitrage.

À ce titre, la négociation décrirait une série de discussion et de démarches entreprises en vue de conclure un accord¹. Le but de la négociation est donc de trouver cet accord². Les discussions et autres entretiens écrits, téléphoniques ou informatiques en sont les principales voies de réalisation. La phase de conciliation, en ce qui la concerne, est celle où l'accord est effectivement trouvé par les personnes en litige et met fin à celui-ci³. Cela peut nécessiter la présence d'un tiers qui dans un souci de rapprocher les parties, les amène à concilier leur divergence. En clair, une négociation bien menée en vue de résoudre un différend pourrait aboutir à une conciliation. Quant à la médiation, elle suppose un tiers intervenant pour proposer des solutions au litige aux différentes parties sans que cela ne soit une obligation pour elles de les accepter⁴. Enfin, l'arbitrage est un mode « *parajudiciaire*⁵ » de résolution des conflits, fondé sur la liberté des parties qui

¹ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2004, s.v «négociation».

² Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2007, s.v. «négociation».

³ *Ibid* s.v. «conciliation»

⁴ *Ibid* s.v «médiation»

⁵ *Supra* note 1 s.v «arbitrage»

confient à un tiers de trancher leur litige. Ces modes de résolution des différends sont qualifiés d'amiabes d'autant plus qu'ils se soucient d'une façon ou d'une autre, des rapports de divers ordres qui lient les protagonistes.

Cependant, ces mécanismes n'évoluent pas en vase clos. Leur rapport au juge de l'État peut présenter un intérêt majeur. Représentant par excellence de la force publique, le juge étatique est le seul à détenir l'impérium capable de délier la force exécutoire. Voilà tout l'enjeu du recours fait au juge. La décision du juge rendue en faveur d'une partie lui permet de solliciter l'appareil répressif de l'État pour recouvrer son droit avili. La course qui vise donc à amener un juge à épouser sa cause n'est donc pas sans intérêt, surtout dans une cause fondée sur une base privée.

Particulièrement en ce qui concerne le mécanisme de l'arbitrage, le rapport au juge est important en raison du caractère hybride par nature de la sentence arbitrale. Celle-ci est en effet, un acte contractuel en raison des choix opérés par les parties quant à la constitution du tribunal arbitral et parfois même du droit applicable. Mais, elle demeure aussi un acte juridictionnel en raison non seulement des obligations légales qui pèsent sur l'arbitre, mais aussi éventuellement de la caution morale que la sentence arbitrale pourrait avoir du juge de l'État. On peut donc observer et admettre que le recours au juge de l'État fasse partie intégrante du processus d'arbitrage. Le juge intervient bien souvent pour consolider provisoirement certains droits, d'autres fois pour évaluer la compétence du tribunal consulté, et enfin son intervention peut avoir pour effet de donner sa force à la sentence arbitrale. Cette intervention n'est pas sans certaines particularités au regard même du minimum d'intégrité auquel a droit le processus arbitral.

On peut se rendre aussi à l'évidence de ce que la collaboration entre la justice étatique et la justice arbitrale est nécessaire, presque indispensable au développement du droit de l'arbitrage⁶. Connaître et comprendre les règles régissant cette collaboration bénéficie par

⁶ Cette idée se ressent dans la préface de la professeure Hélène Gaudemet-Tallon à l'ouvrage de Alexandre Court de Fontmichel sur l'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international. L'auteure admet en effet que la collaboration entre la justice privée et la justice étatique est nécessaire dans un domaine spécifique comme l'arbitrage pour des raisons bien connues d'efficacité et dans l'intérêt supérieur du triomphe de la vérité, de la justice. Alexandre Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004 à la p. 12.

ricochet d'une importance tout aussi similaire. En effet, en analysant l'organisation et le fonctionnement des règles de l'annulation de la sentence arbitrale on peut s'instruire de la façon de tirer le meilleur profit de la collaboration entre la justice publique et la justice privée du point de vue de l'arbitrage.

Mieux, instaurer dans cette étude, un dialogue comparatif entre le Québec et le droit Ohada (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), participe d'un partage d'expérience et de perception dont l'une et l'autre juridiction peuvent en retirer le plus grand profit. Ces avantages pourraient éventuellement se comprendre en termes d'amélioration des choix législatifs et des analyses jurisprudentielles. Cela pourrait donc permettre de surmonter un certain nombre de difficultés qui peuvent miner le développement voulu par chacune des « *parties* » de l'arbitrage. Tout cela contribuerait bien certainement à l'évolution du droit dans ce domaine.

Étudier donc la question de l'annulation de la sentence arbitrale en lui-même est important pour le Québec et pour les pays de l'Ohada, car, elle peut constituer le talon d'Achille du développement de l'arbitrage dans ces juridictions. C'est dire que quiconque veut contrarier un processus arbitral doit déployer les moyens pour en rendre la sentence inopérante. Chose à laquelle pourvoit aisément le recours en annulation de la sentence.

Dans la seconde partie de cette étude comparative, les enjeux autour de l'organisation de l'annulation de la sentence arbitrale trouveront sens au sein des aperçus philosophique et historique qui accompagnent ce phénomène. Ainsi, dans une première section, l'approche philosophique comparée se voudra en premier lieu, l'occasion de relever les théories, les valeurs qui meublent le processus de l'annulation de la sentence arbitrale. Cela peut permettre de relever l'influence due à certaines valeurs dans le processus arbitral et envisager à partir de quand la sanction de l'annulation de la sentence arbitrale peut permettre de réhabiliter, de restaurer ces valeurs par rapport aux violations en tout genre qui leur sont faites dans une sphère comme une autre. La position philosophique originelle de ces valeurs peut aider suivant une perspective comparative, à comprendre le rôle attribué au juge de l'État une fois qu'il est consulté dans une cause, de même que

l'amélioration de ce rôle. La valeur de l'histoire dans le processus d'annulation de la sentence arbitrale n'est pas non plus négligeable.

En sus à l'approche philosophique, l'approche historique du phénomène de l'annulation de la sentence arbitrale aura dans la section deux, à décrire, à expliquer et à analyser dans une large mesure les choix, les raisons qui ont fondé les orientations des précurseurs des textes de référence en matière d'arbitrage. Être au fait des choix historiques opérés au plus haut niveau permet de saisir les raisons qui ont habité les législateurs lors des processus législatifs dans le domaine de l'arbitrage et de comprendre le bien ou le mal fondé des politiques d'aujourd'hui. Cela peut aussi contribuer à aider les systèmes comparés à déjouer un ensemble de difficultés, instruits des expériences forgées de part et d'autre dans l'histoire. Une telle approche a donc une grande importance.

Dans la troisième partie de l'étude, nous mettrons en évidence le processus de l'annulation de la sentence arbitrale suivant une dimension fonctionnelle comparée. Ici, dans une première section, cette approche consistera à relever comparativement le sens des fonctions des autorités qui interviennent dans le processus de l'annulation de la sentence arbitrale. Connaître les fonctions des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale peut aider à comprendre en quel sens celles-ci se rattachent à l'annulation de la sentence. L'approche des fonctions administratives et des fonctions juridictionnelles des autorités étudiées pourra permettre de relever, lesquelles de ces fonctions sont plus aptes à autoriser ou empêcher, l'annulation d'une sentence arbitrale. Une telle approche renseigne sur la portée de ces fonctions et permet de lever toute équivoque ou confusion entre le rapport de ces différentes fonctions à la procédure en annulation de la sentence arbitrale. L'approche comparative permettra donc d'évaluer l'impact de ces fonctions sur le processus d'annulation de la sentence arbitrale et d'envisager des pistes d'amélioration réciproque.

Dans une seconde section, à travers l'étude de l'instance de l'annulation de la sentence arbitrale nous entendons donner sens également au processus de l'annulation de la sentence arbitrale. Cette dimension pourra permettre de se rapprocher du prétoire et d'analyser les actes qui y sont accomplis et qui concourent à obtenir soit l'annulation de

la sentence arbitrale, soit à s'y opposer. L'approche comparative des cas légaux d'ouverture est à cet effet une voie d'étude intéressante dans la mesure où elle sera utile pour connaître les circonstances suivant lesquelles un recours en annulation a ou non des chances de prospérer. L'étude comparative des pouvoirs des autorités de l'annulation contribuera aussi à renforcer sans conteste à cette évaluation.

Abordée comparativement, l'étendue des pouvoirs des autorités relativement à l'annulation de la sentence arbitrale revient à chercher à savoir substantiellement les sources dans lesquelles s'originent ces pouvoirs et la portée dont ils peuvent faire l'objet. Une telle approche se veut riche de sens dans la mesure où elle favorise l'intelligibilité et permet de réfléchir sur les politiques entreprises dans le cadre d'un processus arbitral.

En somme, cette étude entend couvrir comparativement dans le champ du Québec et de l'espace Ohada, le cours de l'annulation de la sentence arbitrale. Cette ambition exige dans une touche première, de mettre à découvert, les voies et moyens méthodologiques que pourrait commander une telle étude.

Partie 1 : Problématique et Méthodologie de la recherche.

À ce stade de nos travaux, nous entendons mettre en évidence l'importance de l'arbitrage dans nos deux sphères de référence en insistant sur les motivations de cette importance. En relevant la valeur de ce processus, c'est aussi celle de son résultat en l'occurrence la sentence arbitrale qui est mise en exergue. En conséquence, toute menace ou au contraire, tout acte de nature à favoriser l'efficacité de cette sentence trouve ici sa pertinence. C'est dans ce cadre que nous évoquerons le juge dont le rôle pousse la doctrine à requérir une réelle collaboration entre la justice publique et la justice privée de l'arbitrage.

Notre démarche analytique reste tout aussi importante ici. C'est là que nous entendons explorer le cadre qui va nous conduire dans les analyses que nous allons entreprendre. En précisant nos références, nous apportons plus de renseignements au lecteur sur les sources de notre étude. Le cadre conceptuel se veut par ailleurs le lieu de mieux préciser les notions principales qui auront cours tout au long de ce travail. De la sorte, c'est pour nous le moyen d'apporter une bien meilleure clarification aux approches qui vont être engagées.

Pour remplir ces objectifs, nous voulons aborder ici la problématique de notre recherche et la méthode que nous entendons exploiter en vue de la réalisation de cette étude.

Section 1 : Problématique de la recherche.

L'importance de la problématique a été posée comme fondamental dans toute entreprise de recherche. À cet effet, Pierre Maillé et Alex Mucchielli estiment que : *« pour le chercheur, la compréhension d'une réalité qu'il va étudier prend racine dès la construction de la problématique, c'est-à-dire dès qu'il a l'intuition d'un problème, d'une question à résoudre au sujet d'un problème dont il a une vague connaissance⁷. »* Ici l'intuition du problème tire sa substance du phénomène de l'annulation d'une sentence arbitrale. Cette demande en annulation faite au juge de l'État est l'une des portes d'entrée

⁷ Pierre Maillé et Alex Mucchielli, *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, Paris , Armand Colin, 2005 à la page 16.

pour une intervention de cette autorité dans le processus arbitral. En l'abordant comparativement dans deux sphères distinctes, l'on pourra certainement identifier des pistes de nature à rendre cette intervention des plus utiles dans chacun des espaces étudiés.

Pour construire notre problématique, nous allons à ce stade de notre travail, relever à travers la justification de la question de recherche (A) le chamboulement de l'intégration de l'arbitrage dans nos juridictions de référence et aussi élucider suivant l'état des connaissances scientifiques sur le sujet (B) comment le problème de l'annulation de la sentence arbitrale menace l'intégrité de cette forme de justice. Le rôle du juge de l'État n'est pas négligeable dans cette entreprise.

A. La question centrale de la recherche.

La question de la recherche dans cette étude peut être libellée de la façon suivante : quels sont les effets juridiques issus de la comparaison des règles d'annulation d'une sentence arbitrale selon les législations en vigueur au Québec et dans l'espace africain issu de l'Ohada ? Telle qu'énoncée, cette question pourra nous permettre d'aborder méthodiquement notre étude; de poser une hypothèse de recherche qui sera soit confirmée soit infirmée tout au long de ce travail. Elle facilite aussi l'appréhension de la dimension théorique et pratique que recouvre le sujet de recherche. Cette hypothèse de départ est la suivante : les problèmes liés à l'organisation de l'annulation sont abordés de manière identique sous les deux juridictions comparées, alors qu'ils divergent quant il est question de leur mise en œuvre.

Dans un souci d'opérationnalisation, la question de recherche peut être reformulée de la façon suivante : comment peut-on comparer les règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de l'annulation de la sentence arbitrale tant au Québec que dans l'espace Ohada? Cette reformulation qui vient apporter une plus grande précision à la première question pose à son tour l'enjeu de la question de recherche d'un point de vue pratique. C'est pour ces raisons de complémentarité que tout au long de ce travail ces interrogations doivent être comprises comme couvrant théoriquement et pratiquement une seule et même réalité, celle de l'annulation de la sentence arbitrale.

Au Québec, comme dans l'espace juridique africain issu de l'Ohada, le mécanisme de l'arbitrage fait partie des innovations qui ont constitué un tournant important dans l'évolution de l'état du droit. En quel sens?

Dans la province du Québec, c'est à la faveur de la ratification par le gouvernement fédéral du Canada de la convention de New York⁸ que le parlement québécois a procédé par le biais du projet de loi 91 à la modification du Code civil et du Code de procédure civile pour faire de l'arbitrage un droit moderne faisant partie intégrante du droit commun. Les dispositions dans ce domaine, sclérosées depuis 1966⁹ ont pu trouver l'opportunité d'une adaptation aux exigences de la vie économique moderne¹⁰. Lors des débats ayant précédé l'adoption dudit texte, les différents intervenants ont relevé la substance des motivations qui conduisent le Québec à faire l'apologie de l'arbitrage. Ces raisons sont pour l'essentiel de nature économique.

Le politique québécois a su montrer son adhésion à la cause de l'arbitrage qui de toute manière ne pouvait que trouver au Québec, en raison de la culture bijuridique existante, un cadre propice à son essor. Il y perçoit un levier performant pour le développement économique, voire social. À cet effet, le ministre de la Justice, Monsieur Herbert Marx, n'a pas manqué de relever les avantages énormes que le Québec va rencontrer du fait de

⁸ Il s'agit de la convention élaborée par l'Organisation des Nations Unies avant la création de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le développement du droit Commercial International) et adoptée par une conférence diplomatique le 10 juin 1958. Elle est relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette ratification canadienne est intervenue le 12 mai 1986, suite aux recommandations du colloque de Québec qui s'est tenu aux lendemains de l'adoption de la loi type de la CNUDCI, du 14 au 17 octobre 1985.

⁹ Les dispositions relatives à l'arbitrage existaient dans le Code civil et le code de procédure civile du Québec, mais n'étaient pas adaptées aux impératifs de la vie économique. Le Code civil est donc modifié en vue de définir la convention d'arbitrage et de faire mention des matières dans lesquelles il ne peut y avoir arbitrage et prévoir l'écrit comme la forme de formalisation de l'arbitrage. Le code de procédure civile est modifié dans le but de remplacer les articles existants par de nouvelles dispositions relatives à la nomination des arbitres, au déroulement de la procédure arbitrale, à la sentence et à son homologation ou son annulation, de même qu'aux procédures de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères par les tribunaux du Québec. Voir sur ce point la présentation faite à l'Assemblée par Monsieur Herbert Marx, Ministre de la Justice. (Québec, Assemblée Nationale, Journal des débats (29 mai 1986) à la p. 1910).

¹⁰ Les dispositions nouvelles en matière d'arbitrage se sont fortement inspirées de la loi type de la CNUDCI et de la convention du 10 juin 1958 sus relevée.

la revalorisation du milieu des affaires par le mécanisme de l'arbitrage. Par cela seul, le Québec choisit de ne pas demeurer à la traîne des pays soucieux d'une santé économique de son système.

Grâce à l'arbitrage, une plus grande sérénité habiterait le milieu des affaires qui s'enrichirait même de valeurs un peu plus sociales. Selon Monsieur Claude Filion¹¹ en effet, outre la souplesse, la rapidité relative, la discrétion ou confidentialité, qui sont quasiment consubstantielles à l'arbitrage, d'autres valeurs plus morales ou humaines peuvent surgir dans le milieu des affaires¹². C'est le cas par exemple de la courtoisie ou même de l'amabilité, vu que devant le juge étatique l'on a une plus grande certitude que la confrontation pourrait facilement tourner à la passion et compromettre plus rapidement les rapports entre les parties. Alors que l'arbitrage laisse place à un minimum de collaboration, du moins pour le choix des arbitres et du droit applicable. Cette opération aura d'ailleurs plus de chance d'être une réussite qu'avec ce minimum de négociation entre les parties en litige. À défaut, les parties s'exposent tout aussi à un anéantissement fondamental des avantages sociaux qui peuvent être dû au choix délibéré fait en faveur de l'arbitrage comme c'est le cas avec le juge étatique.

On peut mettre l'adhésion du politique québécois à la thèse de l'arbitrage à l'actif de ses intellectuels universitaires et praticiens du droit¹³ qui ont très tôt compris que l'arbitrage était le vecteur adéquat pour le développement du commerce international. L'arbitrage

¹¹ Monsieur Filion était le député de Taillon à l'Assemblée nationale du Québec lors de la 33^e législature en 1986.

¹² Voir sur ce point les commentaires lors du débat à la page 3675. Monsieur Claude Filion introduit cette vision quelque peu sociale de l'arbitrage dans l'explication qu'il en donne : « en quelque sorte, au lieu d'aller se chicaner devant un juge, les parties conviennent d'adopter une procédure qui est plus souple, plus rapide, plus discrète, plus courtoise par laquelle une procédure d'arbitrage sera instaurée et permettra de résoudre le litige qui les oppose. »

¹³ Les universitaires ont initié le tout premier colloque au Canada dans la ville de Québec qui a accueilli la présence d'autorités en matière d'arbitrage comme le Président de ce colloque le Professeur Pierre Lalive. Lors du débat autour du projet de loi 91 on dénombrait parmi les personnes présentes au sein de l'hémicycle, les incorporateurs du centre international d'arbitrage de Québec dont le professeur Nabil Antaki, le bâtonnier Me Paul Vézina, secrétaire du Centre international d'arbitrage, le recteur de l'Université Laval, Jean Louis Paquet, Me Jean Lambert, Président de la Chambre des Notaires, M. Paul-Émile Reinhardt, Président de la Chambre de commerce et d'industrie du Québec métropolitain et M. Jacques Desmeules, Président du Conseil d'administration de cette chambre.

apparaît donc comme une réforme attendue depuis longtemps dans le milieu des affaires au Québec, mais aussi dans le milieu politique.

Si l'on s'intéresse à l'Ohada, il y a lieu d'observer que sa création a aussi constitué l'une des turbulences les plus importantes dans le droit économique des pays africains dont la plupart étaient des anciennes colonies françaises¹⁴. L'Ohada en effet est le sigle qui désigne l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Le traité instituant l'Ohada a été signé le 17 octobre 1993 par 14 pays africains¹⁵, pour répondre à un certain nombre de défis économiques et sortir ainsi les économies africaines du « *marasme* » dans lequel elles s'étaient enlisées¹⁶. Les pères fondateurs « *techniques*¹⁷ »

¹⁴ Il faut faire observer qu'aujourd'hui la vision de l'Ohada semble être d'intégrer tous les pays africains dans l'expectative d'un droit unique. L'Ohada reste ainsi ouverte à tous les États du continent africain. (www.ohada.com). Cette ouverture reste cependant compromise par le français comme langue unique de travail de l'Ohada. Tel que le stipule l'article 42 du traité Ohada. Cela ne semble pas en faveur de pays ayant une langue autre que le français ou en plus du français comme langue officielle. Il s'agit entre autres de la Guinée Bissau (Lusophone) ; de la Guinée équatoriale (hispanophone) ; du Cameroun (anglophone et francophone) ; de la Guinée équatoriale (français et espagnole). Le projet de révision du traité Ohada vise d'ailleurs à faire de l'anglais, de l'espagnol et du portugais, les trois autres langues de travail de l'Institution. (Voir sur point, Joseph Issa Sayegh et Paul-Gérard Pougoué, « L'Ohada : défis, problèmes et tentatives de solutions » : en ligne Ohadata D-09-26, à la page 466).

¹⁵ Joseph Issa Sayegh, « Introduction au traité et aux actes uniformes de l'Ohada » : en ligne Ohadata D-02-17, à la p. 4. Ces 14 pays africains sont membres de la zone franc, il s'agit entre autres, du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de la Centric Afrique, des Comores, du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, de la Guinée équatoriale, du Mali, du Niger, du Sénégal, du Tchad et du Togo.

¹⁶ Kéba Mbaye, « L'histoire et les objectifs de l'Ohada » *Petites affiches* n° 205 (13 octobre 2004). Les échecs des programmes d'ajustement structurel sont considérés comme les causes essentielles de la récession des investissements observée dans la plupart des pays africains. Cette période se situe entre 1980 et 1990.

¹⁷ *Ibid.* Idéologiquement, l'Ohada ne semble pas être fondamentalement une initiative africaine, car les plus hautes instances françaises se sont investies dans le projet pour consolider leurs investissements sur le continent. Cette idée résulte expressément du témoignage fait par Kéba Mbaye, ancien vice-président de la Cour internationale de justice de La Haye et Président de l'Association pour l'unification du droit en Afrique (Unida). Il retrace l'histoire de l'Ohada en ces termes : « Le facteur premier du lancement du projet a été la politique d'encouragement de « l'intégration en Afrique » conçue et défendue (nos soulèvements) par la Coopération française et dirigée vers une union économique et un grand marché. Cette politique résulte clairement de la lettre qui m'a été adressée conjointement par le ministre de l'Économie, des Finances et du Budget, le ministre de la Justice, et le ministre de la Coopération et du Développement pour me demander de diriger la mission. En effet, on peut lire dans cette lettre : « L'approche retenue privilégie l'harmonisation des règles de la mise en cohérence des environnements juridico-économiques qui paraissent constituer des préalables nécessaires pour assurer la transformation progressive de la zone franc, communauté de monnaie, en une véritable union économique et un grand marché ». De plus le traité instituant l'Ohada a été signé en marge du cinquième sommet de la francophonie.

de l'Ohada voulaient en finir avec la « *balkanisation juridique*¹⁸ » de l'Afrique et mettre de l'avant l'intégration qui nécessairement devait redynamiser la vie économique sur le continent.

Ce projet ambitieux n'était pas pour autant révolutionnaire. En effet, déjà en 1975, un traité quasi similaire avait été signé dans la même ville de Port-Louis en Île Maurice et institué le Bamrel ou Bureau africain et mauricien de recherches et d'études législatives. Le Bamrel avait la même ambition que l'Ohada, à savoir, contribuer à la mise en place d'un droit uniforme ou droit continent. Cette initiative n'a pas fonctionné en raison du peu de soutien et d'engagement politique autour de celle-ci. Si l'on s'en tient à l'expression de Soh Fogno sur la question du Bamrel, il estima qu'il s'agit d'un balbutiement qui ne dura que « *l'espace de l'aurore*¹⁹. » L'Ohada ne connaîtrait pas le même sort, car plus que jamais, il fallait sauvegarder « *le droit commun des pays francophones d'Afrique*²⁰ ».

Les ambitions intégrationnistes de l'Ohada étaient plus que jamais affirmées, ce qui était la marque d'une prise de conscience de la ferme volonté de se « *communautariser* » pour constituer une force. Cette exigence était d'ailleurs commandée par la mondialisation de l'économie qui exigeait de mettre à son profit tous les atouts pour accueillir et retenir les investissements sur son sol et pouvoir jouir éventuellement d'une croissance économique et d'une baisse de l'inflation. Les impératifs juridiques de la mondialisation plus que jamais promus du fait de l'Ohada étaient les suivants : un affaiblissement de la

¹⁸ Cette expression est de Keba Mbaye, ancien président de la Cour Suprême du Sénégal, ancien Vice-président de la Cour internationale de la Haye, ancien président du Conseil constitutionnel du Sénégal. Il a présidé le comité des sept experts qui a accompli les différents travaux ayant abouti à la signature du traité de Port-Louis qui a créé l'Ohada.

¹⁹ Denis Soh Fogno, «le contentieux de l'annulation des sentences issues de l'arbitrage traditionnel dans l'espace de l'Ohada», en ligne Ohadata D-06-27 à la p. 1.

²⁰ Ces propos sont du professeur Foyer (1921-2008) ancien garde des Sceaux de la République française. M Keba Mbaye bien qu'admettant que l'Ohada est « un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance », n'omet pas toutefois de relever que le facteur premier du lancement du projet a été la politique d'encouragement de « l'intégration en Afrique » conçue et défendue par la Coopération française et dirigée vers une union économique et un grand marché. (Voir *Supra* note 16). On peut se douter des précautions financières qui ont été prises afin que l'Ohada ne connaisse pas le même sort le Bamrel.

souveraineté de l'État; une concordance des régimes juridiques applicables aux activités économiques; un ensemble de droits et d'obligations communs à tous les acteurs économiques; une dénationalisation du règlement des conflits de nature économique²¹. Le projet s'inscrit ainsi dans un processus qui, à terme, pourrait conduire à la mise en place ou au renforcement de la mise en place d'un marché africain commun.

On peut conclure sur ce point que la technique de l'arbitrage tant au Québec que dans l'espace Ohada nourrit des espoirs en raison de ses retombées positives sur la vie économique et sociale²². Ce mécanisme se présente comme mieux outillé pour répondre aux impératifs du monde tumultueux des affaires. Il crée la confiance chez les différents acteurs économiques pour qui la crainte liée au risque de l'inconnue est réduite. Il est de nature à créer la bonne foi dans les relations commerciales, car il est peu probable que des parties qui ont elles-mêmes identifié au préalable les règles devant régir leurs contentieux éventuels puissent se prêter indécemment et de façon désinvolte à la survenance de malencontreux désagréments. Le litige restait donc au stade d'un incident de parcours et l'arbitrage « *l'assurance* » qui devait protéger les parties contre des effets non souhaités. L'arbitrage apparaît sous cet angle comme la marque de la prudence dans le domaine des affaires.

Cependant, les difficultés n'épargnent pas pour autant, les rapports conflictuels ou litigieux soumis à l'arbitrage. Ces problèmes naissent pour l'essentiel, du sort juridique réservé à la décision de l'arbitre. En effet, la sentence arbitrale serait un acte juridictionnel et non pas une décision judiciaire pour la raison qu'elle est prononcée par un tribunal conventionnellement choisi par les parties²³. En conséquence, elle n'a aucune

²¹ Joseph Issa Sayegh et Jacqueline Lohoues Oble, *Ohada : harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, à la p. 5.

²² René David, « arbitrage et droit comparé » (janvier-mars 1959) n°1 *revue internationale de droit comparé* 5 à la p. 13. L'arbitrage a l'avantage d'être perçu comme le témoignage d'une confiance et d'un respect profond pour la communauté, voire l'institution professionnelle dans laquelle évoluent les parties litigantes. C'est ainsi que pourra être perçu le choix des assureurs qui ont recours à l'organe professionnel les représentant pour trancher un litige qui les oppose.

²³ Sabine Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne, droit international privé*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1991, à la p. 92.

force exécutoire de droit²⁴. La présence à ses côtés de la justice publique apparaît donc comme une nécessité. Cette présence est d'autant plus importante que la carence du demandeur peut conduire à une prescription extinctive de son droit issu de la sentence arbitrale²⁵.

Ainsi, en dépit des limites de la justice publique, sa présence ne peut être purement et simplement effacée au regard de toute la symbolique qu'elle représente au sein de l'organisation étatique et de la force qui accompagne les actes qu'elle prend. Au contraire, les décisions de l'arbitre ne sont que de simples actes privés sans force exécutoire. Ce qui n'aurait posé aucun problème si les parties s'exécutaient spontanément comme le requiert la théorie de l'arbitrage. Mais comme le révèle la doctrine Ohada, face à la désillusion de l'exécution spontanée des sentences arbitrales, celles-ci sont l'objet de nombreuses procédures devant le juge étatique. Il résulte donc de la pratique que l'exécution des sentences arbitrales est le fruit de nombreuses procédures judiciaires²⁶.

Le problème se présente donc comme suit, jusqu'à preuve du contraire, l'État reste encore le dépositaire officiel de la justice. En ultime recours, les parties à un litige pourront toujours s'en référer à lui à travers les organes qui l'incarnent. C'est bien certainement l'une des causes qui poussent certains penseurs à admettre que la recherche d'une justice forte passe par une collaboration effective de la justice privée et de la justice publique. Il faut éviter que l'une ne nuise à l'autre et vice versa²⁷.

La forme de collaboration qui retient notre attention dans le cadre de ce projet est celle qui met en relation le juge et l'arbitre. C'est l'une des formes les plus fréquentes de

²⁴ Pour faire échec à cette difficulté, certaines législations ont décidé que le choix du mécanisme de l'arbitrage équivaut à celui de la renonciation à l'annulation de la sentence rendue par l'arbitre. C'est le cas du règlement d'arbitrage de la CACI et dans une moindre mesure, celui du GICAM.

²⁵ La Cour suprême du Canada a rendu une décision dans ce sens dans l'affaire où le pourvoi porté devant elle était relatif au délai de prescription applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans la province de l'Alberta. [Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp. (2010) EYB 2010-174202, REJB.]

²⁶ Mathieu N'gouin Claih, «l'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours» : en ligne (2006) Ohadata D-07-11 à la p. 2.

²⁷ *Supra* note 6.

collaboration entre la justice privée et la justice publique. Cette collaboration entre l'arbitrage et la justice étatique est une donnée nécessaire qui peut prendre forme au cours du contrôle judiciaire de la sentence arbitrale par le juge étatique²⁸. Ce contrôle permet en substance de décider du sort de la sentence arbitrale soit en l'annulant, soit en lui donnant plein et entier effet.

En étudiant les règles d'organisation et de fonctionnement du mécanisme de l'annulation, cela permettrait de savoir comment le droit au Québec et dans l'espace Ohada aborde la question de l'annulation de la sentence arbitrale. Cette étude permettra sans doute de relever tous les mécanismes qui pourraient aboutir finalement à l'extinction de la force « *obligatoire* » de la sentence arbitrale. Face à la réalité de cette question importante, l'une des retombées importantes de cette recherche pourrait être de se requestionner sur le rapport implicite ou explicite qui existe entre l'arbitrage, dans ses variations au Québec et dans l'espace Ohada, et la justice publique. Dans ce sens, nous pourrions contribuer à la théorisation de la question de l'annulation de la sentence arbitrale dans ces deux juridictions.

B. Revue critique de la littérature

Que nous enseigne la littérature scientifique juridique sur la question de l'annulation de la sentence arbitrale tant au Québec que dans l'espace Ohada ? Quelles en sont les implications dans une approche comparative ? À travers ce questionnement, il s'agit pour nous de planter le décor des débats autour de la question de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace africain issu de l'Ohada. Cela pourra nous amener à cerner tout l'enjeu autour de cette question et de voir les points de comparaison qui peuvent être intéressants pour cette recherche.

La question de l'annulation de la sentence arbitrale a fait l'objet de quelques intérêts chez certains chercheurs tant au Québec que dans le cadre du droit Ohada. Cependant, à notre

²⁸ Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2005. Tout au long de sa thèse de doctorat, Frédéric Bachand a montré que l'intervention du juge pouvait même se faire avant et durant le processus de l'arbitrage.

connaissance, aucune étude ne s'est encore attardée à étudier comparativement les règles pouvant conduire à cette annulation dans l'un ou l'autre contexte juridique. C'est là l'un des intérêts majeurs de ce projet de recherche.

Dès l'abord, l'on peut relever dans la littérature une prudence, des précautions quant à la mise en exécution du mécanisme de l'annulation d'une sentence arbitrale. On peut penser que l'annulation de la sentence arbitrale par un tribunal judiciaire s'assimile à un crime de « *lèse-majesté* » au regard même de tout ce qu'incarne l'arbitrage en termes de volonté pour les parties litigantes.

Dans un guide reconnu de l'arbitrage en droit canadien, y compris le droit québécois, la doctrine, à majorité issue du monde de la pratique arbitrale, soutient que l'annulation d'une sentence arbitrale ne peut que constituer l'exception dans une procédure de règlement de différends par l'arbitrage²⁹. Sur ce point, l'on note une concordance de vue chez la plupart des experts s'intéressant à la question. L'on est encore loin d'une controverse. Dans cet élan d'ailleurs, Olivier Després soutient même qu'on ne saurait voir au travers du recours en annulation, une sorte d'« appel déguisé » contre la sentence rendue par l'arbitre. Aussi bien l'erreur sur le fond du litige qu'un *obiter* erroné sur la procédure ne sauraient valablement légitimer l'annulation d'une sentence arbitrale³⁰. Dans cette perspective, on peut faire l'observation qui est que l'ordre juridique fondamental se distingue de l'ordre arbitral. L'ordre arbitral ne s'enrichit pas exclusivement du droit existant. Il n'entend pas non plus détériorer les relations professionnelles entre les parties ou encore compromettre l'activité de celle-ci³¹.

²⁹ Babak Barin, Andrew Little, Randy Pepper, *The osler guide to commercial arbitration in Canada*, La Haye, Kluwer Law, 2006 à la p. 19.

³⁰ Olivier Després, « Guide pratique de l'arbitrage conventionnel sous l'autorité du Code civil du Québec et du Code de procédure civile du Québec comme mode approprié de résolution des conflits », Congrès annuel (2009), Barreau du Québec 2010. à la p. 25.

³¹ Voir sur ce point la perception de René David quant aux motivations qui habitent les parties engagées dans le processus arbitral. Celles-ci entendent en réalité obtenir une justice autre que celle qui résulte de l'application du droit national. *Supra* note 22 à la page 13.

Relativement à son rôle, l'arbitre ne devrait donc pas avoir nécessairement le souci de trancher des faits passés, mais plutôt s'intéresser à l'avenir de la vie économique et sociale des parties. L'arbitre ne devrait pas pour ce faire, regarder la jurisprudence étatique comme une source de droit obligatoire, mais sans doute comme un indicateur qui doit nécessairement être évalué à l'aune du contexte spécifique du litige à trancher. Cela peut bien justifier l'adhésion à l'idée que l'arbitrage ne devrait plus être compris comme un mode seulement « *alternatif* » au mode judiciaire de règlement des différends, mais bien un mode « *approprié*³² » pour régler les litiges. Vu sous cet angle, le recours en annulation apparaît de plus en plus comme une menace réelle de l'économie de l'arbitrage.

Dans cette même perspective, la doctrine Ohada ne manque pas de traduire à son tour, le caractère fondamentalement exceptionnel de l'annulation éventuelle d'une sentence arbitrale. En effet, pour cette doctrine, l'absence de recours en annulation n'est rien d'autre qu'une réalisation de l'optique arbitrale³³. C'est d'ailleurs un gage de l'efficacité du mécanisme arbitral qui une fois la sentence rendue a en principe l'autorité définitive de la chose jugée³⁴. La doctrine Ohada s'appuyant sur le règlement de l'arbitrage C.C.J.A (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage) soutient que l'annulation ne fait pas partie intégrante des recours possibles contre la sentence arbitrale³⁵. Seuls les recours en rectification et interprétation de l'article 26 du règlement d'arbitrage de la C.C.J.A, le recours en contestation de validité de l'article 29 du même texte, le recours en révision de l'article 32 et la tierce opposition de l'article 33 de cette même loi sont indexés comme les véritables recours contre la sentence arbitrale. Cela se justifie d'ailleurs dans la

³² *Supra* note 30.

³³ *Supra* note 21 à la page 216.

³⁴ Art. 27 R.A.

³⁵ En mentionnant que seuls les articles 26, 29, 32 et 33 du règlement sont les seules voies de recours ouverts contre la sentence arbitrale, la doctrine Ohada semble nier au recours en annulation sa nature de recours ordinaire contre la sentence arbitrale.

mesure où, au contraire du recours en annulation, ceux-là sont portés devant le même arbitre qui a eu à connaître du contentieux ou l'institution arbitrale l'ayant supervisé³⁶.

Une controverse va apparaître cependant, dans le cadre de cette vision du problème et cela ressort des analyses du professeur Pierre Meyer sous l'article 29 du règlement de l'arbitrage Ohada. C'est l'épineuse question qui est de savoir si les parties peuvent valablement renoncer au recours en annulation³⁷. Se poser un tel problème, c'est aussi tenter de savoir ou comprendre en quel sens le recours en annulation est ou non un recours d'ordre public.

Pour aborder ce problème, le professeur Pierre Meyer relève une incongruité au sein même du droit Ohada. D'un côté, le recours en annulation apparaîtrait comme un recours d'ordre public, d'un autre côté, il serait simplement facultatif. En effet, il note qu'en réalité le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale tel que prévu à l'article 29 du règlement Ohada est un recours en annulation³⁸. Ce recours est cependant soumis à la volonté des parties qui peuvent expressément y renoncer pour donner plein et entier effet à la sentence arbitrale qui leur sera rendue. Ce qui ne semble pas être le cas du recours en annulation proprement dit ou de droit commun tel que cela ressort de 25 de l'acte uniforme Ohada. Dans une décision qu'elle a rendue, la C.C.J.A (Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada) a eu à estimer qu'une telle opportunité de renonciation devrait pour être applicable, être prévue à la loi uniforme qui n'était pas

³⁶ Selon l'article 29.1 du R.A. Ohada, «si une partie entend contester la reconnaissance de la sentence arbitrale et l'autorité définitive de chose jugée qui en découle par application de l'article 27 ci-dessus, elle doit saisir la Cour par une requête qu'elle notifie à la partie adverse....»

29.5 Si la Cour refuse la reconnaissance et l'autorité de la chose jugée à la sentence qui lui est déférée, elle annule la sentence.»

³⁷ Pierre Meyer, «Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage», commentaire, (2008), *juriscope*, 109.

³⁸ Selon l'auteur, il apparaît évident que du fait que l'on puisse lire à l'article 29.5 dudit règlement que «si la Cour refuse la reconnaissance et l'autorité de chose jugée à la sentence qui lui est déférée, elle annule la sentence», celui-ci constitue un véritable recours en annulation. Il révèle ainsi la véritable identité du recours en contestation de validité de la sentence arbitrale.

encore entrée en vigueur³⁹. On peut penser que la question relève d'un intérêt pour les parties qui voudraient certainement s'exonérer de cette procédure pour maximiser le gain de temps que peut leur attribuer le règlement de leur différend par l'arbitrage. La question reste ainsi en suspend en droit Ohada.

Au Québec, il existe chez la doctrine majoritaire, un soupçon de volonté de légitimer une telle transaction sur le recours en annulation. En effet, si l'on jette un regard sur les commentaires de Nathalie-Anne Béliveau aux dispositions pertinentes de l'article 947 du code de procédure civile, on se rend compte de cette réalité. En effet, ces réflexions énoncent l'idée que les parties en optant pour l'arbitrage ont entendu se soumettre à la procédure de la sanction de la sentence arbitrale. En conséquence, les juges seront très réticents à annuler cette sentence arbitrale⁴⁰. Cette analyse peut être également appuyée par l'idée que le tribunal arbitral n'est pas un tribunal statutaire et échappe ainsi au contrôle de droit commun des juridictions étatiques.

En droit comparé, cette polémique est encore nourrie en dehors de ces deux sphères de juridiction⁴¹. En effet, bien que cela ne constitue pas la substance de notre projet de recherche, il apparaît pertinent de faire savoir que le droit français ne manque de considérer fondamentalement la sentence arbitrale comme une décision de première instance susceptible de faire l'objet de recours de droit commun.

³⁹ *Monsieur D. G. et 2^o Madame D. J. contre Société SOTACI* (2003), J-04-108 Ohadata. Évoquant cette question problématique de la renonciation au recours en annulation, le professeur Meyer a relevé la difficulté de pouvoir tirer des enseignements de cet arrêt de la CCJA, car la loi applicable à cette époque au cas, n'était pas la loi uniforme Ohada qui n'était pas encore entrée en vigueur.

⁴⁰ Nathalie-Anne Béliveau et al, *LegisPratique - code de procédure civile annoté*, Montréal, LexisNexis Canada Inc. 2009 à la p. 916.

⁴¹ Gérard Chabot, «De l'effet dévolutif de l'appel formé à fin d'annulation d'une sentence arbitrale» *Petites affiches* n° 240 (02 décembre 2003) à la p.11. Cette question est frappante ici où il est admis que la sentence arbitrale est susceptible d'appel. Cela est clairement établi par l'article 1482 du code de procédure civile français que : « La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage.» Il ressort du principe de l'effet dévolutif de l'appel ici que celui-ci constitue en réalité un recours en annulation. C'est l'application du fameux adage : «Tantum devolutum quantum appellatum.».

Sommes toutes, cette controverse qui pourrait s'étendre à la question des actions à l'encontre de la sentence arbitrale dans le droit au Québec et dans l'espace Ohada pose le problème de savoir si en réalité les procédures relatives à ces actions ne souffrent pas d'une confusion entre elles. C'est le cas des procédures en annulation et celles en exéquat ou en exemplification dans l'un ou l'autre régime; de la procédure en homologation prévue par le code de procédure civile du Québec et de la procédure en contestation de validité de l'article 29 du règlement d'arbitrage Ohada. La doctrine élaborée par le professeur Alhousseini Mouloul reconnaît qu'au niveau de l'Ohada ces procédures qui touchent d'une manière ou d'une autre à la question de l'annulation de la sentence arbitrale partagent une identité de cause⁴². De cette identité, on peut comprendre que ce sont les mêmes motivations qui ont été à la base de l'institution de ces formalités. D'ailleurs à cet effet, le professeur Prujiner n'a pas manqué de démontrer lors du colloque de Québec⁴³ que la procédure en homologation pouvait bien servir de base à la reconnaissance des sentences rendues en dehors du Québec⁴⁴.

Sous un autre angle, une controverse resurgit au Québec sur le point de savoir les limites du permis et de l'interdit lorsque le juge connaît d'une question d'annulation de la sentence arbitrale. Sur ce point, la question n'a pas énormément évolué au Québec en raison des craintes que la doctrine soulève relativement à l'intégrité de la sentence rendue par un arbitre. En effet, selon le professeur Prujiner, pour ce qui est de cette question, l'inquiétude ne se situe nullement au niveau de la nature de la forme adoptée pour exercer un recours contre une sentence arbitrale. Il situe le problème au niveau de la possibilité offerte ou non de recommencer le débat de fond tranché par la sentence arbitrale⁴⁵. Ce qui

⁴² Alhousseini Mouloul, « L'arbitrage dans l'espace Ohada » en ligne : (2010) Ohadata D - 10 - 12, à la p. 29.

⁴³ 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international qui s'est tenu à Québec du 14 au 17 octobre 1985. Il a été organisé par la Faculté de droit de l'Université Laval, L'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la chambre de commerce international et the Chartered Institute of Arbitrators (London) avec la collaboration de plusieurs autres institutions ou organisations professionnelles.

⁴⁴ Paul-A. Gélinas, « Commentaire » », dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur Ltée, 1986 à la p. 312.

⁴⁵ Alain Prujiner, « l'exécution des sentences arbitrales internationales au Québec », dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur Ltée, 1986. P. 291

peut être bien mené suivant des voies juridiques distinctes dans un contexte juridique comme dans un autre. Ainsi, au Québec, la situation juridique relative à l'homologation des sentences arbitrales préexistantes à la réforme de 1986 n'a pas été ébranlée par l'adaptation de la législation relative à l'arbitrage à l'économie mondiale florissante. Cela a conduit à développer une thèse contractuelle et une thèse juridictionnelle en matière d'arbitrage⁴⁶.

Tout ce contentieux sur l'annulation de la sentence arbitrale a, dans une certaine mesure, alimenté la controverse entre les auteurs en faveur d'un contrôle maximaliste et les auteurs adeptes d'un contrôle minimaliste de la sentence arbitrale. En effet, tant dans la loi Ohada que dans la loi au Québec on pourrait rencontrer des éléments qui ont servi la cause de cette controverse. En effet, selon la thèse maximaliste ou thèse néo-étatique, le juge pour assumer efficacement son rôle devrait pouvoir statuer en tant que « *véritable gardien de l'ordre public*⁴⁷ ». Investi de ce rôle que l'arbitre n'a pas du fait qu'il a été coopté par les parties litigantes, le juge doit pouvoir veiller sur les intérêts de la collectivité.

La doctrine en faveur de ce courant qui accroît la marge de manœuvre du juge lors de la procédure en annulation estime que cela ne peut qu'être une logique juridique, car dès lors que l'arbitrage est ouvert à des matières nouvelles, il n'y a aucune raison que l'on ne puisse faire preuve d'une plus grande vigilance en donnant plus de pouvoirs au juge⁴⁸. À défaut, le contrôle du juge ne serait qu'un contrôle de l'apparence.

⁴⁶ *Ibid* à la p. 304. Selon la thèse contractuelle, l'arbitrage reste prioritairement sous l'empire de la loi désignée expressément par les parties et à défaut de la loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage. À rebours, la thèse juridictionnelle ferait prévaloir les dispositions du code de procédure civile de la juridiction dont le juge est saisi dans la cause arbitrale.

⁴⁷ Pierre Mayer, «La sentence contraire à l'ordre public au fond», *Rev. Arb* n°4, (1994) à la p. 617.

⁴⁸ Seraglini Christophe, «l'intensité du contrôle par l'arbitre de l'ordre public, notes sous Paris 1^{ère} Ch., 14 juin 2001, n° 4 (2001) *Rev. Arb.* 781.

La thèse minimaliste plus prudente reprend la nécessité de tenir compte de la volonté des parties et de se garder de procéder à un « second look⁴⁹ » de l'affaire soumise au juge. L'ordre public est placé au centre de ce débat et pour la thèse minimaliste, toute loi d'ordre public inclut les lois de police et en raison de cela, les lois de police ne peuvent faire l'objet d'une quelconque faveur en tant que cause extinctive de la sentence arbitrale comme le défend la thèse maximaliste.

On peut admettre que ce débat puisse se régler par la question de l'exécutabilité des sentences rendues. Lors du colloque de Québec et après l'intervention du professeur Prujiner, on a pu comprendre qu'en dépit des mécanismes susceptibles de conduire à l'annulation de la sentence arbitrale, la véritable question restait celle de savoir si la sentence devrait être exécutable. C'est l'hypothèse de la sentence qui bien que violant théoriquement un ordre public ne trahit en rien le quotidien des personnes, des biens dans la société; son exécution ne serait pas véritablement perturbatrice dans la vie des personnes. C'est aussi l'hypothèse de la transaction intervenue entre les parties lors du processus arbitral. Une telle sentence rend hypothétique toute procédure ultérieure en annulation⁵⁰. Cela est d'autant plus important lorsque l'on a en face une sentence qui s'accommode mal de l'ordre public.

En droit Ohada, le débat autour de l'intensité du contrôle de la sentence arbitrale semble moins tumultueux que dans la littérature au Québec. En effet, la doctrine scientifique semble acquise à l'idée que le juge saisi d'un recours en annulation ne devrait pas procéder à un réexamen de la cause qui lui est soumise⁵¹. Leur action ne peut être que de faire des modifications de pure forme⁵². Cela en raison même de la liberté accordée aux

⁴⁹ Radicati di Brozolo, «L'illicéité qui crève les yeux critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (À propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'Appel de Paris)» *Rev. Arb.* n° 3 (2005) 529. à la p. 531.

⁵⁰ Pierre Lalive, « L'importance de l'arbitrage commercial international », dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur Ltée, 1986, à la p. 21.

⁵¹ Babacar Gueye et Saidou Nourou Tall, «Ohada Traité et actes uniformes commentés et annotés», Commentaires sous l'article 25 du traité Ohada, *juriscope*, 2008, page 49.

⁵² Cette exigence est d'ailleurs reprise par l'article 23 du règlement d'arbitrage CCJA.

parties. Cependant, le professeur Pierre Meyer relève quelques incongruités au sein des dispositions textuelles de l'Ohada qui semblent remettre en question cette impossibilité de connaître une seconde fois de l'affaire litigieuse. C'est le cas de l'article 26 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui fait du défaut de motivations une cause d'annulation de la sentence arbitrale. La question se pose dès lors du sort de la contrariété éventuelle des motifs. Or, il apparaît difficile de concevoir en droit, un débat sur la contrariété des motifs sans toucher le fond de l'affaire. Car, *«un examen de la contradiction des motifs ou de leur défaut de pertinence en fait ou en droit est incontestablement une question de fond⁵³.»*

Finalement, tout comme le concept d'ordre public, certaines spécificités apparaissent comme des *« cas difficiles »* à étudier aussi bien en théorie qu'en pratique tant au Québec que dans l'Ohada. Elles constituent sans doute les questions les plus problématiques au niveau de l'annulation de la sentence arbitrale. Cela marque finalement la nature ambiguë du processus d'annulation. Pour le professeur Mayer, ces questions sensibles que l'on peut se poser dans un tel contexte sont les suivantes : *« le contrôle doit-il être exercé d'office? » « Le contrôle est-il limité par la prohibition de la révision? » « Quid du changement de l'ordre public? » « La théorie de l'effet atténué doit-elle jouer lorsque la sentence a été prononcée à l'étranger? » « À quel ordre public renvoie la notion, vu que la sentence arbitrale n'est ni un jugement, ni un contrat, ni une loi? »*

En étudiant les règles de l'annulation dans le droit Ohada de même qu'au Québec nous pourrions être amenés à comprendre comment ces questions ont été abordées ou prises en compte.

Étudions à présent la méthodologie qui va nous guider dans le cadre de ce travail.

⁵³ *Supra* note 37 à la p. 145.

Section 2 : La méthodologie de la recherche.

Dans le cadre de cette recherche, notre objectif général est d'analyser comparativement les règles qui régissent tout processus pouvant conduire à l'annulation d'une sentence arbitrale tant au Québec que dans l'espace Ohada. À cet effet, nous allons de façon plus spécifique chercher à connaître ces règles et tenter de les comprendre suivant un cadre bien établi. C'est pourquoi dans cette section relative à la méthodologie, nous allons préciser dans une perspective justificative, d'une part le cadre de référence retenu (A) et d'autre part le cadre d'analyse (B).

A. Le cadre de référence.

Cette partie de notre étude est élaborée à travers la précision justificative du cadre théorique (1) et du cadre conceptuel (2).

1. Le cadre théorique.

L'importance du cadre théorique dans le domaine de la recherche a été maintes fois affirmée en raison de la scientificité qu'il attribue à l'étude entreprise. Cela peut se comprendre à travers le raisonnement mené par certains chercheurs émérites qui ont affirmé pour le compte de leurs travaux la nécessité de choisir un cadre approprié pour mener à bien leurs études.

Andrée Lajoie dans son approche du rôle du juge dans la production du droit retient le « *sens* » que le cadre théorique attribue aux travaux de la recherche. L'auteure pose à cet effet que si l'on veut donner du sens aux données de la recherche, il faut inscrire ces opérations dans un cadre théorique⁵⁴. Cependant, le cadre théorique doit être posé comme une conséquence logique de la démarche de la recherche.

Dans le cadre de notre recherche, des données juridiques seront analysées sur un point bien spécifique, celui de l'annulation de la sentence arbitrale. Cette analyse requiert de connaître et de comprendre les règles qui s'y rapportent. Le cadre théorique doit donc être rattaché à ces exigences. En conséquence, nous choisissons de mener notre étude

⁵⁴ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997 à la p.119.

suivant le paradigme de l'herméneutique juridique au regard de toute l'adaptabilité qu'il accorde aux exigences de nos travaux.

Christian Berner dans une analyse mettant en relief ce processus mentionne que « *l'art de comprendre* » est possible grâce à l'herméneutique⁵⁵. Dans le domaine juridique, l'herméneutique a aussi pu se distinguer par sa capacité à cerner l'interprétation du phénomène juridique.

Le principe fondamental de l'herméneutique est celui de l'interprétation contextuelle qui pose que la partie ne peut être comprise hors du tout et le tout hors de la partie⁵⁶. Dans une approche dichotomique entre le positivisme juridique et l'herméneutique, Luc Tremblay pose que celui-ci constitue une pratique sociale de type argumentatif⁵⁷. L'approche herméneutique tient ainsi compte du contexte approché afin de mieux saisir le sens de son objet d'étude. Cette préoccupation est aussi nôtre afin de savoir comment de part et d'autre des sphères étudiées, le contexte est susceptible d'influencer le processus d'annulation de la sentence arbitrale.

Deux perceptions de l'herméneutique juridique seront essentielles pour nos travaux relativement à chacune des parties de la recherche. Il s'agit de celle des auteurs français Paul Ricœur et de l'auteur nord-américain Dworkin. Le choix de ces auteurs ne se justifie pas par une divergence de vue autour de l'approche herméneutique, mais par leur proximité à l'égard des sphères juridiques objet de la recherche. En effet, c'est bien souvent que la théorie dworkinienne de l'interprétation sera déterminante pour la doctrine québécoise dans son approche de la question juridique. Au contraire, l'influence de cet auteur est moindre dans le monde continental duquel le droit Ohada tire pour l'essentiel

⁵⁵ Christian Berner, « Aimer comprendre. Recherche sur les fondements éthiques de l'herméneutique de Schleiermacher » *Revue de Métaphysique et de Morale* n° 29 (janvier 2001) à la p. 44.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Luc Tremblay, *L'évolution du concept de droit depuis trente ans : de l'empire du fait au discours normatif sur le juste et le bien*, Sherbrooke, Chaire d'Éthique appliquée Collection – essais et conférences, 2003 à la p. 14.

sa substance⁵⁸. En conséquence, les herméneutes de cet espace seront plus sensibles aux analyses du philosophe français Paul Ricœur.

En tout état de la question, l'approche herméneutique sera caractérisée par sa vision plurielle des sources du droit. En conséquence, le choix de l'approche herméneutique est bien évidemment un choix du pluralisme juridique au détriment du monisme juridique. Ce qui semble aussi bien adapté à l'arbitrage dont l'une des particularités est de se prêter à la pluralité⁵⁹.

Le cadre conceptuel de l'étude désigne des concepts qui seront importants dans le cadre de cette étude. Il s'agit d'une liste non exhaustive, car d'autres concepts pourront éventuellement émerger de l'étude des données de la recherche.

2. Le cadre conceptuel

Il concerne l'arbitrage et la sentence arbitrale, l'homologation, l'annulation et enfin l'ordre public.

a. L'arbitrage et la sentence arbitrale.

i. L'arbitrage

En droit Ohada, la définition de l'arbitrage semble d'origine doctrinale, car, aucune disposition des actes uniformes n'en donne une définition expresse. Dans son approche de ce concept, Amoussou-Guenou s'en tient à l'esprit de la définition de Motulsky, qui postule que l'arbitrage est un « *contrat* ». Il s'agit de celui par lequel, « *les parties se donnent un juge et dès que celui-ci est désigné, il agit comme un véritable magistrat*⁶⁰ ». À la fin de sa thèse de doctorat, Charles Jarrosson aboutit quasiment à une conclusion qui renforce une telle appréhension. Il soutient à ce propos que bien plus qu'une technique,

⁵⁸ Julie Allard, « Dworkin : une philosophie critique du jugement » *Revue internationale de philosophie* n° 233, (mars 2005), à la p. 303.

⁵⁹ *Supra* note 22 à la p. 10.

⁶⁰ Roland Amoussou-Guenou « L'acte uniforme (sur l'arbitrage) et son environnement juridique » en ligne : (2001) Ohadata D-08-34 à la p. 2.

l'arbitrage est « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celle-ci⁶¹. ». Les choix opérés grâce à l'arbitrage ne sont pas d'ordre purement personnel, ils sont aussi matériels. En effet, le système privé de règlement des litiges qu'est l'arbitrage permet aux parties de choisir librement, non seulement leurs juges, mais aussi, « la loi » appelée à diriger la procédure, « le siège » de celle-ci et, généralement, une institution spécialisée d'appui⁶².

Au Québec, la législation⁶³ plus précise postule que : « La 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 de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.» Une telle approche converge avec celle que Hubert Reid fait de ce concept où il perçoit « un mode parajudiciaire de règlement d'un conflit selon lequel les parties, d'un commun accord ou par décision de la loi, confient à un tiers, appelé arbitre, la solution de leur différend⁶⁴.» Dans une étude sur l'arbitrage, Babak Barin et Marie Claude Rigaud précisent cette forme d'arbitrage sous l'appellation d'arbitrage consensuel. En effet selon ces auteurs, « l'arbitrage consensuel est institué par la volonté des parties, généralement par le biais d'une clause d'arbitrage⁶⁵.»

Dans le cadre de notre étude, l'arbitrage renvoie au concept tel que sus rapporté par les différents auteurs. Et cela, dans une vision de complémentarité. L'arbitrage sera donc ce mécanisme de règlement des litiges conçu à partir de différents choix des parties litigantes tant sur la personne des juges ou arbitres que sur la nature du droit applicable. L'importance de ce concept dans cette étude provient aussi du fait qu'il va donner naissance à la sentence arbitrale.

⁶¹ Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987 à la p. 372.

⁶² *Supra* note 21 à la p. 2.

⁶³ Article 2638 du C.c.Q

⁶⁴ *Supra* note 1 s.v. «arbitrage».

⁶⁵ Babak Barin et Marie Claude Rigaud, *L'arbitrage consensuel au Québec – Recueil de jurisprudence*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2010, à la p. 2.

ii. La sentence arbitrale.

Du substantif anglais « *award* », la sentence est une sentence arbitrale du fait qu'elle est prononcée par un arbitre dans une cause arbitrale⁶⁶. Elle représente l'accomplissement de la mission juridictionnelle de l'arbitre par laquelle il tranche le litige définitivement, en tout ou en partie⁶⁷. Ainsi, la littérature pertinente catégorise la sentence arbitrale en trois formes que sont les sentences « *d'accord-parties* », les sentences « *partielles* » et les sentences « *inales ou globales* »⁶⁸. Ces sentences ont en commun de rendre une décision définitive mettant fin à l'instance. Elles constituent ainsi le seul « *jugement* » rendu par l'arbitre et susceptible des voies de recours spécifiques prévues par le droit⁶⁹.

Pour le bâtonnier Lucien Ngouin-claih, la sentence arbitrale telle que perçue en droit Ohada désigne la décision du tribunal arbitral⁷⁰. Cette sentence, bien que rendue par le tribunal arbitral peut résulter de l'accord des parties en litige. En ce sens, elle constitue une sentence d'accord partie, définie par Jean-Marie Tchakoua comme « *la commune décision* » des parties de terminer à l'amiable le litige constatée par l'arbitre en forme d'une sentence arbitrale⁷¹. Étudiant aussi ce concept dans le cadre de l'Ohada, les auteurs Richard Boivin et Pierre Pic admettent qu'une fois cette sentence rendue elle jouit de l'autorité de la chose jugée⁷².

⁶⁶ Steven C. Bennett, *Arbitration : Essential concepts*, New York, Alm Publishing, 2002 à la p. 191.

⁶⁷ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 à la p. 14, 750

⁶⁸ Jacques Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987 à la p. 200.

⁶⁹ *Supra* note 61 à la p. 102.

⁷⁰ *Supra* note 26 à la p. 2.

⁷¹ Jean-Marie Tchakoua, «le statut de la sentence arbitrale d'accord partie : les limites d'un déguisement bien utile», en ligne : (2002) Ohadata D-08-26 à la p. 1.

⁷² Richard Boivin et Pierre Pic, «L'arbitrage international en Afrique : quelques observations sur l'Ohada», en ligne : (2002) Ohadata D-08-01 à la p. 6.

En droit québécois et canadien, la sentence arbitrale désigne expressément, «*la décision rendue par un arbitre*⁷³.» Ici également, même si cette décision est le résultat d'un accord entre les parties, seul le prononcé du tribunal arbitral fait d'elle une sentence.

Dans le cadre de notre étude, toutes ces formes de sentences définitives vont retenir notre attention, car elles sont susceptibles d'être l'objet d'étude du juge étatique saisi d'un contrôle. L'intérêt de l'étude reste donc centré autour du processus d'annulation de la sentence arbitrale. Quid de l'homologation?

b. L'homologation.

De son origine «*emologare*» ou «*homologare*», qui signifie approuver, confirmer, ce terme du latin médiéval a été connu par l'intermédiaire de la constitution de Justinien⁷⁴. On peut noter que ce concept accompagne l'histoire du processus d'arbitrage. Cependant, à la question de savoir qu'est-ce que l'homologation, Donald Béchar⁷⁵ se rend bien compte que ni le Code de procédure civile du Québec, ni son Code civil n'en donnent une définition expresse. Cette lacune cependant a pu trouver un remède dans l'affaire *Eastern Furniture Ltd c. Syndicat national du meuble de Victoriaville et d'Arthabaska inc*, dans lequel, l'homologation est perçue par la Cour supérieure du Québec comme une façon de «*légitimer la sentence*» rendue par l'arbitre.

Certains dictionnaires spécifiques en droit se sont également lancés à la définition de ce concept. À cet effet, Hubert Reid entrevoit à travers l'exemple de la sentence arbitrale, l'homologation comme une «*approbation par une autorité judiciaire d'une décision émanant d'un organisme autre qu'une cour de justice en vue de la rendre exécutoire*⁷⁶.» Cette perception juridique de l'homologation, ne la limite pas cependant à une juridiction arbitrale, mais l'étend à tout organisme «*autre qu'une cour de justice.*» Cette idée

⁷³ *Supra* note 1 s.v. «sentence arbitrale»

⁷⁴ Anne Lefebvre-Teillard, «L'arbitrage de l'histoire», dans, Paris, Archives de philosophie du droit, tome 52, 2009 à la p. 7.

⁷⁵ Donald Béchar, «Homologation et annulation de la sentence arbitrale», *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, 1997, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc. à la p. 130.

⁷⁶ *Supra* note 1 s.v. «homologation.»

s'inscrit dans une perspective plus générale qui admet l'homologation comme « *une approbation ou une confirmation d'un acte par une autorité judiciaire ou administrative en vue de lui conférer une force exécutoire.* »

En droit de l'arbitrage Ohada, ce terme n'est pas employé. Mieux, la procédure d'homologation n'est pas formalisée comme en droit québécois. Cette constatation est une conséquence logique de l'absence de distinction dans cette juridiction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, car l'homologation est exclusive à l'arbitrage interne. L'emploi dans cette étude de l'homologation renverrait donc au droit québécois

En droit Ohada, c'est la procédure de l'exéquatur qui a emporté la préférence du législateur africain.

c. L'exéquatur

La procédure d'exéquatur ou d'exemplification existerait dans le droit québécois de l'arbitrage de même qu'en droit africain issu de l'Ohada.

En droit québécois et même canadien, Hubert Reid l'entrevoit dans son dictionnaire en référence à l'exemplification, comme « *la décision par laquelle un tribunal québécois donne force exécutoire à un jugement rendu dans une autre province canadienne comme dans un autre État.* » Il s'agit en tout état de cause de la décision qui permet « *que soit exécuté (e)* » la sentence arbitrale. Lors du colloque de Québec, le professeur Prujiner a révélé les liens séculaires entre les principes de l'exéquatur au Québec et l'ancien droit français notamment l'ordonnance de Marillac⁷⁷. Ce rapport justifierait la nécessité d'une action principale en justice en vue d'obtenir l'exéquatur d'une sentence arbitrale.

En droit Ohada, le dictionnaire de droit Ohada de Hilarion Bitsamana propose la définition suivante pour ce concept : « *procédure permettant de donner force exécutoire à un jugement rendu par une juridiction étrangère*⁷⁸ ». Une telle définition amène à se

⁷⁷ *Supra* note 45 à la p. 300.

⁷⁸ Hilarion Bitsamana, *Dictionnaire de droit Ohada*, D-05-33 Ohadata.

questionner sur le sens que l'on donne à une « *juridiction étrangère* ». Est-ce à dire qu'une décision rendue sur un même territoire suivant la loi Ohada échappe à la procédure de l'exéquatur? Cette suspicion est fondée, quand on sait que le droit Ohada a effacé toute distinction entre arbitrage interne et arbitrage international.

Jean-Marie Tchakoua dans son étude sur les sentences d'accord parties révèle que l'exéquatur est une procédure dont le rôle est de permettre au bénéficiaire d'une décision de justice, d'obtenir son exécution forcée. L'exéquatur selon cet auteur fait partie des deux occasions au cours desquelles la sentence arbitrale subit l'épreuve d'un contrôle étatique. L'intérêt que cet auteur pose à ce niveau pour ce concept, c'est la variabilité que peut connaître cette procédure d'un pays à un autre⁷⁹. En clair, il est donc établi que l'exéquatur en droit Ohada est cette procédure qui confère sur cette requête, force exécutoire dans tous les États parties à la sentence arbitrale⁸⁰.

L'exéquatur à l'instar de certaines autres procédures peut être l'opportunité de se prononcer sur une demande en annulation de la sentence arbitrale.

d. L'annulation.

L'annulation est un concept important dans le cadre de notre étude. Si l'on s'en tient à la définition du dictionnaire de droit québécois et canadien d'Hubert Reid⁸¹, l'annulation désigne « *l'anéantissement rétroactif par une autorité judiciaire ou administrative d'un acte juridique ou d'une décision en raison d'un vice de fond ou de forme qui l'entache.* » Sur un plan de la théorie, Gérard Cornu⁸² perçoit en droit civil et en procédure civile, l'annulation comme une opération juridique dont le but est d'amener les parties à un acte juridique, à décider pour non avenu cet acte; il s'agit de la déclaration judiciaire de la

⁷⁹ *Supra* note 71 à la p. 8.

⁸⁰ Philippe Fouchard, «Le système d'arbitrage de l'Ohada : le démarrage» *Petites affiches* n° 205 (13 octobre 2004) au § 14.

⁸¹ *Supra* note 1 s.v. «exéquatur».

⁸² *Supra* note 2 s.v. «annulation».

nullité dudit acte. Il s'en suit par ailleurs, un engagement à ne pas s'en prévaloir à l'avenir d'aucun de ses effets normaux.

Le dictionnaire de droit Ohada, décrit à travers l'annulation, l'« *anéantissement d'une décision pour irrégularité de forme ou de fond, à la suite d'un appel, d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en révision*⁸³. » Une telle perception de l'annulation est difficilement satisfaisante pour ce qui est de l'arbitrage Ohada. En effet, les voies de recours sus énoncées et censées conduire à l'annulation de la sentence arbitrale sont inexistantes en droit de l'arbitrage Ohada, voire incompatibles avec ce mécanisme. De plus, elle laisse en suspend le point de savoir si cette annulation a un effet rétroactif ou simplement pour l'avenir.

Le concept d'annulation prend de la valeur ici en raison du fait que le recours en annulation est l'unique recours prévu par des textes légaux importants pour notre étude contre une sentence arbitrale⁸⁴. L'enjeu autour de ce concept permet dans le cadre de cette étude de savoir les conditions qui l'entourent et les méthodes qui permettent d'y parvenir. Nous pouvons donc au regard de ces éléments l'appréhender comme l'anéantissement rétroactif de la décision rendue par l'arbitre, obtenue en principe à la suite d'un recours en annulation⁸⁵.

e. L'ordre public.

La pensée de Portalis sur le concept d'ordre public révèle que le maintien de celui-ci dans une société donnée constitue la loi suprême⁸⁶. L'ordre public a ainsi une valeur centrale dans la vie économique, sociale et culturelle. En 1934, pour la première fois, le doyen Ripert emploie le terme d'« *ordre public économique* » qui va désigner « *un ordre*

⁸³ *Supra* note 1 sv «annulation».

⁸⁴ Sur ce point, les articles 947 du code de procédure civile du Québec et 25 de l'acte uniforme Ohada relatif à l'arbitrage peuvent être rapprochés.

⁸⁵ Certains recours connexes peuvent aboutir finalement à l'annulation de la sentence arbitrale aussi bien en droit Ohada qu'au Québec.

⁸⁶ Denis Allard et Stéphane Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Paris, Lamy puf, 2003, sv «ordre public.»

*économique que les particuliers ne peuvent troubler par leurs conventions privées*⁸⁷. » Dans une reprise synthétique de vingt et une définitions de l'ordre public, Malaurie fait savoir toute la valeur fondamentale que comporte ce concept dans tous les domaines de la vie juridique, économique et sociale où il est invoqué⁸⁸.

Kenfack Douajni, dans la doctrine Ohada soutient que l'ordre public s'entend des règles dont l'objet est la sauvegarde « *des valeurs essentielles de la société* »; c'est le « *rocher sur lequel se construit la société*⁸⁹. » Pour matérialiser ce concept, le droit uniforme Ohada emploie le concept de « *règle d'ordre public internationale*⁹⁰; d'ordre public international des États signataires du traité⁹¹; d'ordre public international des États parties⁹²;

Dans le cadre de notre étude, l'importance de ce concept va se faire sentir de par son impact sur la sentence arbitrale lors du contrôle judiciaire. Ce concept se retrouve très souvent au centre du contentieux du contrôle judiciaire de la sentence arbitrale. Cette étude nous permettra donc d'évaluer les sens de ce concept susceptibles de ruiner la validité d'une sentence arbitrale.

Voyons à présent le cadre d'analyse et les résultats escomptés.

⁸⁷ Gérard Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963 à la p. 10

⁸⁸ Philippe Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Reims, Éditions Matot-Braine, 1953 à la page 261 et suivants.

⁸⁹ Cette expression est tirée de François Terre, Philippe Simler, Yves Lequet, *Les obligations*, 7^e édition, 1999, Dalloz, n°349-1, p. 346. Voir sur ce sujet Kenfack Douajni, «La notion d'ordre public international dans l'arbitrage Ohada», en ligne : (2005) Ohadata D-08-58 à la p. 1.

⁹⁰ Art 25- 4 du traité Ohada et 30 R.A.

⁹¹ Art. 26 A.U.A.

⁹² Art. 31 A.U.A.

B. Le cadre d'analyse et les résultats escomptés.

À cette étape de l'étude, nous allons justifier le choix du droit comparé comme cadre d'analyse (1), tout en envisageant comment il pourra participer à la réalisation des résultats escomptés. (2)

1. Le cadre d'analyse.

Quel est le cadre qui va accueillir les analyses qui vont être effectuées au cours de cette étude? Cette étude va se faire dans un esprit comparatiste. Le droit comparé est positionné en ce sens comme le cadre qui se prête mieux à l'étude que nous envisageons. En effet, vu qu'il est question de mettre en parallèle deux sphères de juridiction, l'analyse comparée semble être un outil approprié en ce sens. Suivant la perception de K. Zweigert et H. Kötz⁹³ la méthode comparative en droit est une activité intellectuelle qui a la loi comme objet et la comparaison comme processus. Comme toute méthode de recherche, elle reste légitimée par le but et la finalité de la recherche à laquelle elle se prête⁹⁴. Dans cet esprit nous entendons suivre la recommandation de Pierre Legrand, pour qui plus le comparatiste se dotera d'outils puissants (histoire, économie, politique) mieux il mettra au jour la spécificité, la singularité de ce qu'il étudie⁹⁵.

Si l'on s'en tient aux études de Pierre Legrand et de ses contemporains, une méthode comparative est donc de nature pluraliste. Par conséquent, le cadre d'analyse d'une telle méthode ne peut qu'être tout aussi pluraliste. À ce propos, une approche épistémologique de la comparaison des droits entrevoit la fonction des études juridiques comparatives comme étant de promouvoir le pluralisme. Ce qui a pour conséquence de mettre un accent particulier sur les différences issues des phénomènes observés⁹⁶. Une telle

⁹³ Konrad Zweigert et Hein. Kötz, *Introduction to comparative law*, 3rd rev. ed., New York, Oxford University Press, 1998, à la p. 2.

⁹⁴ Jan Spurk, «les comparaisons internationales comme méthode sociologique» dans Pierre Legrand, dir., *Comparer les droits résolument*, Paris, puf les voies du droit, 2009, à la p. 496.

⁹⁵ Pierre Legrand, «la comparaison des droits expliquée à mes étudiants», dans Pierre Legrand, dir., *Comparer les droits résolument*, Paris, puf les voies du droit, 2009, à la p. 243.

⁹⁶ Mathieu-Izorche, «approches épistémologiques de la comparaison des droits», dans Pierre Legrand, dir., *Comparer les droits résolument*, Paris, puf les voies du droit, 2009, à la p. 144.

perception converge bien avec le choix opéré auparavant en faveur de l'herméneutique en tant que paradigme de notre recherche ou cadre théorique⁹⁷. Le droit comparé reste donc un cadre d'analyse qui est cohérent avec le cadre théorique qui va servir d'appui à cette étude.

Ce cadre devrait participer à favoriser la réalisation d'un ensemble de résultats escomptés.

2. Les résultats escomptés.

Que peut-on attendre de la question de recherche suivante : quels sont les effets juridiques issus de la comparaison des règles de l'annulation de la sentence arbitrale tant au Québec que dans l'espace Ohada? Nos attentes restent rattachées à l'hypothèse de la recherche dont l'étude nous permettra d'obtenir ou non la confirmation. Cette étude est fondée sur l'hypothèse selon laquelle les règles touchant à l'organisation du mécanisme de l'annulation de la sentence arbitrale sont la traduction d'une représentation similaire du mécanisme de l'arbitrage en droit québécois et en droit Ohada. Cependant, les divergences fondamentales qui sont mises à jour entre ces règles quand elles touchent au fonctionnement de la procédure d'annulation de cette sentence nuancent cette similarité de représentation. Cela suppose de notre précompréhension du phénomène de l'annulation de la sentence arbitrale, que les problèmes liés à l'organisation de l'annulation sont abordés de manière identique sous les deux juridictions comparées, alors qu'ils divergent quand il est question de leur mise en œuvre.

Pour parvenir à la vérification de cette hypothèse, les données de la recherche seront constituées essentiellement des sources du droit en l'occurrence, la loi, la jurisprudence et le discours doctrinal. Les lois requises dans le cadre de l'étude sont principalement celles du droit de l'arbitrage en vigueur dans l'espace Ohada et au Québec.

⁹⁷ Voir en ce sens nos développements sur le lien intrinsèque que l'herméneutique entretient avec le pluralisme juridique à la page 30 et suivants.

Au Québec, le texte majeur sera le code de procédure civile en son livre VII sur les arbitrages. Le C.c.Q sera également un outil de travail important à travers les dispositions pertinentes de son chapitre dix-huitième sur la convention d'arbitrage⁹⁸.

Dans l'Ohada, tant le traité fondateur de 1993 que les textes du 11 mars 1999⁹⁹ relatifs à l'arbitrage seront des documents essentiels à l'étude. Il ne s'agit toutefois pas d'une vue exhaustive du droit de l'arbitrage.

Le cadre juridique de l'arbitrage Ohada sera confronté bien évidemment à celui en vigueur au Québec. Cette situation démontre d'une volonté de propulser le développement de l'arbitrage. En l'intégrant dans le droit commun le Québec s'inscrivait dans la mouvance mondiale de développement du mécanisme de l'arbitrage. À cela s'ajoute le règlement d'arbitrage d'un certain nombre d'organismes spécialisés.

Abordons dès à présent une étude approfondie des règles organisant l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

⁹⁸ Il s'agit des articles 2638 à 2643 du C.c.Q.

⁹⁹ Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif à l'arbitrage Ohada ; le règlement d'arbitrage Ohada du 11 mars 1999.

Partie 2 : Les règles organisant l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

Quelles sont les règles d'organisation de l'annulation de la sentence arbitrale? Dans cette partie du travail de recherche, il est question d'étudier dans leur substance, les règles d'organisation de l'annulation de la sentence arbitrale. Pour satisfaire à ce processus de connaissance et de compréhension des règles liées à l'annulation de la sentence arbitrale, nous entendons nous intéresser aux valeurs originelles qui se dégagent de cette question dans les deux juridictions qui nous intéressent. L'hypothèse que nous posons pour aborder cet aspect de notre étude est celle d'une perception similaire de la question de l'annulation de la sentence arbitrale dans le contexte du Québec et celui de l'espace Ohada. En effet, il nous semble essentiel qu'en raison de la vocation internationale de l'arbitrage, le législateur Ohada et celui du Québec aient en vue de mettre en œuvre un droit de l'arbitrage efficace et adapté aux différents défis de la vie économique. Cependant, les contingences contextuelles peuvent avoir une influence sur la mise en œuvre de ce droit identique. Ce qui justifie somme toute l'hypothèse ici énoncée.

L'explicitation de cette proposition repose pour l'essentiel, sur le cadre de référence choisi pour conduire cette étude en l'occurrence, le pluralisme juridique corollaire à la doctrine de l'herméneutique juridique¹⁰⁰.

Au regard de cela, nous envisageons à la fois les disciplines philosophique (A) et historique (B) comme outils essentiels à la recherche de la connaissance et de la compréhension des règles liées à l'annulation de la sentence arbitrale tant au Québec que dans l'espace africain issu de l'Ohada. Nous aborderons finalement les conséquences juridiques qui pourraient être liées à la comparaison de ces deux pôles dans leur rapport à la philosophie et à l'histoire (C).

¹⁰⁰ Voir sur ce point l'élaboration de la méthodologie de la recherche.

Section 1 : L'origine philosophique des règles liées à l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

Quelles sont les valeurs philosophiques à la base des règles liées à l'annulation de la sentence arbitrale dans l'espace Ohada et au Québec?

Pour apporter une réponse à cette interrogation, il importe d'effectuer une certaine précision de concepts clés ici évoqués. C'est le cas du concept de valeur. Dans une étude substantielle sur la question des valeurs, Rudholf Rhézohazy en donne une définition qui convient bien avec la perception que l'on pourrait avoir de ce concept dans le cadre de cette étude. En effet, l'auteur se rattache à une définition qui rappelle que la valeur est un terme complexe. Il révèle à ce propos que : *«tout ce que les hommes apprécient, estiment, désirent obtenir, recommandent, voire proposent comme idéal, peut être considéré comme une valeur¹⁰¹.»* La valeur fait donc partie intégrante des actions posées par les hommes et son étude révèle une importance tout évidente dans la mesure où, elle permet de savoir le lien de rattachement de ceux-ci à un objet, à une idée.

Les valeurs qui seront observées au sein des dispositions à la base de la procédure en annulation de la sentence arbitrale décrivent la philosophie en arrière de celles-ci. Ainsi, il y a lieu d'étudier à quel degré ces valeurs sont mises en évidence au sein des juridictions comparativement étudiées. Pour ce faire, l'observation des dispositions législatives en vigueur au Québec et dans l'Ohada nous permet de distinguer deux grandes catégories de valeurs que sont la valeur fondamentale de la liberté et les valeurs accessoires issues de la représentation faite par les législations de la procédure arbitrale. Comment ceux-ci se présentent-ils dans les différentes juridictions? Étudions-les distinctement.

¹⁰¹ Rudholf Rhézohazy, *Sociologie des valeurs*, Paris, Armand Colin, 2006 à la p. 5

A. La valeur fondamentale de la liberté

La liberté juridique est entendue comme «*une consécration de principe, une formulation précise du droit reconnu, le respect de procédures et de garanties, notamment juridictionnelles*¹⁰².» Cette liberté tient une place de choix dans la perception du processus de l'arbitrage dans chacune des sphères ici analysées. Cela peut s'observer dans une approche qui tient compte de la portée et des limites de ce phénomène.

1. La portée de la liberté dans la cause arbitrale.

Plusieurs sous-thèmes peuvent nous permettre de nous saisir de la valeur de la liberté dans le processus de l'arbitrage. Et cela renvoie à l'impact que cela pourrait produire quant à l'annulation de la sentence qui sera rendue à cet effet. Ainsi, nous pouvons évoquer successivement, la question de la désignation de la loi compétente (a); la compétence des juridictions judiciaires (b) et la constitution du tribunal arbitral (c).

a. La désignation de la loi compétente.

En droit de l'arbitrage au Québec, la liberté des parties semble détenir une valeur fondamentale. En effet, si des dispositions de lois¹⁰³ en la matière semblent organiser le domaine, l'effectivité de ces dispositions trouve dans la volonté des parties un appui considérable. Les parties peuvent dans le cadre de la résolution de leur conflit mettre entre parenthèses les règles de droit commun et désigner d'autres règles non élaborées de façon générale et impersonnelles. L'article 940 du C.p.c de la province soutient à ce propos que les dispositions du titre relatif à l'arbitrage n'ont qu'une valeur supplétive. Ce qui marque leur caractère non obligatoire. La conséquence qui se dégage de cette observation c'est toute l'autonomie de la liberté que l'on voudrait attribuer aux parties dans la résolution de leur conflit.

En droit Ohada, on peut tout aussi observer cette force de la liberté des parties dans l'évaluation du droit applicable dans une matière arbitrable. En effet, ici également,

¹⁰² *Supra* note 1 s.v. «liberté».

¹⁰³ Les dispositions du C.p.c sont de portée générale et impersonnelle au contraire de certaines règles qui seront soumises à la volonté exclusive des parties.

l'arbitrage rime avec la liberté. Là où la liberté est permise, l'arbitrage est autorisé. Suivant l'article 21 du traité Ohada¹⁰⁴, l'arbitrage reposerait sur une philosophie de la contractualisation. C'est le contrat qui fonde et conduit la procédure arbitrale. Cette philosophie de la contractualisation est une marque de la valorisation de la liberté et de l'autonomie de la volonté des parties en conflit. Ainsi, le droit Ohada exclut expressément de son domaine de définition, tous les différends extra-contractuels¹⁰⁵. Il semble ainsi observable que la justice recherchée dans la cause d'arbitrage ne devrait pas s'éloigner de la volonté des parties. Cela donne au processus arbitral d'ailleurs, tout le caractère privé qui justifie la saisine d'un juge autre que celui de l'État.

Quelle implication une telle intervention fondée sur la liberté pourrait-elle avoir relativement à la question de l'annulation de la sentence arbitrale?

De l'étude de la législation au Québec, on peut soutenir l'idée selon laquelle, l'annulation d'une sentence arbitrale n'est pas fondamentalement une sanction de la violation d'une règle de droit. Il s'agit en réalité, du fait du caractère supplétif de la loi, d'abord et avant tout, de la sanction de la violation de la volonté des parties. L'idéal en matière arbitrale serait donc le respect de cette volonté des parties de sorte à se mettre à l'abri de toute procédure d'annulation. Cette situation est apparente dans l'hypothèse du même article 940 du code de procédure civile du Québec¹⁰⁶. Cette disposition réfute toute primauté de la règle de droit en dehors de la volonté des parties. Ce qui suppose en toute conséquence que même le recours à la règle législative ne doit qu'être l'émanation de l'expression de la volonté ou liberté des parties.

Cette liberté l'emporte dans une large mesure sur la règle de droit lorsque l'on analyse le paragraphe 1^{er} de l'article 946. 4 du code de procédure civile du Québec. En effet, cette disposition pose que le contrat d'arbitrage ne sera annulable que lorsqu'une partie

¹⁰⁴ Le droit de l'arbitrage Ohada est exclusif aux différends «d'ordre contractuel». Voir à cet effet, Art. 21 al. 1 traité Ohada.

¹⁰⁵ Cela se ressent aussi à l'étude de dispositions pertinentes comme l'article 2 du règlement de la CCJA qui reprend en cela l'article 21 sus relevé.

¹⁰⁶ Art. 940 C.p.c.

n'aurait pas la capacité pour prétendre à la formation d'une convention en général. Ainsi des dispositions impératives posées par l'article 1385 du Code civil québécois, seule la capacité a été identifiée comme la disposition devant s'imposer à la liberté des parties qui ne pourront l'outrepasser. Ainsi, les autres conditions générales de validité du contrat que sont le consentement, l'objet et la cause n'ont qu'une force supplétive, c'est-à-dire si les parties s'entendent pour mettre la convention d'arbitrage conclue au Québec sous l'empire du droit de céans. En d'autres termes, elles sont fondées à recourir à une loi en vigueur en dehors du territoire du Québec sans pour autant placer de ce fait, la convention conclue sous la menace d'une annulation pure et simple.

En droit Ohada, l'article 4 de la loi uniforme relative à l'arbitrage met aussi en valeur la philosophie de la liberté, lorsqu'il établit une nette distinction entre le contrat « *principal*¹⁰⁷ » et la convention d'arbitrage. Cette dernière convention a une particularité propre en raison du fait qu'elle n'est pas annulable du fait de la violation d'un droit étatique quelconque. Seule la « *commune volonté* » des parties constitue le repère essentiel de validité de la convention d'arbitrage. Ainsi, les conditions générales de validité d'un contrat¹⁰⁸ restent ici, inopérantes. Ces dispositions perdent leur caractère d'ordre public en droit de l'arbitrage Ohada, et leur violation ne peut fonder ipso facto, une procédure en annulation de la sentence arbitrale en dehors de la volonté des parties. La portée de la liberté des parties semble ici plus avérée, car aucune distinction n'est établie entre les conditions générales de validité d'un contrat, tout étant relégués ici à une valeur supplétive. Devant cette liberté plus affirmée, le droit Ohada montre sa disposition à

¹⁰⁷ L'emploi de ce terme est inapproprié, car on peut soutenir l'idée qu'il n'y a pas en réalité de contrat principal vu que le contrat d'arbitrage n'est pas l'accessoire du contrat dit principal. Nous sommes donc face à deux contrats d'égale valeur formellement distincts l'un de l'autre.

¹⁰⁸ Ces conditions sont la capacité, le consentement, la cause, l'objet. Elles sont posées par la plupart des codes des obligations en vigueur dans les pays de l'Ohada et constituent une reprise de l'article 1108 du Code civil français. En Côte d'Ivoire ce texte est formulé de la façon suivante : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- le consentement de la partie qui s'oblige;
- sa capacité de contracter ;
- un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
- une cause licite dans l'obligation.» (Centre National de Documentation Juridique, Code des biens et des obligations.)

l'ouverture et à la primauté de l'autonomie de la volonté des parties engagées dans un processus arbitral.

La compétence des juridictions judiciaires permet aussi d'évaluer la liberté des parties.

b. La compétence des juridictions judiciaires.

De cette représentation où la volonté ou liberté des parties se situe au sommet des sources de la règle applicable, la question de la compétence des juridictions judiciaires permet aussi de se saisir de la réalité supplétive de la règle de droit¹⁰⁹. En effet, à l'analyse de l'article 941. 2 du C.p.c, il appert spécifiquement que devant les difficultés dues à la nomination des arbitres, le tribunal étatique ne pourra intervenir en la cause que si et seulement si appel lui est fait par l'une des parties litigantes. C'est donc du fait de la volonté des parties que le juge pourra intervenir dans la cause et cela malgré les difficultés qui pourraient surgir.

L'office du juge n'existe donc pas. Il est censé demeurer en principe loin du déroulement du processus chaque fois que les parties le jugent ainsi. Pour se convaincre de plus en plus de cette prescription impérative, il est fait obligation à tout juge, par l'article 940.1 du C.P.C. de se déclarer incompétent devant toute cause où les parties ont conclu une convention d'arbitrage, et de les y renvoyer. Cette obligation constitue le premier réflexe que doit avoir le juge de l'État face à une telle situation.

En droit Ohada, la question de la compétence du juge étatique est une autre opportunité pour évaluer le degré de liberté des parties dans la cause arbitrale. En effet, la saisine concomitante de la juridiction arbitrale et de la juridiction étatique n'emportera l'incompétence de la dernière qu'à la seule demande d'une des parties en litige. Tel que formulé, l'article 13 de la loi uniforme Ohada réserve aux parties le droit de soustraire leur affaire à la connaissance de l'arbitre pour le faire connaître par le juge étatique. En effet, leur mutisme sur l'affaire soumise au juge de l'État signifierait qu'ils ne verraient

¹⁰⁹.Art. 940 C.p.c. insiste sur le fait qu'à défaut d'inscription de l'affaire et de nullité évidente de la convention d'arbitrage, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles.

plus d'inconvénients à ce que celui-ci connaisse de leur cause. En ne rendant pas automatique l'incompétence de la juridiction étatique, l'acte uniforme Ohada renforce la liberté des parties dont la volonté n'est pas figée de façon définitive dans le temps. Cette observation qui accorde une plus value à la liberté des parties dans la cause arbitrale retient que le juge de l'État même conscient de son incompétence ne saurait la relever d'office. Cela suppose dès lors que l'office du juge ne saurait prendre le pas sur la volonté des parties. Son intervention ne peut fonder de fait l'annulation de la décision rendue sur le cas litigieux.

Dans cette logique de consolider la liberté des parties, le droit Ohada à travers des innovations fortes pertinentes¹¹⁰, assied la fermeté du principe de la liberté des parties dans la cause arbitrale. En effet, il dispose que devant « *l'urgence reconnue et motivée* » un recours est ouvert, à la discrétion des parties, pour référer au juge de l'État dans l'optique de faire évoluer la cause arbitrale ou de préserver un certain nombre d'acquis. Ainsi, ce recours au juge de l'État se présente non comme une obligation faite aux parties litigantes, mais comme une opportunité pour consolider conservatoirement leur droit. Il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si dans l'espace juridique québécois, pareille option est laissée aux parties en litige dans leur rapport avec les juridictions publiques étatiques.

On observe dans une certaine mesure que le législateur au Québec n'a pas pris soin de formaliser l'hypothèse de l'article 13 alinéa 4 dans le code de procédure civile. Cependant, on peut penser que la logique en arrière d'une telle disposition soit également bien perçue et même admissible dans le droit au Québec. En effet, l'article 942. 6 dudit code fait appel à la possibilité d'intervention du juge étatique devant des difficultés que ne peut lever l'arbitre. En clair, tant au Québec que dans l'espace Ohada, il y a cette croyance en ce que le juge de l'État peut être dans certaines hypothèses, une solution

¹¹⁰ Voir sur ce point Art. 13 al. 4 R.A. qui dispose que «...l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un État non partie de l'Ohada, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent.»

pour résoudre certaines difficultés dans le processus arbitral. En conséquence, son intervention ne saurait dans cette logique être à la base d'une procédure en annulation fondée. Il y a donc une identité de perception du rôle que le juge, autorité publique peut apporter à un processus arbitral mis en mal. Et cela ne pourrait l'être qu'à la seule volonté des parties elles-mêmes, véritables maîtres de la conduite de leur cause. La force de leur liberté se ressent tout aussi dans la constitution du tribunal arbitral.

Étudier la portée de la liberté au cours du processus arbitral, revient aussi à en évaluer son rôle dans la constitution du tribunal arbitral.

c. La constitution du tribunal arbitral

Au Québec, la violation de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral est fondamentalement une cause d'annulation de la sentence prononcée par le tribunal litigieux¹¹¹. Une telle position dans le code laisse transparaître toute l'importance que revêt le choix des arbitres pour les parties litigantes. Par ce choix évidemment, les parties confortent la sécurité recherchée et qui a certainement légitimé leur choix pour la voie arbitrale comme mode de règlement de leur contentieux. Une question difficile à résoudre se pose ici cependant : les parties sont-elles fondées à choisir une personne acquise à leur cause en qualité d'arbitre dans le contentieux les opposant à une tierce personne? Cette question met à jour les causes de récusation qui peuvent permettre aux parties de se prémunir d'un arbitre ayant un intérêt direct ou indirect dans la cause qui les occupe. Ainsi, les articles 234 et 235 du C.p.c. interdisent aux anciens conseils des parties, à leur conjoint ou parent ou allié jusqu'au degré de cousin germain inclusivement de pouvoir jouir de la qualité d'arbitre dans une affaire. Cependant, là encore, seule de par leur volonté les parties sont en droit de décider de demander ou non la récusation de l'arbitre. Cette disposition témoigne de l'idée que les liens de proximité naturelle ou créée du fait de la collaboration entre l'un des protagonistes et le potentiel arbitre soient de nature à compromettre la crédibilité du processus.

¹¹¹ Voir sur ce point Art. 946. 4 C.p.c. para. 5

En droit Ohada, la réalité de la crainte pour un arbitrage crédible existe également. Conscient de cette préoccupation chez les acteurs de la vie économique, le législateur africain a pris sur lui, le soin d'offrir aux parties la liberté de se doter d'un tribunal arbitral qui remplirait à tout le moins, les conditions évidentes de sécurité par les parties litigantes. À cet effet, sur une liste d'arbitres agréés par la C.C.J.A, les parties ont la possibilité de faire des choix sans y être nécessairement contraint¹¹². Cependant, il y a lieu de relever quelques observations qui font dire que le marché de la liberté est équilibré dans l'une ou l'autre sphère de juridiction. En effet, s'il est admis que les parties doivent lever en droit Ohada, une option entre un tribunal à juge unique ou un collège de juges, au Québec, l'article 941 du C.p.c. exige que les arbitres soient au nombre de trois. Ce qui renforce au Québec la sécurité juridique et dans l'Ohada le gain de temps. Cependant, il est difficile d'y voir automatiquement, une volonté de privilégier la sécurité par rapport au temps ou vice versa. On peut en déduire cependant qu'il s'agit de stratégies qui vont dans un sens mieux que dans un autre. Toutefois de façon générale, ces préoccupations ne sont pas négligées en d'autres points dans le cadre du processus arbitral. C'est le cas notamment avec le déroulement de l'instance arbitrale.

Lors du déroulement de l'instance arbitrale, la liberté des parties semble plus encadrée dans l'une ou l'autre des sphères juridiques qui nous occupent. En effet, dès lors que les parties auront désigné le droit applicable à leur cause, elles se trouvent ainsi liées par celui-ci. Cela se justifie d'ailleurs par des raisons de justice, car, en arbitrage, il semble que ce ne soit pas tant le droit applicable qui pousse les parties à tourner le dos à la justice étatique, mais son applicabilité dans le temps et dans l'espace. Toutefois, des particularités subsistent, comme c'est le cas avec l'article 944. 3 du C.p.c.¹¹³.

Le choix d'un droit applicable, tel que prévu par l'article 14 de l'acte uniforme du 11 mars 1999, est nécessairement, le choix d'une procédure d'instruction qui mène la procédure jusqu'au jugement de l'affaire. Le principe de la liberté apparent sur cette

¹¹² Art. 3. 2 R.A. Ohada.

¹¹³ Cet article est libellé de la façon suivante : « *La procédure se déroule oralement. Toutefois, une partie peut présenter un exposé écrit.* »

question de la procédure en cause en matière arbitrale, se conçoit dans un but de rendre effective la justice selon la volonté des parties. Seulement à défaut d'une volonté précise des parties, les arbitres se fieront à leur perception de la meilleure manière de rendre justice en la cause. Au regard du laconisme de la loi Ohada sur la question procédurale, certains auteurs¹¹⁴ ont pu penser que cela était une conséquence de la conscience de ceux-ci quant à l'inefficacité de la procédure de droit commun à satisfaire le droit des parties. La solution la mieux indiquée restait donc de placer le dossier sous la responsabilité des parties elles-mêmes devant désigner à la fois le droit applicable à la forme et au fond de leur affaire.

Cependant, il est convenu de noter que la liberté des parties n'est pas pour le moins absolue. Elle rencontre certaines limites qui très certainement démontrent d'une perception de la procédure arbitrale ou de l'objectif que l'on lui a assigné. Quelles sont ces limites dans les différentes sphères étudiées?

2. Les limites de la liberté du choix des parties.

Le principe fondamental de la liberté n'est pas un principe absolu dans les législations Ohada et au Québec. Pour s'en convaincre, plusieurs moyens peuvent être relevés qui retracent les restrictions faites à l'autonomie de la volonté des parties engagées dans le processus arbitral. Ces moyens limitatifs peuvent dans bien des cas causer l'annulation de la sentence qui sera rendue. Ils peuvent se comprendre à travers plusieurs thématiques comme le caractère impératif de certaines lois; les règles d'interprétation admises; le cas de l'obligation de motivation; les causes arbitrables et l'ordre public.

a. Le caractère impératif de certaines lois

Si l'on observe le droit de l'arbitrage dans l'espace de l'Ohada, on peut se rendre compte de ce que l'Ohada rend obligatoire le droit uniforme de l'arbitrage dès lors que le rapport contractuel conflictuel a un lien avec un territoire membre de l'Ohada¹¹⁵. Le principe de

¹¹⁴ *Supra* note 37 commentaires sous l'art. 14.

¹¹⁵ L'article 21 de l'acte uniforme est très clair à ce sujet lorsqu'il soutient en son alinéa 1 que : «En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États parties, soit que le contrat soit

supranationalité posé par l'article 10 du traité rend l'acte uniforme imposable aux parties en présence. Aucune autre règle d'arbitrage ne saurait lui subsister¹¹⁶. Ainsi, les parties ne sont pas fondées à appliquer à un rapport fondamental qui tombe sous l'empire de la loi Ohada, des règles autres que celles prévues par l'acte uniforme du 11 mars 1999. Les dispositions de l'acte uniforme Ohada sont donc dans leur ensemble des dispositions impératives. Cette situation traduit la ferme volonté d'intégration à la base du droit Ohada.

Au Québec, quelques dispositions spécifiques prévues par l'article 940 du C.p.c. traduisent le degré de limites à la liberté des parties¹¹⁷. On est fondé à penser que la violation de ces dispositions annihile la substance du processus arbitral selon le législateur québécois. Ici, les parties sont en droit de construire elles-mêmes un droit de l'arbitrage propre à leurs besoins sous réserve des dispositions impératives sus évoquées. En conséquence, elles sont fondées à désigner discrétionnairement la loi compétente pour résoudre leur droit de l'arbitrage. Cependant dès lors qu'elles ont choisi le droit commun en vigueur au Québec, leur liberté s'en trouve encadrée. À titre d'exemple on peut citer l'article 944. 6 qui soumet, à travers l'exemple de l'audition des témoins, la procédure d'instruction placée sous le code de procédure civile aux mêmes règles que celle de toutes affaires ordinaires¹¹⁸.

L'inconvénient majeur de cette opportunité, c'est de contribuer théoriquement, à asseoir une jurisprudence de l'arbitrage. L'absence d'un droit unique obligatoire peut favoriser le *forum shopping* et faire piétiner la procédure. En effet, les dispositions du C.p.c. sur

exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.»

¹¹⁶ Cette situation pourrait bien se comprendre en distinguant entre la loi uniforme relative à l'arbitrage et le règlement d'arbitrage de la CCJA. Seule la loi uniforme a un caractère impératif et doit être appliquée même lorsque l'arbitrage a lieu sous l'égide d'un centre privé.

¹¹⁷ Selon cette disposition, seuls les articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, et l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire ne peuvent être transgressées dans le cadre de l'arbitrage.

¹¹⁸ Voir Art. 944. 9 C.p.c.

l'arbitrage ayant une valeur supplétive¹¹⁹, on peut craindre chez les acteurs économiques, une volonté de maximisation de leurs intérêts qui pourrait les pousser à rechercher constamment un droit qui leur est favorable, quitte à préjudicier aux intérêts en présence. Il est par ailleurs avéré que lorsque les parties ont opté pour l'application des dispositions de droit commun en matière d'arbitrage au Québec, leur liberté n'est pas non plus absolue, car ce choix exige l'abandon d'un certain nombre de privilèges. En effet, le C.p.c. perçoit l'arbitrage dans un schéma qui oblige les parties à soumettre leur affaire à un collège de trois arbitres¹²⁰. On peut penser que cette représentation ait l'inconvénient de ralentir le processus tant et si bien que la sentence arbitrale requiert la majorité des voix des arbitres¹²¹. De plus, la nomination des arbitres doit se faire dans un délai de trente jours. La liberté des parties ne peut les amener à transgresser impunément ce délai, car, il reste ouvert une possibilité de saisir le juge étatique¹²² afin qu'il connaisse de la nomination dans une décision qui reste finale et sans appel¹²³.

La nécessité de cette nomination s'entrevoit encore plus lorsqu'un seul arbitre connaît de la cause comme cela est envisagé en droit Ohada. La récusation des arbitres est aussi une opportunité pour remettre en cause la liberté des parties. En effet, si elles peuvent de part et d'autre des juridictions étudiées, nommer les arbitres à discrétion¹²⁴, elles ne peuvent les révoquer à rebours, selon leur bon vouloir. En effet, tout comme l'article 942. 2 du C.p.c., l'article 7 in fine de l'acte uniforme Ohada relatif à l'arbitrage soutient que la récusation d'un arbitre n'est admise que pour une cause révélée après sa nomination. Cette disposition au Québec limite encore la liberté des parties du fait de son caractère

¹¹⁹ *Supra* note 103.

¹²⁰ Art. 941 du C.p.c.

¹²¹ Art. 945. 2 C.p.c.

¹²² Art. 941. 2 du C.p.c.

¹²³ Art. 941. 1 et 941. 3 du C.p.c.

¹²⁴ Cette discrétion est atténuée en droit Ohada car les arbitres sont choisies sur une liste proposée par la CCJA.

final et sans appel¹²⁵. Ce point a cependant servi d'appui à une liberté plus affirmée des parties sur la question en droit Ohada, car la décision du juge est finale et sans recours seulement si les parties n'en ont pas décidé autrement¹²⁶. Une telle représentation s'inscrit dans une philosophie d'appropriation du processus par les parties en litige.

Relativement au risque d'annulation, on peut admettre aussi que les sentences rendues par un collège d'arbitres sont jugées plus crédibles que celles rendues un seul arbitre. Dans cette alternative, en effet, la décision du collège est le résultat d'un débat entre les arbitres et la sentence, le résultat d'une collaboration manifestée par le travail commun des arbitres. Cette situation peut rendre plus difficile l'aboutissement d'une procédure en annulation contre cette sentence. On peut raisonnablement comprendre ici la réticence du juge étatique au Québec, à procéder à l'annulation de la décision rendue dans ces conditions.

Au cours de l'instruction de la procédure, le code de procédure civile du Québec limite à la signification suivant les règles de droit commun, le mécanisme de communication de toute forme d'information¹²⁷. L'obligation d'information essentielle à la validité de la sentence arbitrale ne pourra en conséquence être prouvée que par ce moyen rigoureusement établi. On peut suspecter ici le fait que les parties qui ont envisagé la voie de l'arbitrage en vue d'éviter les règles de droit commun qui ne rencontrent pas leur conception de la justice soient quelque peu insatisfaites de se voir encore sacrifier à ces mêmes règles en cause d'arbitrage. Ainsi, la rigueur des règles de preuve surtout dans le milieu des affaires peut fondamentalement affecter les intérêts des parties en litige. Cette confusion entre le droit commun et le droit de l'arbitrage ne semble donc pas ici en faveur d'une politique de promotion de la procédure de l'arbitrage.

Au sein de l'Ohada, la primauté de la procédure d'arbitrage est aussi affirmée sur toute liberté des individus par l'article 23 du traité de 1997. Cependant, contrairement au

¹²⁵ Art. 942.7 C.p.c.

¹²⁶ Art. 7. al. 2 A.U.A.

¹²⁷ Art. 940. 5 du C.p.c.

Québec, la confusion entre le droit commun et le droit de l'arbitrage n'est pas formellement établie. En effet, cet article soutient que tout tribunal de droit commun saisi d'une cause dans laquelle est prévue une procédure arbitrale doit se déclarer incompétent au profit de cette procédure dont la substance se retrouve dans les règles spécifiques de l'arbitrage Ohada. La distinction est donc bien établie entre le droit commun et le droit Ohada. La volonté politique de développement de l'arbitrage est par ricochet plus visible, plus matérialisée. Toutefois, ici l'une des limites affirmées de la liberté des parties est la nullité *prima facie* de la convention d'arbitrage. Le contrat d'arbitrage étant le fondement de la soustraction de la cause litigieuse au droit commun, sa nullité signifie que l'affaire retombe sous l'emprise du juge étatique dont la compétence reprend sens¹²⁸. Devant une telle nullité, la liberté des parties perd tout fondement pour manque de base légale.

Le principe fondamental de la liberté est aussi encadré dans l'interprétation de la volonté des parties.

b. Les règles interprétatives.

Sur la question de l'interprétation de la convention d'arbitrage, le droit commun de l'arbitrage au Québec n'entend pas faire fi de certains référents internationaux. Ainsi, dans l'hypothèse où l'arbitrage met en cause des intérêts extra-provinciaux ou internationaux, un certain nombre de textes doivent être respectés. Il s'agit en l'occurrence, de : la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international; le Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985 et le Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international¹²⁹. En clair, la référence expresse à ces textes en droit de l'arbitrage au Québec laisse sous-entendre

¹²⁸ Art. 13 al. 2 A.U.A.

¹²⁹ Art. 940. 6 C.p.c.

qu'ils partagent avec le code de procédure civile, la même philosophie, vont dans la même direction. La liberté des parties devrait donc pouvoir en principe en tenir compte. En droit de l'arbitrage Ohada, bien que la politique d'uniformisation du droit de l'arbitrage réponde à un souci de mondialisation¹³⁰, la référence aux textes sus mentionnés n'est pas expresse. Cependant, les objectifs de l'Ohada qui sont de créer un cadre favorable aux développements des affaires peuvent bien se prêter à une telle cohérence. L'Ohada prend donc soin en général de ne pas créer une scission avec ces textes importants en droit international. D'ailleurs, la plupart des pays membres de l'Ohada sont signataires ou ont ratifié les textes importants dont il est ici question. La philosophie de la liberté connaît également des attermolements quand vient l'heure de la rédaction de la sentence arbitrale. D'où la question de la motivation de la sentence arbitrale.

c. De la motivation de la sentence arbitrale.

En droit Ohada, les arbitres qui n'auraient pas motivé leur sentence arbitrale, exposent celles-ci à l'annulation en raison de l'article 26 de la loi uniforme relative à l'arbitrage. Cette exigence répond à une volonté de rendre une justice exempte de tout reproche et qui conforterait le justiciable dans la confiance placée en la justice arbitrale. Elle lui permet de savoir les motifs du rejet ou de l'acceptation de sa demande. Ce souci de clarté qui évite à l'arbitre Ohada de rendre une décision selon une procédure occulte n'est pas cependant exempt de reproches. En effet, la difficulté qui se pose face à une telle exigence, c'est celle de pouvoir relever la contrariété éventuelle des motifs devant un autre juge¹³¹. Une telle procédure ne semble pas admise, ce qui enlève à l'exigence de motivation toute sa substance, voire tout l'intérêt procédural qui y est rattaché

Cet état de fait semble avoir été pris en compte en droit de l'arbitrage au Québec où la motivation bien que prévue à l'article 945. 2 du C.p.c ne semble pas être une règle

¹³⁰ *Supra* note 14.

¹³¹ *Supra* note 37 à la p. 2. L'auteur relève ici le problème qui est que l'on pourrait difficilement critiquer une motivation dans une cause arbitrale sans se glisser sur le domaine du fond de la question en débat. Or, il est une caractéristique de l'arbitrage qui est que le juge étatique saisit de la question litigieuse soumise à arbitrage ne saurait en connaître du fond. La critique de la motivation devient en ce sens une question difficile à résoudre par le juge étatique car elle compromet l'intégrité de la sentence arbitrale.

impérative pour ne pas exister dans les conditions de validité de la sentence arbitrale prévues à l'article 946. 4 dudit code. On pourrait croire, face à cette réalité que l'arbitre est libre ou non de motiver sa sentence, car elle n'encourt pas annulation pour défaut de ce fait. La motivation perdrait-elle donc dans le cadre de l'arbitrage sa valeur de principe de justice naturelle; de principe fondamental de justice? La jurisprudence québécoise semble aller dans ce sens. Dans une affaire¹³², où la question était en débat, le juge Marc Beauregard s'est prononcé en ces termes : *«Ce qui heurte le sens de l'équité, l'ordre entre les plaideurs et en conséquence l'ordre public, ce n'est pas qu'une sentence soit non motivée, c'est qu'elle soit non motivée contrairement à ce qu'avaient voulu les parties»*¹³³. En clair, la motivation dans le droit de l'arbitrage tomberait sous l'empire de la liberté des parties.

L'une des restrictions importantes à la liberté des parties à la cause arbitrale, que l'on observe d'ailleurs dans le droit Ohada et au Québec, c'est celle de limiter l'arbitrage à des causes arbitrables. Cette question dans une certaine mesure touche à celle de la sauvegarde de l'ordre public.

d. Les causes arbitrables et l'ordre public.

La question des causes arbitrables est abordée différemment selon les sphères de juridiction étudiée. Au Québec, c'est de façon drastique que certaines matières ont été exclues du domaine de l'arbitrage. La liberté des parties ne peut autoriser de soumettre ces matières à l'arbitrage sans tomber sous le coup de l'article 946. 5 du C.p.c. Cette restriction apparaît en droit Ohada à travers la philosophie de la contractualisation qui voudrait que l'arbitrage soit le mode de règlement des litiges pour tout rapport

¹³² *Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant Inc.*, (2008) CanLII 444 (QCCA). Cette désescalade de l'obligation de motivation dans une cause arbitrale est aussi très apparente lorsque le juge avance les propos suivants : *« J'accepte qu'une sentence arbitrale non motivée ne viole pas l'ordre public tel qu'entendu dans les relations internationales lorsque les parties n'ont pas exigé que la sentence soit motivée.»* au para. 21.

¹³³ *Ibid.* au para. 25.

contractuel fondamental¹³⁴. Ainsi, tel que se représente le législateur africain, l'arbitrage Ohada dispose d'un domaine potentiel d'exercice plus vaste que celui du Québec. On peut donc soutenir que s'il reste adapté au droit des affaires, il n'entend pas s'en limiter¹³⁵.

Finalement, les deux juridictions établissent un lien entre l'ordre public et la liberté des parties. En effet, elles font de l'ordre public une limite manifeste à l'autonomie de la volonté des parties qui ne peuvent pas outrepasser ce concept¹³⁶. En conséquence toutes les fois que cet ordre sera mis en mal, le juge étatique, garant de celui-ci pourra s'inviter dans le débat afin de préserver cet ordre. En somme, l'ordre public positionne l'office du juge étatique ici comme une limite non négligeable à la liberté dont peuvent jouir les parties dans la cause arbitrale.

Outre la mise en valeur de la philosophie de la liberté dans le cadre du processus de l'arbitrage, certaines valeurs non moins essentielles peuvent être identifiées du fait de la mise en œuvre de la procédure arbitrale. Nous pouvons qualifier ces valeurs de valeurs accessoires à la liberté des parties, car elles participent plus ou moins à renforcer ou à compléter.

B. Les valeurs accessoires de la mise en œuvre de la procédure arbitrale

Diverses valeurs sont associées à la mise en œuvre de la procédure arbitrale. Elles ont pour but essentiel de rendre le processus plus efficace. On peut citer à cet effet que la philosophie sous-jacente à la représentation du processus de l'arbitrage est liée à : l'indépendance et l'impartialité, l'efficacité, l'universalité, la confiance, l'égalité.

¹³⁴ Art. 21 al. 1 traité Ohada.

¹³⁵ Les travaux d'harmonisation du droit du travail de l'espace Ohada sont actuellement en cours.

¹³⁶ Ce rapport sera mieux mis en évidence dans l'étude des règles de fonctionnement du régime de l'annulation dans les juridictions étudiées. Cela parce que le concept d'ordre public en raison de son caractère flou nous semble bien plus liée au fonctionnement du processus d'arbitrage qu'à son organisation.

1. L'indépendance et l'impartialité.

L'indépendance et l'impartialité sont deux valeurs qui peuvent être étudiées concomitamment en raison du fort lien qui pourrait les rapprocher. L'une ne peut ou ne doit exister sans l'autre. L'indépendance semble à cet effet, une condition de l'impartialité. À rebours, l'impartialité constitue pour l'indépendance un moyen approprié. Un arbitre impartial n'est en principe, dépendant d'aucune force extérieure. En effet, l'indépendance se conçoit juridiquement comme *«la situation d'un individu qui exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés¹³⁷.»* Il s'agit d'une capacité de plein exercice qui lui ouvre la voie à l'impartialité. Celle-ci se conçoit dans le cas de la sentence arbitrale comme *«une abstention de tout favoritisme; obligation rigoureuse de n'avantager aucun des plaideurs, de ne jamais statuer au profit de l'un d'eux pour d'autres raisons que celles qui tiennent au bien-fondé de ses prétentions, devoir de stricte justice¹³⁸...»*

Étudions ces valeurs successivement.

a. L'indépendance.

La philosophie de l'indépendance peut s'observer dans un cadre qui définit d'une manière ou d'une autre le statut des arbitres. En effet, le législateur semble conscient de ce que l'indépendance soit indispensable à l'arbitre pour l'exercice de ces fonctions.

Au Québec, le C.p.c. est très significatif à ce propos. Il soutient en effet que les arbitres procèdent à la tenue de l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent¹³⁹. Les arbitres sont donc en principe censés guidés par l'aboutissement de l'affaire selon la compréhension qu'ils ont du problème qui les occupe. Les décisions, les mesures qu'ils prennent s'inscrivent dans un cadre qui leur garantit conviction. Cette indépendance des arbitres est établie à la fois en rapport avec le tribunal étatique et les parties litigantes.

¹³⁷ *Supra* note 1 s.v. «indépendance»

¹³⁸ *Ibid* s.v «impartialité.»

¹³⁹ Art. 944. 10 C.p.c.

L'arbitre ne saurait donc valablement subir des pressions d'aucune sorte venant de ces entités. Cette indépendance est aussi liée au rapport de l'arbitre avec ses autres collègues tout au long de la procédure en arbitrage. Elle peut se manifester par la possibilité pour un arbitre de faire connaître son opinion personnelle lors du prononcé de la sentence arbitrale soit en refusant de signer le dispositif de la décision soit en y intégrant ses motivations et conclusions¹⁴⁰.

En droit Ohada, une telle réalité est aussi observable témoignant d'une volonté de donner aux arbitres les moyens de leur action et de limiter de ce fait les causes d'annulation dues à l'indépendance des arbitres. Ainsi, l'indépendance de l'arbitre est appréhendée ici comme une opportunité pour crédibiliser le processus et mettre toutes les parties en confiance. C'est d'ailleurs pourquoi toutes les personnes qui d'une manière ou d'une autre ont eu des accointances avec les parties en litige dans le cadre de la cause qui les occupe ne pourront pas agir comme arbitres¹⁴¹.

Cette indépendance ne porte pas exclusivement sur les personnes ayant en charge la responsabilité du processus arbitral, mais est aussi l'émanation de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal. En effet, de la lecture de l'article 4 alinéa 1 de l'acte uniforme Ohada, il ressort que la convention de l'arbitrage est indépendante du contrat principal¹⁴². Cette indépendance justifie dans une certaine mesure que le processus d'arbitrage soit l'apanage d'un arbitre dépouillé de toute forme de dépendance

¹⁴⁰ Art. 944. 11 et 945 du C.p.c.

¹⁴¹ C'est le cas fort à propos de l'avocat d'une des parties qui de ce seul fait ne peut faire office d'arbitre. Telle a été sur ce point la position de la CCJA [*Compagnie des Transports de Man c/ Colina SA* (2002), [n° spécial, janvier 2003], CCJA Recueil de jurisprudence p. 16 /-/ Le Juris Ohada, n° 2/2002, avril-mai 2002, p. 14.] Art. 942 C.p.c. et Art. 234 et 235 du C.p.c.

¹⁴² Cette observation est identique dans le droit au Québec, notamment avec l'article 2642 du code civil qui dispose que :«Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage.»

L'indépendance des arbitres dans le cadre du processus arbitral implique par ricochet une certaine responsabilité qui cadre avec leur obligation à l'impartialité.

b. L'impartialité

L'impartialité de l'arbitre tout au long du processus de règlement du litige qui lui est soumis, tient une place de choix dans les préoccupations des protagonistes. Un soupçon de la violation de cette responsabilité fonde une demande d'annulation de la sentence rendue par l'arbitre indélicat. C'est ainsi que le législateur québécois conscient de cette exigence, dans la représentation qu'il se fait du mécanisme de l'arbitrage, exige à travers les termes de l'article 942. 1 du C.p.c que l'arbitre soit dans l'obligation de signaler toute cause valable de récusation de sa personne. Ce souci est aussi présent chez le législateur communautaire de l'Ohada qui dans le même esprit refuse la qualité d'arbitre aux personnes qui pourraient d'une manière ou d'une autre être influencées par leur rapport à la cause litigieuse¹⁴³. On peut comprendre qu'à travers cette orientation tant le législateur Ohada que celui du Québec entend donner du crédit à la sentence qui doit être rendue de sorte à limiter les recours en annulation basés sur le motif d'impartialité. La question de l'impartialité de l'arbitre est donc perçue et abordée dans les mêmes termes en droit Ohada et au Québec. Cela certainement parce que cette approche veille à garantir plus d'efficacité à la sentence issue du processus arbitral.

D'ailleurs, l'efficacité est une philosophie qui sous-tend grandement la procédure en arbitrage.

2. La philosophie de l'efficacité.

La vertu de l'efficacité justifie théoriquement un processus d'arbitrage, car elle lui donne les moyens de satisfaire les parties litigantes et de les conforter dans le sentiment du bon choix opéré, celui d'avoir retiré au juge étatique le droit de statuer sur la cause litigieuse. L'intérêt de l'étude de cet aspect de l'arbitrage dans le cadre de notre recherche se situe sur le point de savoir la représentation que les juridictions étudiées se font de cette

¹⁴³ *Ibid.*

philosophie. Comment la philosophie de l'efficacité est-elle prise en compte dans le droit Ohada et au Québec?

Dans ces deux sphères de juridiction, l'intervention du juge étatique, autorité théoriquement en marge du processus d'arbitrage est bien souvent requise à des fins d'efficacité du processus. Le cas des mesures conservatoires en est un exemple édifiant. En effet, devant la menace d'un ensemble de droits acquis sur certaines causes, les parties en litige sont fondées à saisir le juge de l'État afin que leurs droits soient protégés¹⁴⁴. Cette philosophie qui fonde le recours à tous les moyens y compris la saisine du juge étatique vise à rendre le processus arbitral utile aux intérêts des parties. C'est le cas des mesures prévues à l'article 13 de l'acte uniforme sur l'arbitrage en cas «*d'urgence reconnue et motivée*¹⁴⁵.»

Le non-respect de certains délais peut être à la base de la nécessité de mesures à prendre en vue de garantir un processus arbitral efficace. Ainsi, le droit du C.p.c. retient que le défaut des parties de nommer un arbitre dans un délai de 30 jours est de nature à menacer un processus efficace. Cela en raison de la perte énorme de temps que peut causer la nomination de l'arbitre. Le législateur québécois met à la charge des parties elles-mêmes, l'évaluation du temps de nomination sur les intérêts en cause. En effet, l'article 941. 1 donne les pleins pouvoirs aux parties de saisir le juge de l'État pour qu'il règle de façon absolue et définitive, la question de la nomination d'un arbitre lorsque le temps mis pour nommer celui-ci lui est préjudiciable.

Ici encore, ce recours garantit un processus que l'on veut efficace. Ainsi, on comprend que le processus d'arbitrage s'appuie sur la fixation de délai pour se donner les moyens de réussite et de crédibilité. C'est ainsi que les parties disposent au Québec d'un délai de 15 jours depuis la nomination des arbitres pour faire connaître les causes de récusation

¹⁴⁴ Voir sur ce point Art. 940.4 C.p.c. qui dispose ce qui suit : « Avant ou pendant la procédure arbitrale, un juge ou le tribunal peut accorder, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles. »

¹⁴⁵ *Supra* note 110.

dont elles ont connaissance¹⁴⁶. Dans cette alternative également, recours pourra être fait au juge de l'État pour se prononcer sur cette question en cas de difficulté¹⁴⁷. On peut cependant craindre ici que le recours au juge de l'État pour se prononcer sur la question n'entrave en réalité l'efficacité du processus en le retardant dans le temps. Le législateur québécois entend contourner cette faille en sanctionnant les décisions du juge étatique du caractère définitif et absolu¹⁴⁸.

En droit Ohada, la garantie de l'efficacité du processus relativement à la nomination des arbitres est aussi prise en compte, mais dans une perspective différente et qui peut sembler plus favorable au processus arbitral. En effet, la C.C.J.A offre aux parties de choisir leurs arbitres à discrétion sur une liste annuellement mise à jour par elle¹⁴⁹. Ainsi, l'intervention de la C.C.J.A se fait depuis l'amont du processus de nomination afin de prévenir d'éventuels contentieux sur cette question. Cela prend forme avec la procédure de confirmation des arbitres dans leur fonction par la C.C.J.A¹⁵⁰. Cette procédure donne du crédit aux arbitres et se donne plus de chance de déceler au plus tôt toute cause légitime de récusation des arbitres. En se donnant ces garanties, le législateur africain démontre chez lui, la conscience de ce que le choix de l'arbitre peut être une question névralgique susceptible d'affecter le bon déroulement de la procédure arbitrale. Cela s'observe d'ailleurs par la fixation d'un certain nombre de critères pour désigner un arbitre dès lors que les parties n'ont pas pu s'entendre dans un délai sur la personne de leur juge privé¹⁵¹.

Le sort de la sentence arbitrale une fois rendue permet tout aussi d'évaluer l'efficacité du processus qui a permis d'y aboutir. Dans le droit Ohada et dans le droit en vigueur au

¹⁴⁶ Art. 942. 3 C.p.c.

¹⁴⁷ Art. 942.4 C.p.c.

¹⁴⁸ Art. 942. 7 C.p.c.

¹⁴⁹ Art. 3. 2 R.A.

¹⁵⁰ Art. 3.1, al. 3 R.A.

¹⁵¹ Art 3.2 et suivants R.A. de la C.C.J.A.

Québec, de grandes différences sont à relever sur cette question. Quelles sont-elles? Dans le droit de l'Ohada, une fois la décision arbitrale rendue, elle lie les parties. Cependant, son exécution forcée n'est possible qu'une fois que la décision a été exécuté par le juge de l'État-partie où la décision est destinée à application¹⁵². L'innovation au sein de l'Ohada réside dans le fait que seule la C.C.J.A peut connaître du recours en cassation contre la décision négative d'exécuté¹⁵³. De plus selon la volonté des parties, elle peut connaître du fond de l'affaire lorsqu'elle refuse la reconnaissance et l'exécution forcée de la sentence arbitrale¹⁵⁴. On peut penser que la C.C.J.A ayant elle-même confirmé la nomination des arbitres soit peu encline à annuler la décision rendue par ceux-ci.

Au Québec, le principe d'efficacité ne semble pas ainsi garanti. Le droit de l'arbitrage au Québec distingue entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international dont l'une peut faire l'objet de la procédure d'homologation¹⁵⁵ et l'autre de la procédure d'exécuté¹⁵⁶. De plus, la disposition fondamentale selon laquelle le juge étatique saisi d'un recours en annulation ne peut connaître du fond de l'affaire semble ne pas connaître de limites. Outre cela, le fait qu'une fois saisie en vue d'exécution forcée, la procédure tombe dans le droit commun peut être de nature à faire perdurer le processus et soustraire aux parties l'avantage du gain du temps qui a aussi déterminé leur choix du processus arbitral. Cependant, tout comme en droit Ohada, le législateur semble conscient de ce problème. Conséquence, il prévoit à travers l'article 947. 3 du C.p.c., la possibilité pour le juge étatique, à la demande d'une partie, de suspendre pendant un temps à sa discrétion, son intervention, de sorte à donner aux arbitres le temps de mettre fin aux éléments

¹⁵² Art. 30 et suivants A.U.A..

¹⁵³ Art. 32 A.U.A.

¹⁵⁴ Art. 29 R.A.

¹⁵⁵ Art. 946 et suivants C.p.c.

¹⁵⁶ Art. 948 et suivants du C.p.c.

inhibiteurs de l'effectivité de la sentence rendue¹⁵⁷. Ce qui constitue un gage d'efficacité pour la procédure de l'arbitrage.

Par ailleurs, nous pouvons étudier aussi l'égalité et la confiance. En effet, ces deux valeurs restent liées dans une certaine mesure, car l'un, l'égalité pourrait constituer un moyen pour l'autre, la confiance. La conscience que les parties ont la garantie de voir leur affaire étudiée en toute égalité pourrait donc leur inspirer confiance. Ces deux valeurs restent sous cette vue déterminante dans le choix pour l'arbitrage.

Abordons donc dans une seule rubrique, la philosophie de l'égalité de celle de la confiance.

3. Les philosophies de l'égalité et de la confiance.

Ces deux valeurs jouissent d'une grande importance dans le processus de l'arbitrage. Elles entretiennent par ailleurs, entre elles, un rapport solide, en raison de ce que la garantie de l'égalité au cours du processus suscite chez les parties un sentiment de confiance qui bien souvent est déterminant dans le choix du règlement du litige par arbitrage.

a. La valeur de l'égalité

En quel sens la valeur de l'égalité est-elle prise en charge dans le processus de l'arbitrage tant dans le droit Ohada que dans celui en vigueur au Québec?

La valeur de l'égalité est appréhendée comme un principe juridique¹⁵⁸. Suivant celui-ci, les individus ont sans distinction d'aucune sorte et d'aucune forme, «la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit¹⁵⁹.»

L'importance de la valeur de l'égalité pourrait se rattacher dans une certaine mesure, au principe fondamental du contradictoire dont la violation constitue sans contexte l'annulation d'une décision judiciaire en matière de droit commun. Dans une large

¹⁵⁷ Art. 947. 3 du C.p.c..

¹⁵⁸ *Supra* note 1 s.v «égalité».

¹⁵⁹ *Ibid.*

compréhension, c'est dans cette perspective que semblent s'orienter les juridictions étudiées.

Dans le droit de l'arbitrage au Québec, le respect de l'égalité indique de mettre les parties en présence au même degré d'information. Comme dans une procédure ordinaire de droit commun, cela leur permet de préparer en toute connaissance de cause, leur défense. Ainsi, l'obligation de communication ou d'information apparaît comme l'un des moyens les plus appropriés à la réalisation de l'égalité entre les parties en litige. Par exemple, l'article 944. 2 dispose que des documents importants comme le rapport d'un expert doivent être des documents qui doivent être communiqués aux parties suivant le même délai. Il se dégage de cette représentation du processus, une volonté claire de ne susciter tout au long du processus aucune forme de différence entre les parties. Pour rendre cette tâche aisée en droit québécois, le droit commun de la procédure de l'instruction est un référent de premier ordre. L'arbitre conduit donc la procédure conduit la procédure comme un juge étatique. C'est le cas par exemple avec l'assignation des témoins¹⁶⁰.

En droit Ohada, l'importance pour l'arbitre de mettre les parties sur un pied de stricte égalité est aussi une préoccupation de premier ordre¹⁶¹. La conscience de ce souci laisse tout aussi transparaître cette volonté de nourrir chez le justiciable Ohada la sérénité, la confiance en une procédure dont le seul but est de rendre une justice crédible. Les moyens de la réalisation de cette valeur sont cependant distincts de ceux privilégiés en droit québécois. En effet, le droit Ohada n'a pas fondamentalement recours au droit commun pour accomplir cette obligation, du moins formellement. La source de la procédure mise en œuvre émane du règlement d'arbitrage de la C.C.J.A qui vient compléter et enrichir l'acte uniforme. Ces règles n'entendent pas cependant violer des principes essentiels comme le principe du contradictoire, mais ils prennent en compte la rapidité nécessaire au processus. Et c'est pourquoi ils ne peuvent violer certaines

¹⁶⁰ Art. 944. 6 C.p.c.

¹⁶¹ Art. 9 A.U.A qui dispose que : « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir la possibilité de faire valoir ses droits.»

restrictions comme le fait d'enfermer l'arbitrage de l'affaire dans un délai de rigueur de six mois¹⁶².

La stratégie des délais reste de loin celle qui est utilisée pour garantir une procédure efficace en raison de la nécessité d'éviter toute procédure dilatoire qui annihilerait les effets de la sentence rendue¹⁶³.

b. La confiance

La confiance dans son approche juridique est perçue comme une «croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui (...) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles¹⁶⁴...» Dans le droit de l'arbitrage, la philosophie de la confiance pourrait viser à montrer, en quel sens le processus arbitral est de nature à inspirer confiance aux parties qui y sont engagées. La philosophie de la confiance apparaît ainsi, à priori, dans le mode de désignation des arbitres qui doivent juger de la cause litigieuse. On pourrait penser que la recherche de la confiance dans le processus arbitral soit l'une des raisons pour lesquelles, les parties ne sont pas étrangères à la nomination des arbitres.

En droit Ohada, par exemple, elles peuvent lever une option en désignant leur arbitre sur la liste que leur propose la C.C.J.A ou non¹⁶⁵. Ainsi, le législateur africain témoigne ici d'un souci d'offrir aux parties, des arbitres en qui elles ont confiance sous réserve de ne pas s'exposer à des causes de récusation. Dans le meilleur des cas, lorsque les parties arrivent à bien s'entendre, elles peuvent porter leur choix sur la personne d'un arbitre unique. Cette opportunité est la marque de la possibilité offerte aux parties de s'inscrire dans un processus de grande confiance, car l'arbitre unique pourra s'inscrire dans un processus plus rapide à la satisfaction des protagonistes. Et même lorsque l'arbitrage est mené par un collège de trois arbitres, le troisième arbitre, désigné par les arbitres choisis

¹⁶² Art. 12 A.U.A.

¹⁶³ Art. 26 R.A. qui prévoit un délai pour toute demande de rectification.

¹⁶⁴ *Supra* note 1 s.v. «confiance».

¹⁶⁵ *Supra* note 112.

par les parties, a le statut de Président du tribunal. Conséquence en cas de désaccord entre les arbitres, il statue comme un arbitre unique¹⁶⁶.

Cette orientation qui vise à inscrire le processus dans la confiance n'est pas celle retenue par le législateur québécois. Celui-ci opte pour un tribunal arbitral de trois juges placé tous sur un pied de stricte égalité. La notion de président est ici quasiment inconnue. À tout le moins, aucune disposition impérative ne semble faire du Président du tribunal arbitral un juge unique comme c'est le cas en droit Ohada, lorsque les arbitres n'arrivent pas à s'entendre sur la cause.

On peut donc lire chez le législateur québécois, une vision horizontale de la confiance recherchée. Cependant, qu'en est-il lorsque les arbitres ont des positions différentes sans qu'aucune d'elles ne puissent permettre de trancher le problème litigieux? C'est devant de telles difficultés que la perception verticale de la confiance observée dans le droit Ohada se montre efficace. Elle établit une nette distinction entre les arbitres choisies par les parties et celui qui a recueilli la voix des arbitres désignés pour être le Président du tribunal. Sa voix l'emporte sur celle des autres. Cela permet de consolider le processus en évitant toute forme de blocage inutile.

Ainsi, au regard de ce rapport philosophique, on pourrait mener une analyse guidée par un dialogue comparatif entre le Québec et l'Ohada. Relativement aux règles d'organisation de l'annulation de la sentence arbitrale, cela participe de l'évaluation de la portée de la philosophie qui leur est intrinsèque.

C. Les enseignements juridiques réciproques issus des valeurs sociales prônées dans les juridictions étudiées.

De façon analytique, les enseignements que l'on pourrait retirer du rapprochement des valeurs développées par la doctrine de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace peuvent être réunis autour de l'impact de la liberté et du poids des objectifs recherchés par les parties.

¹⁶⁶ Art. 22.3 al. 2 R.A.

1. L'impact de la liberté sur le processus de l'arbitrage.

Sur la question de la liberté, le principe est acquis qu'elle constitue un vecteur impondérable du développement de l'arbitrage. Dans chacun des espaces étudiés, elle est promue, consacrée dans une certaine mesure. Par une certaine doctrine du contrat¹⁶⁷, elle guide le règlement du litige du point de vue organisationnel. On pourrait à fortiori admettre que c'est fort de cette réalité que l'arbitrage jouit de sa position dans le moule des modes alternatifs de règlement des différends. La liberté a donc pour ainsi dire, un domaine privilégié au sein de la théorie de l'arbitrage. La désignation des arbitres, la loi compétente, sont des expressions du degré de cette liberté dans une cause. Cette réalité reste perceptible même si la littérature juridique est encore trop prudente en ce qui concerne la qualification de l'arbitrage parmi les modes susceptibles de régler des conflits au même titre que des méthodes plus libertaires comme la médiation.

Des deux juridictions qui encadrent notre étude, il ressort tout au plus que la liberté qui surplombe tout le processus de l'arbitrage est le gage de la caution morale que les parties ont conféré aux arbitres pour résoudre leur différend. On pourrait par ailleurs penser que cette perception libertaire soit l'expression d'une volonté de confirmer la prévalence du contrat dans le monde des affaires. Par ce moyen, l'on donne aux parties le pouvoir de sauvegarder leurs intérêts, de faire des choix qui pourraient au mieux, garantir leurs intérêts.

En clair, la liberté contractuelle, apparente dans chacune des deux sphères est un baromètre susceptible de permettre d'évaluer toute la bonne foi qui habite les parties litigantes. Elle déploie le consentement des parties sur un minimum favorable à la justice. De toute évidence, en raison du degré d'attachement au fond de l'arbitrage au droit, on peut penser que lorsque les parties se servent de l'autonomie de leur volonté pour alléger la lourdeur de la procédure d'arbitrage, il existe chez elles, un souci de voir la justice faire figure de proue dans la cause qui les occupe. En règle générale, le rapport des

¹⁶⁷ Ce terme est emprunté à John Rawls qui en fait l'un des ferments de sa théorie de la justice. John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. par Catherine Audard, Paris, Édition du Seuil, 1997 à la p. 364.

législations étudiées à la liberté permet de comprendre ici et là une volonté de faire prévaloir la vertu de la justice.

Les limites à la liberté permettent en réalité de renforcer cette liberté des parties dans la marge où elle a cours. C'est une sorte de ceinture de sécurité dont le but est d'éviter tout débordement préjudiciable à l'efficacité du processus arbitral. Il s'agit donc à l'analyse d'un mal nécessaire qui organise dans un espace comme dans un autre, la liberté favorable à la justice par arbitrage.

2. Le poids des exigences des objectifs visés par les parties

On pourrait percevoir dans ce processus, une ferme volonté d'alimenter la confiance et l'espoir des parties. En effet, bien que recherchant une justice dans la loi, les protagonistes n'entendent pas toujours rompre drastiquement avec un tiers, les relations professionnelles desquelles elles retirent un intérêt important. Théoriquement en effet, l'arbitrage devrait pouvoir remplir cet objectif dans nos deux espaces, surtout lorsque les parties ont fait le choix de désigner un arbitre unique pour trancher leur cause. Cela est la manifestation de la confiance des parties en cet arbitre et en la justice issue de son travail de juridiction. C'est aussi un gage de bonne foi de chacune des parties dans la quête de cette justice.

Par ailleurs, la claire distinction entre le droit commun et le droit de l'arbitrage peut être une source non fongible d'enseignement pour le droit de l'arbitrage surtout au Québec. En effet, taire la pâle distinction entre la procédure civile de droit commun et la procédure en arbitrage en droit québécois peut présenter des avantages certains pour celui-ci. Tout d'abord, il pourrait alléger les codes civil et de procédure civile existant en les limitant seulement aux matières civiles. De plus, l'on donnerait par cela seul, une tendance à une bien plus grande application des règles étatiques en matière d'arbitrage, car il ne faut pas s'étonner du peu de recours aux différents codes en matière d'arbitrage au Québec en raison de l'existence des règles de pratique que l'on retrouve à travers les règles dites nationales. Il y a donc un intérêt certain à institutionnaliser ces règles comme c'est le cas en droit Ohada. Sous un autre angle, il faut relever que les valeurs proclamées dans le processus de l'arbitrage n'évoluent pas en vase clos et chacun peut tirer son

efficacité de l'existence de l'autre dont elle est le corollaire, le pendant le plus évident. Cela est manifeste avec les valeurs d'indépendance, d'impartialité, de liberté. En effet, il y a lieu de comprendre que la liberté reconnue aux parties soit le levier pour leur permettre d'avoir un arbitre dont l'indépendance est consacrée. Cette logique juridique est admise dans la théorie de l'arbitrage tant au Québec que dans l'Ohada. De par cela seul, l'arbitre désigné se doit de faire preuve de responsabilité en étant impartial tout au long de la procédure. Lorsque cette valeur est susceptible d'être entachée, l'arbitre doit faire connaître aussitôt le fait perturbateur, L'efficacité de la sentence rendue, la crédibilité du processus engagé en dépend fondamentalement. On sait combien ces éléments peuvent être essentiels pour le justiciable dans sa quête de la justice.

Ces valeurs dont les juridictions étudiées se font l'écho émanent pourrait-on dire de la théorie même de l'arbitrage. Du droit en vigueur dans les juridictions, il ressort cependant que les valeurs touchent tout ce qui intervient dans le processus arbitral. Il peut donc s'agir de questions liées à l'identité des personnes, au lieu de règlement du différend, mais aussi à des questions plus sensibles de temps et d'argent. Tout cela a pour but ultime de rendre le processus plus efficace. L'admission de ces valeurs dans le corpus des textes en vigueur dans chacune de ces sphères est la preuve que le législateur a une croyance dans ce genre de procédé.

À l'analyse, ces valeurs qui sans nul doute sont aussi des valeurs sociales démontrent le lien que le mécanisme de l'arbitrage établit entre les valeurs économiques et les valeurs sociales. On pourrait penser une sorte de moralisation de la vie des affaires par le mécanisme de l'arbitrage et les valeurs qu'il enseigne. Ainsi, les valeurs sociales consolident le mécanisme de l'arbitrage et crédibilise la justice qui en ressort. Le respect de tous ces éléments donne plus de chances aux parties surtout les victimes d'obtenir satisfaction dans l'entièreté du processus. Dans cette alternative, chacune des juridictions étudiées pourrait tirer profit des expériences développées de part et d'autre.

Abordons dès à présent, les valeurs historiques sous-jacentes au processus de l'annulation de la sentence arbitrale dans le droit de l'arbitrage des deux sphères de juridictions étudiées.

Les dispositions de l'annulation de la sentence arbitrale ne sont pas construites ex nihilo. Elles ont des rapports historiques forts avec des textes internationaux majeurs. Cela participe d'une meilleure compréhension de ces textes. Quelles sont donc les sources historiques du droit de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

Section 2 : L'origine historique des règles de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

D'un point de vue historique, les sources du droit de l'annulation de la sentence arbitrale tant au Québec que dans l'espace Ohada ne semblent pas très éloignées. En effet, sur ce point, on peut partir de l'idée par exemple que l'admission de l'arbitrage dans les législations étudiées est née d'une volonté de consolider la vie économique et sociale par ce moyen de résolution des litiges. À cet effet, le législateur Ohada n'a pas manqué de justifier dans son traité sa ferme volonté d'inscrire l'arbitrage comme le «mode de droit commun¹⁶⁸» du règlement des différends d'ordre contractuel dans le domaine des affaires. Le droit commun de la procédure civile au Québec lui accorde une place de choix dans le code de procédure civile. On note par ailleurs que les dispositions importantes qui font en effet l'apologie de l'arbitrage au détriment de toutes autres formes de résolution des différends se retrouvent chez des institutions importantes comme la commission des Nations unies sur le droit commercial international qui a mis tout en œuvre pour la valorisation du mécanisme de l'arbitrage¹⁶⁹. Au Québec, le rapport

¹⁶⁸ Il s'agit de notre approche personnelle tirée du préambule du traité de l'Ohada qui affirme que les hautes parties contractantes sont désireuses de «*promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels.*» Les guillemets se justifient par le fait qu'en règle générale, le mode de droit commun est le modèle étatique ou classique de règlement des différends. Cet emprunt voudrait donc relever l'idée selon laquelle, le modèle privé devrait désormais prendre la position du modèle public.

¹⁶⁹ Le groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a élaboré le projet de loi-type sur l'arbitrage commercial international à la demande la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international au cours de sa quatorzième session. Des observations faites par les pays sur le travail accompli, il est ressorti un assentiment quasi unanime de la plupart des pays. La République démocratique allemande par exemple, a déclaré que : «*la loi type est un moyen approprié de faire de l'arbitrage commercial un instrument privilégié de règlement des différends dans le contexte des relations économiques internationales...*» Voir à cet effet, Annuaire de la Commission des Nations- unies pour le droit commercial international, 1985, Vol XVI à la p. 57.

à ce contexte international pourra être tiré du Code de procédure civile lui-même. En effet, les règles d'interprétation du livre VII relatif à l'arbitrage y renvoient expressément¹⁷⁰.

Au regard du rapport de proximité à l'environnement international, on peut observer que la loi type de la CNUDCI est un document de référence pour le Québec et pour l'Ohada. En ce sens, le lien historique des lois de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada peut se trouver rattaché à celui de la loi-type de la CNUDCI, de même qu'à des textes majeurs auxquels elle se conforme¹⁷¹. Ce texte fondamental que constitue la loi-type, n'est pas à l'analyse, un texte isolé. En raison de sa position par rapport à la législation au Québec et en droit Ohada, il constitue avec d'autres textes auxquels il est relié des sources historiques importantes. Lors des commentaires au cours de l'adoption de cette loi le gouvernement polonais mentionne que les principes importants qui sont sous-jacents à celle-ci sont : la liberté des parties, l'égalité, l'exhaustivité, la compatibilité avec la convention de New York de 1958,¹⁷² etc. On peut noter que ces valeurs ne se distinguent pas substantiellement des valeurs philosophiques précédemment étudiées. Pour le besoin de la recherche, il serait donc judicieux pour nous, de relever les textes historiques qui en quelque sorte, sont sources du droit de l'annulation au Québec et dans l'espace Ohada. Quels sont les textes historiques à la base du droit de l'annulation au Québec et dans l'Ohada? Si à cet effet, il est avéré que la loi

¹⁷⁰ Art. 940. 6 du C.p.c. qui rattache la compréhension des règles de l'arbitrage à celles 1) de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international; 2) du Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985; 3) du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international.

¹⁷¹ Le gouvernement japonais dans ses observations sur le projet de texte du groupe de travail sur la loi – type a observé que du fait de la conformité de la loi-type à la convention de New-York de 1958 et au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, celle-ci était acceptable en principe. *Supra* note 169 à la p. 58. Cependant, une observation générale est faite par le secrétariat général des Nations unies dans son rapport sur les travaux du groupe de travail sur l'arbitrage commercial international, c'est que deux conventions internationales sont revenues sans cesse dans de nombreuses observations des représentants de pays, il s'agit non seulement de la convention de New York précité, mais aussi de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève en 1961. *Ibid.* à la p. 57.

¹⁷² *Ibid.*

type constitue un texte central, l'on ne peut non plus nier son rapport à la convention de New York de 1958 et à la convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961¹⁷³. Approchons donc chronologiquement, ces documents de façon distincte et approfondie.

A. L'impact de la convention de New York de 1958 sur les juridictions étudiées.

Du 20 mai au 10 juin 1958, le Conseil économique et social des Nations unies a convoqué une conférence plénipotentiaire¹⁷⁴ dont la mission était d'adopter une convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette conférence devait également examiner certaines mesures que l'on pourrait prendre en vue de mieux valoriser l'arbitrage comme mode de règlement efficace des litiges de droit privé. Il y avait déjà à cette époque, une prise de conscience de la valeur que constituait l'arbitrage pour le développement de la vie des affaires au sein de l'Organisation des Nations unies. Tout cela pourrait se comprendre en rapport avec l'annulation de la sentence arbitrale, si l'on étudie comparativement l'ampleur des règles de cette convention et ses limites dans les juridictions ici concernées.

1. L'étendue des règles de la convention de New York.

Les objectifs affirmés de la convention de New York était de rendre efficace¹⁷⁵ ou de renforcer dans tous les États du monde, le mécanisme de l'arbitrage. Cette exigence impliquait de prendre ou d'appuyer toutes les mesures qui vont dans le sens de favoriser la circulation internationale des sentences arbitrales¹⁷⁶. Cette convention a connu un

¹⁷³ Ce texte ne pourra pas être étudié dans le cadre de cette étude en raison de sa destination européenne. Les juridictions comparativement abordées ici n'en constituent pas une en dépit des liens historiques qu'ils peuvent partager. C'est pourquoi seules la convention de New York et la loi type vont nous retenir ici.

¹⁷⁴ Cette convocation a été prise par la résolution 604 (XXI), adoptée le 3 mai 1956 du conseil économique et social. Voir sur ce point, CNUDCI, *Acte final et convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* Doc. Off. CNUDCI (1958) à la p. 3.

¹⁷⁵ *Ibid.* à la p. 5.

¹⁷⁶ Pierre Meyer, *Ohada droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p. 69.

succès¹⁷⁷ dans le monde du fait de l'appropriation dont plusieurs États s'en sont fait. Cette convention entendait pourvoir à l'efficacité de la sentence arbitrale en se fondant spécifiquement sur l'exposé analytique du secrétaire général de l'ONU¹⁷⁸. Les moyens retenus par ce document pour assurer l'efficacité de l'arbitrage étaient entre autres de se lancer dans une grande vague de diffusion des lois relatives à l'arbitrage. Cette situation devrait très certainement permettre de déceler toutes lacunes dont la solution permettrait de garantir l'efficacité de la sentence arbitrale. On peut penser que dans un cadre institutionnalisé comme c'est le cas avec la C.C.J.A dans l'Ohada, cette préoccupation soit prise en compte. Car, dans une certaine mesure, l'institutionnalisation de la C.C.J.A permet de construire voire de consolider une sorte de «jurisprudence» dans le milieu arbitral, de nature à renforcer le crédit accordé au processus. La situation peut sembler moindre au Québec en raison de la libéralisation, de la forte concurrence qui sévit dans le domaine de l'arbitrage.

Au regard des préoccupations liées à l'efficacité recherchée de la sentence arbitrale, la convention de New York est appréhendée comme un texte qui reste en faveur de toutes innovations devant permettre de susciter tous moyens nouveaux de nature à favoriser le processus arbitral comme source par excellence de résolution des litiges¹⁷⁹. En ce sens, autant les initiatives gouvernementales que non gouvernementales sont souhaitées. Dans les sphères que nous étudions, si tant est que les initiatives publiques ou

¹⁷⁷ Ce succès a été reconnu par Kofi Annan lors de la célébration du quarantième anniversaire de cette convention en 1998. À cette époque, 117 pays avaient adopté ladite convention. [Voir sur ce point Nations Unies, *L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York Expérience et perspectives*, (1999), à la p. 6.] Dans l'espace Ohada, 9 pays ont ratifié cette convention avec une seule réserve relativement à la commercialité des actes, celle de la Centrafrique. Ces pays sont le Bénin, le Burkina, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Mali, le Niger et le Sénégal. Le Canada quant à lui, a ratifié ladite convention sous réserve de la clause de commercialité prévue à l'article 1^{er} de ladite convention.

¹⁷⁸ Il s'agit du rapport relatant l'évolution des activités entreprises dans le cadre de l'arbitrage international. Voir sur ce point, United Nations Economic and Social Council – United Nations Conference on International Commercial Arbitration, *activities of intergovernmental and non governmental organisations in the field of international commercial arbitration* – report consolidated by Secretary general, E / Conf. 26/ 4 24 avril 1958.

¹⁷⁹ *Supra* note 169 à la p. 5. Les innovations souhaitées ne devraient pas non plus occulter l'idée selon laquelle, il faut également améliorer les moyens existants.

gouvernementales se reflètent bien dans l'Ohada, au Québec, le secteur privé semble être celui qui se pose en tête du peloton de cette initiative. Cela ne signifie pas toutefois que des initiatives privées ne soient pas entreprises dans l'espace Ohada¹⁸⁰, tout comme des initiatives publiques dans le droit au Québec. Mais, la volonté politique semble encore plus affirmée en droit Ohada en raison des efforts d'unification qui sont faits pour que le droit commun de la résolution des différends dans le milieu des affaires soit l'arbitrage¹⁸¹.

L'un des moyens les plus valorisés par la convention de New York dans le cadre du développement du processus arbitral, c'est l'apport de l'assistance technique de l'État. Les gouvernements doivent en effet, se convaincre de ce que leur soutien à l'initiative d'organisation du processus arbitral peut permettre la création d'une législation et d'institutions d'arbitrage efficaces. Au regard de sa dimension politique, l'Ohada est une organisation qui a besoin de tels moyens pour se développer. Cette institution compte plus d'une quinzaine d'années aujourd'hui et l'on se rend compte de l'évolution des discussions autour de ces différents domaines d'action en dépit des calendriers parfois non respectés¹⁸². C'est dire que si l'assistance technique est une nécessité dont le politique Ohada semble conscient, cela ne semble pas toujours le cas avec les contributions financières des États. Il faut aussi relever que plusieurs partenaires au développement sont engagés dans le développement du droit Ohada. Bien certainement tout cela participe de la stabilité et du développement de l'Ohada et de son mécanisme d'arbitrage.

À rebours, le Québec en tant qu'entité présente à priori plusieurs opportunités devant lui permettre de surmonter un certain nombre d'obstacles plus probables en droit Ohada en raison de la pluralité d'États à consulter dans le processus de prise de décision. En clair,

¹⁸⁰ On retrouve des organes privés d'arbitrage dans certains pays de l'Ohada.

¹⁸¹ De ce point de vue on peut même évoquer l'idée que l'avènement de la médiation et son développement rapide au Québec est de nature à renforcer la concurrence à l'encontre de l'arbitrage, ce qui lui donne un peu moins de place que dans l'espace Ohada où la médiation est encore peu formalisée.

¹⁸² L'Ohada semble une institution stable de par la constance dans l'évolution des différents actes uniformes qu'elle pose. Et cela, même si les échéances fixées par les experts ne sont toujours pas respectées. C'est le cas par exemple avec l'acte uniforme portant droit du travail qui dans les prévisions devrait entrer en vigueur en 2005 après son adoption en 2004. Cet acte n'a pas encore vu le jour.

là où les discussions peuvent piétiner dans le droit Ohada, la souplesse peut être de mise au Québec. Cependant, il y a lieu d'observer que l'orientation politique du Québec ne semble pas aller au-delà de l'organisation du processus d'arbitrage en lien avec les textes fondateurs comme la présente convention de New York¹⁸³. La responsabilité des acteurs privés du domaine de la vie économique et sociale est fondamentale à ce niveau au Québec.

Quid des limites de la convention de New York?

2. Les limites de la convention de New York.

Deux grandes limites peuvent s'observer dans le cadre des rapports de la convention de New York avec le processus de l'arbitrage au Québec et dans l'espace Ohada. Ces limites sont la clause de réciprocité et la clause de réserve de commercialité¹⁸⁴. Étudions-les l'un après l'autre.

a. La clause de réciprocité.

Quel rapport peut-on établir entre la clause de réciprocité et l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada?

L'importance de la clause de réciprocité se ressent au moment de demander dans un pays étranger, la reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue dans un autre pays en vue d'y voir exécutée ladite sentence. Ce principe de droit international donne aux États la garantie d'avoir les mêmes droits, la même considération dans un pays comme dans un autre. Sous cette perspective, les pays se sentent égaux. Cette clause peut d'ailleurs encourager la ratification des conventions internationales, car elle donne aux États la garantie de pouvoir jouir des différents privilèges qu'elles comportent dans tous autres États ayant ratifié ladite convention.

¹⁸³ Par exemple, l'article V de la convention relative au refus de la reconnaissance d'une sentence, rencontre dans ses dispositions, l'article 946. 4 du code de procédure civile.

¹⁸⁴ Voir à cet effet, *Supra* note 176 la p. 70.

Au Québec, les sentences arbitrales rendues dans les neuf pays membres de l'Ohada¹⁸⁵ ont des chances évidentes d'exécution en raison de la ratification de la convention de New York par le Canada. C'est également le cas pour les sentences rendues au Québec et au Canada pour ce qui concerne leur exécution dans les neuf États africains relevés. La situation est différente pour les pays membres de l'Ohada qui n'ont pas encore ratifié la convention. Leur rapport avec les pays non membres de l'Ohada comme le Canada est incertain en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales. Ces États sans annuler les sentences rendues au Québec sont en droit d'en refuser l'exécution sur leur territoire. Les sentences rendues sur le territoire de ces États subissent aussi le même sort au Québec.

Tout cela n'est pas de nature à susciter la confiance chez les opérateurs économiques et à encourager les investissements étrangers. La solution envisagée serait par exemple que les pays africains donnent à l'Ohada, le pouvoir de ratification pour leur compte, d'un certain nombre de textes utiles et nécessaires au développement de la vie économique. Cela éviterait encore les divergences entre pays membres de cette institution de nature à fragiliser l'union en construction.

Il y a lieu de noter cependant que la convention de New York ne produit en réalité aucun effet au sein de l'espace Ohada, car le droit Ohada a lui-même réglé entre ses membres les règles d'exécution des sentences rendues dans ledit espace. L'absence de distinction entre arbitrage interne et arbitrage international rend inopérante la convention de New York au sein de l'espace propre de l'Ohada. Dans cet espace, la notion de sentence étrangère est inconnue, inexistante. Les dispositions des articles 30 et suivants déterminent les conditions d'exéquatur de la sentence arbitrale en vue de lui conférer la force exécutoire qui lui fait défaut. À ce sujet, l'article 33 de la loi uniforme sur l'arbitrage Ohada est clair, lorsqu'il dispose que : «le rejet du recours en annulation emporte de plein droit validité de la sentence arbitrale ainsi que de la décision ayant accordé exéquatur.» Ainsi, l'annulation de la sentence arbitrale équivaut en droit Ohada à un refus d'exéquatur de cette sentence.

¹⁸⁵ Ces neuf pays sont entre autres, le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Mali, le Niger et le Sénégal [*Supra* note 176 à la p. 69.]

La clause de réserve de commercialité est aussi de nature à influencer l'annulation d'une sentence arbitrale.

b. La clause de réserve de commercialité

Quel est le rapport de la clause de réserve de commercialité à l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada?

L'une des grandes limites¹⁸⁶ de la convention de New York et qui est susceptible de prêter aisément le flanc sinon à l'annulation de la sentence arbitrale, du moins à son inapplication dans un pays donné, reste la reconnaissance aux États parties d'une clause de réserve de commercialité aux termes de l'article 1^{er} § 3 de ladite convention¹⁸⁷. Du fait de l'adoption de la convention avec la réserve de commercialité par le Canada, le Québec reste plus exposé à un refus d'application d'une sentence étrangère qu'au sein de l'Ohada. Cela se ressent d'ailleurs à l'analyse de l'article 948 qui dispose que le titre relatif à la reconnaissance des sentences rendues en dehors du Québec : «s'interprète en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée le 10 juin 1958 par la Conférence des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international à New York.»

Dans l'Ohada cependant, le fait que tous les pays n'aient pas ratifié la convention de New York rend la situation distincte d'un groupe de pays à un autre. En effet, les pays ayant adopté la convention pourront plus aisément mettre à exécution les sentences rendues en dehors de l'espace communautaire Ohada. Ce qui leur permet un lien de rattachement aux autres États africains non membres de l'Ohada. Cette ouverture sur l'extérieur favorise bien évidemment une plus grande confiance chez les opérateurs étrangers, surtout lorsqu'ils sont d'un pays non membre de l'Ohada. L'inconvénient cependant, c'est que

¹⁸⁶ *Supra* note 176 à la p. 36.

¹⁸⁷ Les termes sans équivoques de cette disposition sont les suivantes : «3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non-contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.»

les opérateurs véreux peuvent se servir de cette aubaine pour soumettre à des juridictions autres que celles de l'Ohada le règlement de leurs affaires et avoir la garantie de voir appliquer leur sentence arbitrale dans ledit espace. Ce qui crée dans une certaine mesure, un droit qui indirectement est concurrentiel au droit Ohada¹⁸⁸.

Voyons à présent, la loi type de CNUDCI?

B. L'impact de la loi-type de la CNUDCI sur les juridictions étudiées.

La CNUDI a été instituée par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations unies du 11 décembre 1966 avec pour mission essentielle, d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit du commerce international¹⁸⁹. À cet effet, elle prend des textes législatifs¹⁹⁰ ou techniques¹⁹¹ pour remplir sa mission. Les ambitions les plus affirmées de cette institution semblent être de mettre un terme aux différences fondamentales entre les lois nationales sur des sujets qui à priori peuvent être rapprochés. Cette situation devrait permettre de rendre les lois concernées plus efficaces. Pour atteindre ses objectifs, les analystes de la CNUDCI estiment que la souplesse est la méthode choisie pour faire pénétrer les recommandations de la commission dans les ordres juridiques nationaux¹⁹². À l'analyse, cette approche peut avoir plusieurs modalités. En effet, le rapprochement de la loi type de la CNUDCI avec le droit de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada nous a permis de relever que tant dans la forme, des valeurs ou principes peuvent apparaître qui seraient susceptibles de valoriser l'historique de la règle de l'annulation de la sentence arbitrale de part et d'autre.

¹⁸⁸ Cela peut s'apparenter à une sorte de forum shopping.

¹⁸⁹ Hugues Kenfack, «La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales» *Petites affiches* n° 252 (18 décembre 2003) au § 5.

¹⁹⁰ Parmi les textes législatifs de la CNUDCI, on peut citer outre la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, celle sur l'insolvabilité internationale; celle sur les virements internationaux.

¹⁹¹ Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI est un texte technique.

¹⁹² Cette analyse est attribuée à Berthold Goldman. La souplesse dont il est question prend forme par le caractère facultatif de certains textes, y compris de certaines conventions, et leur limitation aux seules relations internationales qui ont pour objectif de faciliter leur application effective en évitant les susceptibilités nationales ou les réticences des États. Voir sur ce point, *Supra* note 21.

Comment ces valeurs se déclinent-elles dans la forme du droit de l'annulation de la sentence arbitrale?

Nous pouvons relever à ce stade, des particularités dans le processus de privatisation du règlement des litiges qui à l'analyse mettent en exergue la flexibilité qui caractérise la loi-type de la CNUDCI.

1. Les implications juridiques de la privatisation du processus de règlement des litiges.

Ce processus suggère des principes qui prônent une exclusion du litige du domaine de la justice publique ou étatique. Une fois admise par les parties, la violation des règles établies guide l'annulation de la sentence arbitrale. En un mot, le non-respect de ces principes est de nature à contrarier l'efficacité de la sentence arbitrale. Par exemple, la loi-type pose que dans tout processus arbitral, les tribunaux étatiques n'interviendront que lorsque cela est expressément prévu. C'est le principe de l'incompétence des tribunaux étatiques. Cela est admis tant en droit québécois que dans l'Ohada. Le code de procédure civile du Québec est expressif à ce sujet aux termes de l'article 940. 3 du code procédure civile qui dispose que : «pour toutes les questions régies par le présent Titre, un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit.» Dans l'espace communautaire Ohada, le législateur a prôné l'incompétence de principe du juge étatique saisi d'une cause soumise à arbitrage¹⁹³. Cette incompétence s'obtient automatiquement à la demande d'une des parties à la cause, sans que le juge ne puisse s'autoriser à rechercher si cela rencontre l'intérêt des parties.

La privatisation du processus s'entend aussi selon la loi-type, de la nomination des arbitres par les parties elles-mêmes. Les parties constituent ainsi un tribunal en qui elles ont confiance et dont la solution au problème posé peut de ce fait avoir des chances réelles de réussite¹⁹⁴. Au Québec, le tribunal arbitral est un collège de trois juges obéissant à cette prescription internationale comme le révèle l'article 941 du code de

¹⁹³ Art. 13, al. 1 A.U.A.

¹⁹⁴ Art. 11 loi-type arbitrage CNUDCI.

procédure civile. Cette prescription retenue à défaut de volonté par les parties, a été institué comme la règle de l'arbitrage en droit au Québec. Ce qui sous-entend qu'une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral composant un nombre autre que celui prévu par l'article 941, encourt en principe l'annulation de plein droit. Une telle caractéristique arbitrale est inexistante en droit Ohada où les parties sont en droit de lever une option entre un arbitre unique ou un collège de trois arbitres¹⁹⁵.

On peut penser que du fait de l'arbitrage par un arbitre unique, la procédure soit moins dispendieuse et plus rapide en droit Ohada qu'au Québec. Cependant, en termes d'annulation, les moyens peuvent être plus faciles à relever du fait de l'arbitre unique que d'un collège d'arbitre, surtout lorsqu'il a rendu une solution à l'unanimité de ces membres. En ce sens, le procédé du collège d'arbitres semble plus sécuritaire que celui d'un arbitre unique. Car, on peut penser que les parties soient moins réticentes à attaquer en annulation une sentence rendue par un collège d'arbitres que par un arbitre unique.

Le processus construit par la loi-type est un processus flexible qui peut prendre des formes distinctes dans un cadre comme dans un autre comme c'est le cas avec le droit Ohada et celui du Québec.

2. Les implications juridiques de la flexibilité issue de la loi-type.

L'une des stratégies adoptées par la CNUDCI dans la rédaction de la loi type relative à l'arbitrage commercial international, c'est d'offrir plusieurs pistes aux États afin qu'ils puissent se constituer un droit de l'arbitrage adapté aux mutations de la vie commerciale. Aussi, tant le cadre de l'arbitrage que ses procédés ne sont que des propositions. C'est en ce sens par exemple, qu'elle admet que l'arbitrage désigne à la fois tout arbitrage que l'organisation soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage¹⁹⁶. Ce qui lui permet de placer sur un même pied l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel. On peut comprendre ainsi que pour la CNUDCI, l'arbitrage ne vaudrait que par son résultat et non par sa forme.

¹⁹⁵ Art. 5 A.U.A.

¹⁹⁶ Art. 2 la loi-type arbitrage CNUDCI.

En droit Ohada, la mise en place de la C.C.J.A est une volonté affirmée de privilégier l'arbitrage institutionnel au détriment de l'arbitrage *ad hoc*. Cependant, une place est accordée à l'arbitrage *ad hoc*, tout en exigeant que celui-ci soit conforme à la loi Ohada sur l'arbitrage en tant que loi supranationale¹⁹⁷. Par ailleurs, l'arbitrage institutionnel organisé par des organismes autres que la C.C.J.A ne pourra se faire en violation de la loi uniforme Ohada du 11 mars 1999.

Au Québec, le code de procédure civile fixe les règles impératives auxquelles doit se conformer toute procédure en annulation d'une sentence arbitrale. Il permet de savoir les choix opérés par le législateur dans sa conception de l'arbitrage. Le code n'institue cependant aucun organe ayant en charge de superviser le processus de l'arbitrage comme c'est le cas avec la C.C.J.A.

On pourrait relever ici, le fait qu'en droit Ohada, on observe que le développement de l'arbitrage est en quelque sorte lié à des institutions fortes et stables. Il y a une sorte de croyance dans l'idée que la confiance dans les institutions en place va déterminer les agents économiques dans l'adoption de cette procédure. Au Québec l'on semble accorder une autonomie de décision plus grande aux opérateurs économiques en limitant l'intervention publique à la fixation d'un cadre général et en maintenant la distinction classique entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Toute chose qui a disparu dans la législation Ohada en réponse à la nécessité qu'elle constitue pour le droit commercial international¹⁹⁸. Le principe de la flexibilité adopté par la loi-type facilite l'adoption de l'arbitrage par les États qui peuvent ainsi faire des choix qui rencontrent mieux leurs besoins, leurs préoccupations. Ce principe est d'autant plus pertinent qu'il permet aux États de soustraire certaines matières de l'arbitrabilité sans que cela ne puisse constituer une entrave à la loi type. L'article 1. 5 de cette loi dispose à cet effet que : «La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent État en vertu de laquelle

¹⁹⁷ Art. 10 Traité Ohada. Il fixe le principe de la Supranationalité de la loi Ohada sur toute loi de l'État.

¹⁹⁸ Selon les analystes, il faut dépasser la distinction entre les relations internes et les relations internationales pour être à même de formuler un droit qui élimine les entraves au commerce international. Voir sur ce point *Supra* note 16 au para.8 et suivants.

certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente Loi.» Ce qui sous-entend que la loi-type ne se destinerait pas à une application *motus operandi* dans le droit des États, mais entendrait en constituer une inspiration profonde. Ce qui semble être pour l'heure le cas des législations Ohada et québécoise. Cela est d'autant plus visible que les lois en vigueur dans les États ne suivent pas toujours de façon automatique les mutations intervenues dans la loi uniforme. À ce propos, la loi de la CNUDCI a depuis sa réforme de 2006 révisé l'article 7 de la loi type et abandonné l'exigence d'écrit comme condition de validité de la convention d'arbitrage¹⁹⁹. Pourtant, tant le législateur Ohada que celui au Québec n'ont pas encore jugé opportun d'adopter une telle réforme.

La question de l'efficacité fondée sur la fixation des délais est une stratégie inhérente à la loi-type que semble se décliner tant au Québec que dans l'espace communautaire Ohada.

3. Les implications juridiques de l'efficacité du fait des délais.

La loi-type de la CNUDCI a pensé l'efficacité de l'arbitrage en termes de délais. Une telle attitude fait du délai, une question inhérente en l'arbitrage et suivi en cela par les législations Ohada et du Québec. La question se pose cependant de l'impact du non-respect des délais sur le sort de la sentence arbitrale. Une sentence arbitrale encourt-elle annulation du fait du non-respect des délais légaux prévus par le droit de l'arbitrage?

L'emploi des délais par la loi-type dans le processus d'arbitrage n'est pas fondamentalement lié à l'annulation de la sentence arbitrale. Il met en jeu une prescription qui pourrait être extinctive ou acquisitive.

Ainsi, le non-respect des délais fait perdre à la procédure arbitrale son privilège sur le processus de règlement du différend. En conséquence, les parties se voient le droit de recourir selon leur convenance au juge de l'État dans le but de sauvegarder leur droit ou d'accélérer le processus. Cela est d'ailleurs observable tant en droit Ohada²⁰⁰ que dans le

¹⁹⁹ Voir sur ce point, Louis DEGOS, «La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la convention d'arbitrage» *Gazette du Palais* n°114 (24 avril 2007) à la 5

²⁰⁰ Art. 5 A.UA.

droit commun de l'arbitrage au Québec²⁰¹. L'importance des délais dans le cadre de l'efficacité de la sentence arbitrale amène à se questionner sur la nature de ceux-ci. S'agit-il ou non de délai de rigueur? Confrontée à une telle question, la juge Rita Bédard, de la cour supérieure du Québec a estimé qu'en raison de leur caractère supplétif, les délais prévus au C.p.c. ne pouvaient être des délais de rigueur²⁰². Cependant, lorsque les parties le prévoient ainsi dans leur convention, ces délais sont de rigueur²⁰³.

Toutefois, l'on ne saurait juridiquement nier l'impact que pourrait produire le délai sur la validité de la sentence arbitrale qui serait rendue. En effet, une sentence rendue en dehors des délais légaux pourrait encourir invalidité et ne peut être appliqué en principe en raison du fait que le mandat du tribunal arbitral aurait pris fin. Ce mandat de six mois en droit Ohada témoigne du caractère temporaire de la juridiction arbitrale²⁰⁴ en dehors de toute volonté des parties. Une telle solution ne semble pas automatique comme le révèle la jurisprudence au Québec. En effet, dans une affaire²⁰⁵, le juge Roland Durand a répondu à la question de savoir : « L'arbitre qui ne rend pas sa décision dans le délai prévu à la convention d'arbitrage, ni même après que ce délai ait été prorogé du consentement des parties, perd-il compétence, et la sentence arbitrale peut-elle être annulée pour ce motif²⁰⁶? » Il a relevé qu'en dehors de la volonté des parties, aucun motif d'annulation prévu à l'article 946.4 ne pouvait compromettre la validité de la sentence arbitrale. Cette décision met encore une fois en valeur l'autonomie de la volonté des parties qui ne sauraient attendre qu'une sentence soit rendue même tardivement pour se servir de ce motif en annulation de celle-ci. Leur silence dès l'expiration des délais de juridiction s'analyse en un consentement tacite.

²⁰¹ Art. 942. 5 C.p.c.

²⁰² *Gestion Christian Veilleux c. Chabot* (2006) canlii 6071 (QCCS) au para. 6.

²⁰³ *Ibid.* au para. 7.

²⁰⁴ Art. 12 A.U.A

²⁰⁵ *Robert c. Lavigne*, (2002) CanLII 25050 (QC C.S.) aux para. 30 et 31.

²⁰⁶ *Ibid.* au para. 1.

Une telle solution peut certes se comprendre dans la mesure où le code de procédure prévoit expressément l'opportunité de saisine du juge à l'expiration d'un délai raisonnable²⁰⁷ au terme duquel l'arbitre n'a pas rendu de sentence. Cependant, les usages de la vie commerciale enseignent que quiconque ne dit rien ne consent pas pour autant. En analysant ainsi, le silence d'une partie en un consentement tacite de la prorogation des délais pour connaître de l'affaire, le juge a violé un usage fondamental de la vie commerciale. Le juge ne saurait donc ainsi présupposer de la signification du silence d'une partie au litige.

Dans la troisième partie de cette recherche, nous allons nous intéresser aux règles de fonctionnement de la sentence arbitrale.

²⁰⁷ Dans la réforme de la législation de l'arbitrage au Québec, le délai raisonnable remplace le délai de six mois anciennement prévu par l'article 941. Ce délai de six mois demeure encore en droit Ohada, le délai par défaut.

Partie 3 : Les règles de fonctionnement du processus de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

L'étude des règles de fonctionnement du mécanisme de l'annulation de la sentence arbitrale commande un aperçu précisant la nature des organes qui dans une juridiction ou une autre ont un rôle central dans le processus de l'annulation. À cet effet, les situations au Québec et dans l'espace Ohada sont différentes. En effet, dans l'espace africain, l'existence de l'Ohada, organisation publique sous-régionale, est une marque de l'institutionnalisation du mécanisme de l'arbitrage²⁰⁸. L'on est donc publiquement en faveur d'un arbitrage institutionnel.

Au Québec, en vue de renforcer le dynamisme de l'arbitrage, des structures privées ont pris sur elles la charge de renforcer le droit positif existant, en établissant des règles nationales d'arbitrage qui sont mises en pratique dans la plupart des arbitrages institutionnels²⁰⁹. Ces règles complètent donc en quelque sorte, le droit commun de l'arbitrage siégeant au livre VII du C.p.c. Ainsi, si l'arbitrage *ad hoc* semble être le principe élaboré par le C.p.c, en pratique, plusieurs institutions rivalisent sur le marché de

²⁰⁸ Cette situation est aussi renforcée par des institutions privées mises en place par les chambres de commerce et d'industrie qui comportent en leur sein des organes chargés de pourvoir à l'arbitrage en vue du développement de la vie commerciale. Ainsi, on note par exemple, en Côte d'Ivoire, au sein de la Chambre de Commerce et d'Industrie, la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI). Au Burkina Faso, il existe le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) de la Chambre de Commerce, d'Industrie et d'Artisanat. Au Bénin, c'est le même cas avec le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation – (CAMEC) qui est un organe de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Bénin, créé par le décret N°2003-347 du 1^{er} septembre 2003. Au Cameroun, on retrouve une telle responsabilité avec le Centre d'arbitrage du GICAM (Groupement interpatronal du Cameroun) mis en place en 2005. À Dakar, au Sénégal, cette tâche est dévolue au C.A.M.C (Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation) de la Chambre de commerce. C'est dire qu'en termes d'institutionnalisation de l'arbitrage sur le continent, l'Ohada, institution Supranationale, rivalise avec des structures privées de justice. C'est d'ailleurs pourquoi étudier les règles de fonctionnement de l'arbitrage dans l'espace Ohada reviendrait aussi à prendre en compte les règlements d'arbitrage élaborés par la plupart de ces institutions. En clair, l'étude du fonctionnement de l'arbitrage au sein de l'Ohada ne saurait se limiter seulement à des textes Ohada.

²⁰⁹ Art. 3 b) des règles nationales d'arbitrage. Ces règles concernent la Canadian Foundation for Dispute Resolution, Inc., l'Institut des arbitres du Canada, l'Arbitration and Mediation Institute of Canada, l'Arbitrator and Mediators Institute of Ontario ou de la Canadian Arbitration Association. L'Institut de Médiation et d'Arbitrage du Québec (IMAQ) est rattaché à l'Arbitration and Mediation Institute of Canada et met donc tout aussi en pratique les règles nationales ici concernées.

l'arbitrage au Québec et au Canada²¹⁰. De plus, il peut sembler plus sécuritaire pour les justiciables d'inscrire leur arbitrage dans un cadre formel ou institutionnalisé. En conséquence, l'étude des règles nationales, qui sont en réalité les règles de pratique permettent de mieux comprendre comment le mécanisme arbitral fonctionne dans le droit commun au Québec.

Ces précisions nous permettent d'aborder substantiellement le processus d'annulation de la sentence à travers son fonctionnement (Section 1) et aussi à travers l'instance arbitrale. (Section 2).

Section 1 : Les fonctions liées à l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'Ohada.

Comment fonctionne le mécanisme de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'Ohada?

Pour connaître et comprendre le mécanisme de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada, nous allons distinguer le sort que la loi réserve aux fonctions administratives des organes de l'arbitrage d'une part (A) et, d'autre part, aborder l'état des fonctions juridictionnelles de ces mêmes organes (B). Enfin, nous évoquerons les retombées que pourraient avoir les constatations observées dans un espace comme dans un autre (C).

A. Les fonctions administratives des organes susceptibles d'annuler la sentence arbitrale.

Du point de vue du sens commun, l'administratif, qui est relatif à l'administration, signifie cette action de «gérer²¹¹» un ensemble de choses, un ensemble de biens. L'administration dans cette optique serait donc une action de gestion. Cette signification est également celle à laquelle adhère Le Larousse Lexis de la langue française qui y

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir., *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, Paris, Le Robert, s.v. «administratif»; «administration».

adjoind la notion de surveillance²¹² des affaires que l'on a sous sa responsabilité. Dans le vocabulaire juridique²¹³, il est précisé que les fonctions administratives renvoient à celles qui s'opposent aux fonctions judiciaires et législatives. Idée consolidée par Hubert Reid qui pose que ce qui est administratif est relatif à la «gestion, la direction et la supervision d'affaires publiques ou privées²¹⁴»

De l'ensemble de ces perceptions, on peut aisément comprendre que les fonctions administratives dans le cadre du processus arbitral, loin d'être des fonctions de juridiction, vont créer les conditions devant permettre au processus de remplir les défis d'efficacité, de réussite auxquels il est confronté. Ces fonctions vont donc être celles des institutions auxquelles les parties vont confier la surveillance ou le contrôle de l'arbitrage de leur cause.

Au cours de notre analyse, nous évoquerons l'administrativité des fonctions (1) et leurs implications jurisprudentielles (2) susceptibles de contrarier l'annulation d'un processus arbitral?

1. L'administrativité des fonctions des organes d'arbitrage.

La situation juridique de cette question semble être perçue différemment selon que l'on se retrouve dans le contexte québécois ou dans celui de l'Ohada. En effet, à regarder l'état d'organisation issu du droit Ohada, on peut penser valablement que l'arbitrage institutionnel l'emporte sur l'arbitrage *ad hoc*. Ce qui à l'opposé, ne semble pas être le cas au Québec où le C.p.c. n'accorde aucune préséance à une forme particulière d'arbitrage. En effet, dans l'espace Ohada, la loi uniforme de l'arbitrage est celle de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999²¹⁵. Or, cette institution établie par ailleurs, un règlement d'arbitrage, placé sous la surveillance et le

²¹² Jean Dubois, dir., *Lexis Larousse de la langue française*, Paris, 2002, s.v. «administrer.»

²¹³ *Supra* note 2 s.v. «administratif».

²¹⁴ *Supra* note 1 s.v. «administratif, ve».

²¹⁵ Cet acte de 36 articles a été publié au Journal Officiel de l'Ohada N° 08 du 15 mai 1999, p.2.

contrôle de son organe juridictionnel, la C.C.J.A. Elle fait ainsi l'apologie d'un arbitrage institutionnel Ohada.

Il résulte de cela l'observation suivante : nous avons une organisation, l'Ohada, qui institue une loi et crée des institutions pour piloter cette loi. Ce qui peut paraître dans une certaine mesure, bien cohérent. Sauf cependant que dans le domaine de l'arbitrage, la C.C.J.A, en tant que création de l'Ohada, fait de la concurrence à plusieurs autres institutions²¹⁶ qui elles n'ont pas été parties à l'élaboration de la loi uniforme et supranationale de l'arbitrage. Ce qui fait donc qu'en matière d'arbitrage, la C.C.J.A se retrouve dans une situation de juge et partie. En qualité d'organe suprême de l'Ohada, la C.C.J.A est en dernier ressort, le juge de l'annulation d'une sentence arbitrale. Pourtant, on retrouve cette même C.C.J.A comme centre d'arbitrage vu qu'elle a aussi pleine compétence pour offrir ces services en matière de règlement des litiges par arbitrage. Conséquence, il ne sera pas incongru pour un justiciable de penser qu'étant donné que la loi uniforme sur l'arbitrage dans tout l'espace est une loi Ohada, ses institutions et en l'occurrence, la C.C.J.A soit la mieux ourdie pour conduire un processus d'arbitrage des plus efficaces, et cela, au détriment des autres centres d'arbitrage.

Dans la loi Ohada, les fonctions administratives sont posées comme les fonctions de principe de la C.C.J.A qui est l'institution «publique²¹⁷» de contrôle et de surveillance du processus arbitral. En effet, toutes les décisions prises par cette institution en vue d'assurer «la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence sont de nature purement administrative²¹⁸». Cela permet de comprendre que dans le cadre d'un arbitrage Ohada, la C.C.J.A ne trancherait pas en principe les litiges. Elle se cantonnerait dans un rôle de nomination ou de confirmation

²¹⁶ Il s'agit par exemple de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI); du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) au Burkina Faso; du Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation – (CAMEC) au Bénin; du Centre d'arbitrage du GICAM (Groupement interpatronal du Cameroun).

²¹⁷ Cette institution est Supranationale et d'initiative étatique au contraire des autres centres d'arbitrage qui sont nationales et d'initiative privée.

²¹⁸ Art 1.1 RA de la C.C.J.A

des arbitres²¹⁹. Dans le même ordre d'idée, les décisions prises en cas d'urgence par son président dans le cadre d'une cause arbitrale restent soumises à un même régime. Car, on peut penser, au regard de l'obligation qui lui en est faite d'informer²²⁰ la Cour aussitôt lors de sa prochaine réunion que ces décisions sont censées être aussi celles de la Cour.

Dans le même espace, les organes privés d'arbitrage ne semblent pas défier le principe de l'administrativité de leurs actes lorsqu'ils sont saisis pour une cause arbitrale. En effet, l'observation faite dans le règlement d'arbitrage de certains centres comme la CACI, le CAMeC, le centre d'arbitrage du GICAM fondent à penser que ces centres n'entendent pas procéder eux-mêmes au jugement de la cause qui leur est soumise²²¹. Ils ont en ce sens un rôle de chef d'orchestre. Le contenu de ce rôle s'entend de l'ensemble des mesures qui permettent d'accompagner efficacement l'arbitrage de l'affaire pour laquelle ils ont été sollicités. Cette orientation qui en définitive reste une caractéristique de l'arbitrage institutionnel participe de la crédibilité du processus.

Les fonctions de chef d'orchestre des institutions de l'espace Ohada sollicitées pour arbitrage vont ainsi prendre en compte toutes matières qui concourent à créer les conditions d'un règlement rapide et efficace des conflits. Ces fonctions touchent ainsi tant à la composition du tribunal, qu'à la communication opérée par les instances des institutions relativement au processus engagé. Elles ont bien souvent pour objectif d'exclure totalement les autorités publiques étatiques du processus arbitral²²². L'objectif

²¹⁹ Art. 1. 3 RA de la C.C.J.A

²²⁰ Art. 2.5 RA de la C.C.J.A

²²¹ Voir à cet effet par exemple, le rôle du secrétaire général et du comité technique de la CACI aux termes des articles 14 et 27 de son règlement d'arbitrage. Cette analyse pourrait cependant être nuancée par le pouvoir du comité technique de statuer sur la récusation à l'interne d'un arbitre. Sauf qu'ici aussi, il ne s'agit pas de discuter du fond de l'affaire, mais des règles administratives de l'organisation du processus arbitral, à savoir la nomination du tribunal arbitral. L'article 7.2 du règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage du GICAM est bien clair à ce propos quant il stipule que : «7.2. Le Centre ne tranche pas lui-même les différends. Il organise les procédures arbitrales et veille à leur bon déroulement. Il nomme ou confirme les arbitres, est informé de l'évolution de l'instance et examine les projets de sentence.»

²²² Le règlement d'arbitrage de la C.A.C.I semble s'inscrire dans une telle logique, car contrairement au droit Ohada où la carence de la désignation d'un arbitre dans un certain délai est suppléée par le recours à un juge, ici, les articles 10.1 et 10.2 donnent pouvoir à un comité technique pour pourvoir à tout défaut ou difficulté de nomination d'un arbitre.

reste de rendre le processus arbitral rapide et donc plus concurrentiel²²³. C'est donc dire ici qu'en raison de l'existence de plusieurs institutions, on peut facilement observer un accroissement des capacités des institutions saisies et une réduction de l'intervention du juge.

Au Québec, la nature administrative des actes des organes ou instituts d'arbitrage est aussi très perceptible au sein des règles nationales d'arbitrage²²⁴. La volonté de mettre à l'écart les juridictions étatiques reste perçue ici aussi, en pratique, comme l'attrait qui devrait susciter confiance et crédibilité au processus. Dans le cadre de notre analyse, l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) peut constituer un exemple d'étude appropriée. Il applique dans cette province «des règles nationales²²⁵» d'arbitrage et permet de bien comprendre la pratique du processus arbitral dont le cadre général est fixé par le C.p.c. et le Code civil.

Dans le cadre donc du processus arbitral au Québec, plusieurs actes de procédure sont conceptualisés en termes d'actes administratifs pour permettre aux processus de mieux se distinguer de ceux des Cours, des tribunaux. Cet état de fait qui, dans une certaine mesure, limite l'application des dispositions parfois rigoureuses et inadaptées du C.p.c. est de nature à placer l'IMAQ dans une posture favorable à un arbitrage institutionnel au détriment de l'arbitrage *ad hoc* encore trop incertain et peu sécuritaire. C'est ainsi que tout comme dans la pratique de la plupart des pays de l'Ohada, le pouvoir de suppléance du juge étatique dans la nomination d'un arbitre revient par le biais de l'article 14. c) «des règles nationales» à l'institut contrairement aux dispositions du C.p.c sur la question²²⁶. Ce pouvoir de nomination des arbitres a une grande importance dans le cadre

²²³ La concurrence avec la CCJA est très affirmée chez certaines institutions comme la CACI qui accorde même une place dans leur règlement à un arbitrage *ad hoc*. En effet, l'article 6. 4 de son règlement fait mention de sa disposition à intervenir comme autorité de nomination des arbitres dans un processus d'arbitrage unique.

²²⁴ Règles élaborées par l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. et mis à jour en octobre 2008.

²²⁵ Ces règles sont qualifiées telles par ses rédacteurs.

²²⁶ Voir à ce sujet les articles 941.1 et 941.2 du C.p.c.

de la procédure simplifiée d'arbitrage²²⁷ où la désignation d'un arbitre unique est une garantie de célérité du processus.

On peut craindre cependant, pour la crédibilité que devrait dégager la mise en œuvre de l'acte administratif de nomination en raison de la qualité des personnes nommées. En effet, il est avéré que dans certaines dispositions des textes en vigueur dans l'espace Ohada, les membres des institutions d'arbitrage ne peuvent être nommés arbitres. C'est le cas de la C.C.J.A où les membres de la Cour pour des questions de confiance ne peuvent être nommés arbitre. Ils auraient par cela seul, une double-casquette, celle d'autorité administrative et d'autorité de juridiction ou mieux celle d'instructeur et de juge. Ce qui peut amener des suspicions légitimes chez le justiciable.

La pratique arbitrale au Québec ne semble pas admettre une telle perspective. En effet, il résulte des règles nationales²²⁸ qu'«Aucun arbitre ne peut être déclaré inadmissible ou récusé aux motifs que l'arbitre, le conseiller, une partie ou le représentant d'une partie, ou plusieurs d'entre eux, est membre, dirigeant ou administrateur de l'Institut²²⁹.» C'est dire que ceux qui sont censés organiser le processus d'arbitrage peuvent valablement se voir nommer arbitre sans qu'un tel acte d'administration ne soit admis comme entravant le bon déroulement du processus arbitral. Manifestement, on peut penser que cela soit de nature à favoriser la remise en cause des sentences, voire la crédibilité de tout le processus arbitral. Conséquence, la sentence rendue a peu de chances d'emporter l'assentiment des justiciables.

Si en droit Ohada, la question de l'administrativité du processus arbitral est posée du fait même de l'institution de l'Ohada et de sa «force» supranationale. Elle pose des problèmes sérieux en raison du tort que semblent subir les centres concurrents de la C.C.J.A. Ce qui est perceptible au travers de la divergence volontaire observée entre les

²²⁷ Cette procédure simplifiée se retrouve au Québec dans les règles nationales de l'arbitrage et dans l'espace Ohada au sein du règlement de certains centres privés d'arbitrage comme la CACI.

²²⁸ Art. 16 c) in fine des règles nationales <http://www.imaq.org/> [consulté le 22 octobre 2010].

²²⁹ *Ibid.*

textes de l'Ohada et ceux de certains centres d'arbitrage. Cette question de l'administrativité ne semble pas être autant d'une actualité «brûlante» en droit québécois où malgré quelques initiatives pouvant laisser percevoir des velléités de libération vis-à-vis du C.p.c, celui-ci reste encore le droit de référence. Cependant, cette analyse des règles en vigueur en droit Ohada peut bien aider à envisager les difficultés qui feront jour avec une institutionnalisation plus affirmée du processus arbitral au Québec.

Malgré tout, la présence des juges publics reste en droit commun de l'arbitrage, le remède à bon nombre de blocage observé dans la prise des actes administratifs. Cela permet sous cet angle, de saisir l'action des juges comme constituant les limites jurisprudentielles à l'action administrative dans le cadre du processus arbitral. Il serait donc opportun d'analyser ici la portée de l'action administrative lorsque celle-ci est discutée en Cours. Cela permettra d'en évaluer l'impact des règles qui y sont liées sur l'état du droit.

2. La portée jurisprudentielle de l'action administrative des organes dans le processus arbitral.

Quel peut être la portée juridique de l'intervention du juge de l'État comme vertu curative du blocage administratif dans le cadre d'un processus arbitral?

Cette question est importante en raison de l'impact que peut produire l'intervention étatique dans le processus arbitral. Dans l'espace Ohada, les règlements privés d'arbitrage de la CACI, du GICAM et même du CAMeC évitent au maximum l'intervention du juge public par le jeu de la volonté des parties, laquelle est suppléée par le recours à un organe technique. Cela ne semble pas le cas dans le droit «public» de l'arbitrage siégeant au sein du règlement d'arbitrage de l'Ohada. Ici, la suppléance tant de la volonté des parties que de la carence administrative des institutions est assumée par l'autorité publique de justice, en l'occurrence, le juge. Le droit Ohada de l'arbitrage appuie ainsi son développement sur l'aspect de l'intervention du juge public.

Au Québec, l'observation n'est pas distincte. Le réflexe semble sensiblement le même selon que l'arbitrage évolue dans un contexte public ou dans un contexte privé. Les

autorités publiques comme cela s'en ressent dans le C.p.c renvoient au juge de l'État les affaires qui piétinent du fait des procédures administratives. Au contraire, les autorités privées de la plupart des Centres d'arbitrage mettent en place des stratégies pour contourner le recours au juge. Ainsi, dans le cadre des règles nationales, l'institut concerné est lui-même apte à pourvoir aux difficultés liées à la volonté des parties, qui n'arrivent à prendre les mesures administratives appropriées pour conduire à terme, dans des conditions efficaces, le processus arbitral²³⁰.

En raison de la concurrence qui s'établit entre les centres d'arbitrage, les arbitrages institutionnels sont moins favorables aux questions administratives portées devant le juge étatique²³¹, au contraire des arbitrages *ad hoc*²³² qui ne peuvent que se référer au droit public existant. Ainsi, elles entendent être plus compétitives auprès de leur clientèle qui pourrait lire ici le souci de la célérité, de la crédibilité ou la confiance, besoins essentiels pour les opérateurs économiques. Lors du bilan jurisprudentiel effectué par le magistrat Onana Etoundi²³³, il ressort au plan statistique qu'à la date du 30 avril 2008, la C.C.J.A avait enregistré seulement 27 affaires²³⁴ en matière d'arbitrage. Cela explique la rareté des contentieux portant sur une méprise administrative déférée devant un juge de l'État. À notre connaissance, la plupart des recours en annulation portent sur la violation des dispositions impératives de l'article 26 de l'acte uniforme. Mieux, certains règlements comme celui de la CACI posent expressément que les parties, outre les voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer, sont supposées avoir également renoncé

²³⁰ Voir par exemple art. 14 des règles nationales sur la nomination des arbitres.

²³¹ L'arbitrage mené sur la base du R.A (Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A) constitue ici une exception. Elle se justifie cependant par le simple fait qu'en dernier ressort, l'analyse de la question litigieuse revient à la C.C.J.A.

²³² Cela doit être nuancé, car la CACI se permet d'intervenir comme autorité de nomination des arbitres dans le cadre des arbitrages *ad hoc*. [Art. 6. 4 règlement d'arbitrage de la CACI].

²³³ Onana Etoundi, «l'état de la jurisprudence de la C.C.J.A de l'Ohada», *penant – revue trimestrielle de droit africain* 865, 465.

²³⁴ Dans ces situations, les arbitres ont rendu 13 décisions parmi lesquelles, 6 sentences définitives, 3 décisions de rejet, une sentence partielle avant dire droit, 2 décisions de retrait de la requête par le requérant, 2 décisions constatant un désistement, 1 décision de radiation et 14 dossiers encore en instance. *Ibid.* à la p. 468.

au recours en annulation devant les juridictions étatiques²³⁵. Cette question n'emporte pas l'assentiment de la C.C.J.A qui y voit certainement, ou la méprise d'une disposition impérative de la loi uniforme en la matière.²³⁶

Au Québec cependant, il n'est pas rare de voir le juge saisi pour suppléer à la volonté des parties du fait d'un contentieux lié à une question purement administrative comme celle de la nomination d'un arbitre sur la personne duquel les parties n'arrivent pas à s'entendre. Une telle situation qui s'est produite dans l'affaire *Nikiforos c. Petropoulos*²³⁷ amène des questions qui permettent d'évaluer les espoirs placés dans le processus arbitral.

Dans cette affaire, L'honorable Marie St Pierre, juge à la Cour supérieure, a été saisie d'une requête intitulée «*Motion to institute proceedings for the appointment of a conventional arbitrator*» en vertu des articles 941.1 et 941.2 du C.p.c. Les demandeurs, Nikiforos et autres estimaient à l'appui de leur action que non seulement toutes les conditions pour la nomination de l'arbitre proposé étaient remplies, mais que le juge devrait se prononcer en raison de la destination législative donnée aux dispositions du C.p.c qui sur ce point exigeaient en cas d'impasse, une «intervention rapide, pointue et

²³⁵ Art. 30 règlement d'arbitrage de la CACI.

²³⁶ Cette disposition de la renonciation au recours en annulation après le prononcé de la sentence arbitrale a été appréhendé par la C.C.J.A comme une disposition supposée non écrite. [C.C.J.A, arrêt n°010/ 2003 du 19 juin 2003, Ohadata J-04-108.]Ce qui signifie qu'elle est considérée comme inexistante car violant une règle impérative, voire d'ordre public. Or, aucune disposition formelle du droit uniforme n'impose l'article 25 de l'A.U comme une disposition de force impérative. La C.C.J.A refuse ainsi que les parties puissent volontairement se soustraire du contentieux de l'annulation qui en tout état de cause, peut voir son intervention dans le règlement du litige, même lorsque l'arbitrage est soumis à un autre organe. Elle a en effet, l'exclusivité du pourvoi en cassation en matière d'arbitrage. Il n'est pas non plus superfétatoire de penser que cette situation qui donne à la C.C.J.A l'exclusivité du pourvoi en cassation dans le contentieux de l'annulation soit à la base, dans l'espace, d'une réticence silencieuse de certains justiciables qui se traduit par le fait que la plupart des recours (366 sur 661) portés devant la C.C.J.A proviennent de la Côte d'Ivoire, lieu du siège de la Cour. *Supra* note 233 à la p. 469. Cela permet d'éviter tout blocus dû à des questions financières de déplacement qui empêcherait de saisir cette juridiction du fait de son éloignement. Cette question met-elle finalement à jour la nécessité de rapprocher la C.C.J.A des justiciables en créant des sections de cette institution dans tous les pays de l'espace ou en développement tout simplement l'arbitrage en ligne.

²³⁷ *Nikiforos c. Petopoulos*, (2007), 195 Canlii (QCCS).

ciblée²³⁸» du juge. À contrario, les défendeurs remettent en cause la procédure de saisine de la juge, qui devrait s'abstenir de se prononcer, car formellement²³⁹, la procédure de saisine viole les droits processuels de la partie adverse. Une telle motivation peut sembler fort intéressante, car, elle pose la question de savoir la forme que devrait prendre une mesure administrative comme la nomination d'un arbitre, dès lors qu'elle est transposée dans l'arène judiciaire. Si dans ce cas, le juge a contourné cette motivation en lui trouvant des mesures supplétives, la question se pose toujours de savoir quelle forme doit prendre et quelle procédure doit suivre la demande faite au tribunal de suppléer une carence administrative dans la cause arbitrale? Cela est d'autant plus probant lorsqu'il s'ouvre un véritable contentieux sur la nomination de l'arbitre.

L'importance de cette question se ressent d'ailleurs aussi par le fait que si cette procédure tombe sous l'empire du droit commun, il faut compter avec les différentes procédures²⁴⁰ qui finalement, si elles ne peuvent retarder le processus²⁴¹, peuvent bloquer l'exécution de la sentence rendue²⁴².

On peut ainsi comprendre que c'est pour éviter toutes ces incertitudes judiciaires que la plupart des instituts privés d'arbitrage préfèrent assumer elles-mêmes de façon finale et définitive, la suppléance aux impératifs administratifs à défaut de la volonté des parties. Mieux, le règlement de la CACI menace de retenir la responsabilité des agents indélégués

²³⁸ *Ibid.* au para. 14.

²³⁹ *Ibid.* au para. 18. La partie défenderesse estime que le mode de saisine de la Cour supérieure ne pourra être que sur la base des articles 110, 151 et 151.6 éventuellement ou l'article 88 du C.p.c. Ce qui lui ouvre droit à certaines garanties qui non remplies en la cause empêche au juge de se prononcer.

²⁴⁰ La non-satisfaction des parties peut les pousser à initier des procédures de récusation des arbitres pour tenter de menacer constamment la sentence d'annulation, effet direct de la récusation d'un arbitre.

²⁴¹ Art. 941. 3. C.p.c. La décision du juge sur la nomination est finale et sans appel.

²⁴² *Supra* note 233 à la p. 473. Cette phase de la justice est de loin la plus importante car, c'est elle qui donne sens à la sanction de son droit. Le recours aux analyses du Pr. Perrot est édifiant à ce propos. Il écrit à cet effet que : «pour celui qui a gagné son procès, le jugement n'est qu'une étape, importante certes, mais qui en soi n'est toujours qu'une satisfaction académique. Ce qui compte, pour le commerçant, l'industriel ou même le simple particulier, c'est moins le prononcé du jugement que la réception du chèque qui doit lui revenir.»

qui pour des raisons très souvent dilatoires voudraient perturber le processus arbitral²⁴³. Ainsi, les questions administratives ne peuvent être négligées dans le processus arbitral, car bien menées, elles conduisent à la résolution de la cause.

Cependant, en plus des actes administratifs, des actes juridictionnels donnent un véritable rôle de juridiction aux organes de l'arbitrage. Ce qui dans bien des cas constitue la face la plus visible de l'iceberg. Étudier comparativement les règles afférentes à cette question dans un espace comme un autre participe de la connaissance et de la compréhension des règles liées à l'annulation de la sentence arbitrale dans ces différents espaces.

B. Les fonctions juridictionnelles des organes.

Dans sa conception juridique, les fonctions juridictionnelles renvoient à celles d'une juridiction²⁴⁴, c'est-à-dire, un organe chargé de dire le droit²⁴⁵. Pour Hubert Reid, il s'agit de tout ce qui «concerne le pouvoir de juger, de rendre la justice²⁴⁶.» Au regard de ces approches, on peut comprendre que les fonctions juridictionnelles sont susceptibles de concerner tous les organes qui sont appelés à intervenir dans le processus arbitral en vue de trancher un point de droit, une contestation. En ce sens, le tribunal arbitral semble jouer un rôle de premier plan.

Dans la conceptualisation des fonctions des organes de l'arbitrage, les fonctions juridictionnelles sont appréhendées comme devant ressortir à la seule compétence du tribunal arbitral qui sera constitué. Ce tribunal devrait avoir tous les pouvoirs pour trancher la question en litige comme une juridiction de droit commun. Le rôle administratif précédemment exposé des organes de l'arbitrage étant de lui faciliter cette tâche. Cependant, si l'on parvient malgré tout à reconnaître que certains des actes

²⁴³ Voir à cet effet l'article 30 al. 2 du règlement d'arbitrage de la CACI qui dispose que : «La responsabilité de toute partie qui userait de manœuvres dilatoires susceptibles de retarder ou de bloquer l'exécution d'une sentence arbitrale, peut être recherchée.»

²⁴⁴ *Supra* note 1 s.v. «juridictionnel».

²⁴⁵ *Ibid.* s.v. «juridiction».

²⁴⁶ *Ibid.* s.v «juridictionnel».

accomplis par d'autres organes²⁴⁷ de l'arbitrage constituent des actes juridictionnels. Cela ne peut que constituer vraisemblablement, des compétences exceptionnelles.

À l'analyse de nos juridictions ici étudiées, une constatation importante se fait jour. C'est qu'au contraire du C.p.c qui ne crée pas d'organes administratifs d'arbitrage, le droit Ohada a formellement institué l'arbitrage comme le mode de règlement par excellence des litiges du commerce et la C.C.J.A, juridiction arbitrale. Lorsque des difficultés apparaissent au cours du processus, le rôle de cette dernière n'est pas négligeable. Elle est capable de prendre dans certains cas de véritables actes juridictionnels. Au Québec, une telle situation est difficilement réalisable en dépit de l'existence des règles de pratiques issues des règles nationales en matière d'arbitrage. En effet, les instituts privés ne peuvent se doter d'un rôle juridictionnel véritable, car, elles constituent des personnes de droit privé. La C.C.J.A est, quant à elle, l'émanation de plusieurs États ayant accepté de lui déléguer une partie de leur souveraineté. L'une des grandes particularités et innovations de l'arbitrage en droit Ohada, c'est donc que la C.C.J.A cumule ses fonctions administratives avec des fonctions juridictionnelles.

On peut toutefois établir la corrélation suivante : au Québec, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, le juge de l'État peut à la fois cumuler des fonctions administratives et des fonctions juridictionnelles suivant les dispositions du C.p.c. Ce qui est peu observable dans le cadre de l'arbitrage institutionnel où les instituts consultés disposent de la fonction administrative, et laisse le terrain juridictionnel au juge de l'État²⁴⁸.

C'est dire en résumé que les fonctions juridictionnelles des organes de l'arbitrage seront plus ou moins apparentes ou mises en évidence, au Québec, en raison de la nature *ad hoc* ou institutionnelle de l'arbitrage. En droit Ohada, ces fonctions pourront toujours être constatées du fait de la loi uniforme relative à l'arbitrage qui bien souvent donne compétence exclusive à la C.C.J.A. Cependant, elles le seront, certainement moins avant

²⁴⁷ Il s'agit par exemple du juge étatique au Québec et aussi dans l'espace de l'Ohada, de même que de la C.C.J.A.

²⁴⁸ En pratique, ce rôle est quasi inexistant avant le prononcé de la sentence arbitrale, car les règles nationales limitent au maximum l'intervention du juge tout au long du processus arbitral.

le prononcé de la sentence arbitrale lorsqu'un organe autre que la C.C.J.A est saisi comme centre de l'arbitrage²⁴⁹. Étudier comparativement le contenu de ces règles au sein de nos juridictions de référence devrait nous aider à analyser leur efficacité dans la résolution des problèmes. D'où la question de leur pertinence et des éventuelles adaptations nécessaires à une meilleure efficacité de ces règles. Étudions donc en profondeur, la nature que peuvent prendre ces fonctions et la portée jurisprudentielle qu'elles sont susceptibles de produire.

1. La juridictionnalité des fonctions des organes de l'arbitrage.

Quel est le contenu des fonctions juridictionnelles des autorités administratives de l'arbitrage en droit québécois et en droit Ohada?

Les fonctions juridictionnelles des autorités de l'arbitrage ont un contenu pluriel dans l'une et l'autre des sphères d'études. Cependant, on peut à priori faire la remarque suivante : en raison de l'organisation fondamentalement distincte de l'espace Ohada et de celui du Québec, le contenu des fonctions de juridiction dans le cadre de l'arbitrage va également s'en ressentir.

En droit Ohada, les fonctions de juridiction sont assumées ou par le juge étatique et la C.C.J.A dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc*; ou par un comité technique²⁵⁰ et la C.C.J.A dans le cadre des arbitrages institutionnels. Lorsque l'arbitrage est placé sous l'égide de la C.C.J.A, elle assume avec le juge étatique, le rôle de juridiction dont il est question ici.

Lorsque dans un arbitrage *ad hoc*, un juge étatique intervient, il tranche sur toutes questions contentieuses et préalables au prononcé de la sentence. Il ne viole pas outre mesure la volonté des parties, car celles-ci ont eu à lui confier cette responsabilité par le

²⁴⁹ Les règlements des centres de l'espace Ohada ont tendance à s'autonomiser par rapport au juge de l'État, bien plus que le règlement d'arbitrage de la C.C.J.A dans le cadre du droit Ohada.

²⁵⁰ Le comité technique a un rôle qui avoisine le rôle administratif de la C.C.J.A dans le cadre des arbitrages soumis à des centres concurrents à la C.C.J.A.

biais de la convention ou du règlement qui organise leur arbitrage. C'est ainsi que le contentieux de la récusation des arbitres fait appel à l'intervention du juge de l'État²⁵¹.

Le contentieux de la récusation d'un arbitre se distingue dans une large proportion de celui de la nomination des arbitres. Le premier est fondamentalement juridictionnel tandis que le second est d'ordre administratif. Le processus de nomination des arbitres est ainsi déclaratoire, tandis que le contentieux de la récusation est contradictoire. Il suppose que l'une des parties ait eu connaissance de faits entachant la crédibilité du processus et craint que ni l'indépendance, ni l'impartialité de l'arbitre ne soient désormais garanties; chose que conteste la partie adverse ou l'arbitre lui-même. La résolution de ce contentieux tient compte de la nécessité de ne pas perdre du temps dans le processus arbitral. En droit Ohada, la C.C.J.A a toute la compétence pour trancher ce contentieux²⁵². Mieux les parties doivent faire connaître leur réticence par rapport à l'autorité litigieuse dans un délai de 30 jours. L'objectif de la Cour en statuant sur cette question reste d'amener les parties à ne pas avoir de prétextes pour refuser la sentence qui sera rendue sur la question en litige. Sa décision est, dans un but d'efficacité de tout le processus, sans recours²⁵³. Cependant, cette décision juridictionnelle est par fiction juridique transformée en acte administratif et relève selon le droit uniforme du pouvoir administratif de la C.C.J.A²⁵⁴.

En droit québécois, la saisine du juge étatique n'est pas automatique en arbitrage *ad hoc*, lorsque les faits de la cause laissent observer des circonstances de nature à motiver une demande de récusation. Le C.p.c prend en compte l'attitude de l'arbitre dont grief qui peut accepter de se retirer du processus et mettre par cela seul, fin au contentieux²⁵⁵. C'est dire que comme dans une cause en droit commun québécois²⁵⁶, l'arbitre lui-même

²⁵¹ Art. 4. 2 du R.A.

²⁵² *Ibid* al. 3.

²⁵³ Art. 4. 6 R.A

²⁵⁴ Art. 1^{er} al. 2 et 3 R.A.

²⁵⁵ Art. 942. 3 C.p.c

²⁵⁶ Art. 238 C.p.c

peut statuer sur la demande en récusation. Le refus de sa décision autorise d'autres interventions. Le premier rideau d'intervention est formé par la volonté des parties elles-mêmes. Si le cocontractant accepte la récusation, le contentieux sur la question est vidé automatiquement et l'arbitre obligé de se retirer. Dans cette alternative, l'arbitre est sans doute considéré comme n'ayant pas obtenu le soutien des protagonistes. À défaut de cette volonté, les autres arbitres se prononcent sur la question lorsque l'arbitrage n'est pas à juge unique²⁵⁷. Lorsque toutes ces possibilités ne parviennent pas à obtenir l'assentiment de toutes les parties, le juge judiciaire est saisi pour trancher le point de façon finale, définitive²⁵⁸.

On observe que cette intervention judiciaire demeure comme telle juridictionnelle²⁵⁹, sans aucune déconstruction comme en droit Ohada. Il s'agit d'un ultime recours qui clôt une question qui n'a que trop perturbé la sérénité dans la recherche de solutions au litige. Le rôle du juge peut être perçu ici comme la sanction de l'échec des parties et des arbitres à surmonter une difficulté. C'est donc une véritable décision de justice. Son impact sur le sort de la sentence reste aussi très présent. Si l'arbitre litigieux peut continuer à participer à la recherche de solutions pendant que le juge de l'État statue sur son sort²⁶⁰, une décision de récusation annihilerait tout le travail auquel a participé cet arbitre, considéré *ab initio* comme sans mandat.

L'une des observations spécifiques au droit Ohada relativement à la fonction juridictionnelle de la C.C.J.A lors d'un arbitrage placé sous sa responsabilité, est celle du recours en contestation de validité de la sentence arbitrale²⁶¹. Formule originale décrite au sein du règlement d'arbitrage de l'Ohada, cette procédure exclusive à la C.C.J.A lui

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Art. 942.7. C.p.c

²⁵⁹ *Nikiforos c. Petropoulos* (2007) 2069 canlii (QCCS) au para 10. Dans cette affaire, la juge Claudette Picard a finalement rejeté au fond, la requête intitulée « *Introductory motion of Defendants/Petitioners seeking orders of mandamus* ». Cette requête est intervenue après que les demandeurs à cette action aient estimé que l'arbitre saisi a refusé d'entendre la requête en récusation.

²⁶⁰ Art. 942.4 al. 2

²⁶¹ Art. 29 R.A

permet indirectement de statuer sur une demande d'annulation de la sentence arbitrale. Cependant, au contraire du recours en annulation ordinaire²⁶², les parties peuvent renoncer dans leur convention d'arbitrage, à un tel recours. Cette formule ne permet pas seulement de déterminer le sort réservé à la sentence arbitrale, elle permet aussi à la C.C.J.A d'évoquer la question en litige et de la trancher au fond, si les parties le désirent²⁶³. Par ce moyen, les parties peuvent soumettre la sentence arbitrale en seconde analyse à la C.C.J.A alors même qu'une fois rendue la sentence est censée revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette incongruité dans la procédure pourrait justifier certainement la raison pour laquelle la plupart des règlements en matière d'arbitrage ne disposent pas d'une telle possibilité. On pourrait cependant craindre en pratique, une confirmation pure et simple de la sentence par le biais de cette procédure, vu que c'est la C.C.J.A qui a organisé tout le processus arbitral. ?

La procédure d'exécution forcée de la sentence arbitrale met aussi en relief le pouvoir de juridiction des organes de l'arbitrage, mais permet également de comprendre que le mécanisme évolue ou est appréhendé de façon distincte selon le contexte du droit québécois ou celui du droit Ohada. En droit Ohada, l'une des innovations qui produit un effet juridique essentiel est celle de la fin de la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international au sein du même espace. En conséquence, même lorsque la sentence rendue par un arbitre est destinée à s'exécuter dans un même État, elle suit une procédure identique à celle des sentences rendues dans un pays donné et destinées à exécution dans un autre pays de l'Ohada. C'est la procédure de l'exéquatur²⁶⁴.

La procédure de l'exéquatur fondamentalement juridictionnelle est de l'exclusivité de la C.C.J.A²⁶⁵ dans le cadre des procédures conduites sous son égide. Cependant, lorsque l'arbitrage a été organisé par un autre centre de l'espace, seul le juge compétent de l'État-

²⁶² Ce recours est prévu par l'article 25 al.2 de l'A.U.A.

²⁶³ Art. 29. 5 R.A

²⁶⁴ Art. 25 du traité Ohada.

²⁶⁵ *Ibid.* al. 2

partie²⁶⁶ pourra connaître de la procédure obligatoire d'exéquatur²⁶⁷. La décision rendue sur exéquatur ne peut à son tour que faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la C.C.J.A.²⁶⁸. Cette exclusivité de la C.C.J.A est un avantage considérable pour elle, dans le cadre de la concurrence entre l'arbitrage Ohada et celui des autres centres d'arbitrage. En effet, on se rend compte que du fait que la sentence arbitrale rendue sous règlement d'arbitrage Ohada ne peut qu'être soumise à l'exéquatur de la C.C.J.A, il n'est plus nécessaire d'effectuer, même en cas d'insatisfaction, un quelconque pourvoi devant cette même institution. Ce qui n'est pas le cas lorsque c'est un juge étatique qui a rendu une décision sur l'exéquatur, car ici aussi, un pourvoi en cassation de la compétence exclusive de la C.C.J.A²⁶⁹ est prévu. Conséquence, la procédure en vue de l'exécution forcée de la sentence arbitrale ne peut qu'être plus longue lorsqu'elle a été confiée à un centre autre que la C.C.J.A.

Au Québec, le rôle juridictionnel du juge, organe administratif et juridictionnel de l'arbitrage dans le cadre des arbitrages *ad hoc* et seulement juridictionnel dans le cadre de l'arbitrage institutionnel, ne peut faire fi de la *summa divisio* entre arbitrage interne et arbitrage international. Formellement, en effet, on retrouve le rôle du juge au sein de deux titres différents²⁷⁰ dans le livre VII du C.p.c. Mieux, le titre 2 dudit code pose en l'article 948, la primauté de la convention de New York de 1958 dans tout processus d'interprétation de ce titre. Cependant, fondamentalement, la distinction semble de peu d'intérêts. En effet, malgré la dimension internationale des sentences rendues hors du Québec, elles sont soumises à la procédure d'homologation comme en droit commun de l'arbitrage. De plus, les articles 946. 4 et 950 du C.p.c fixent des règles sensiblement égales pour la recevabilité pour l'homologation.

²⁶⁶ Il s'agit de l'État membre ou partie de l'espace Ohada.

²⁶⁷ Art. 30 A.U.A.

²⁶⁸ Art. 32 A.U.A.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Le titre qui comporte la procédure dans le cadre de l'arbitrage interne est le titre 1 qui s'intitule «de la tenue de l'arbitrage»; et celui qui comporte celle de l'arbitrage international est le titre 2 sur «de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec.»

La portée jurisprudentielle des fonctions de juridiction des organes de l'arbitrage nous permet par ailleurs de mieux évaluer l'intérêt lié à cette question.

2. La portée jurisprudentielle des fonctions juridictionnelles des organes intervenant en arbitrage.

Étudier la portée jurisprudentielle des fonctions juridictionnelles des autorités intervenant dans le processus arbitral revient à s'interroger sur le point de savoir, quelles sont les règles juridiques issues des cours quant à l'intervention des autorités intervenant comme juridiction dans le cadre de l'arbitrage? Résoudre cette question revient tout aussi à comprendre la perception que les autorités juridictionnelles se font en pratique, de leur rôle dans le cadre de l'arbitrage aussi bien au Québec que dans l'espace Ohada. Certaines affaires ont permis à cet effet, aux autorités judiciaires d'énoncer des règles de diverses natures, permettant de décrire leur part de collaboration dans le cadre de la réussite d'un processus arbitral pour lequel, elles ont été, d'une façon ou d'une autre, sollicitées.

L'approche de la jurisprudence nous permet d'analyser cette réalité à travers les exemples choisis de la question de la compétence²⁷¹ de ces autorités et celle de leur récusation.

a. La compétence des autorités en arbitrage

En droit Ohada, la compétence des juridictions arbitrales revient constamment comme une question contentieuse, car elle constitue un des motifs sérieux de nature à fonder l'annulation d'une sentence arbitrale. En effet, si une juridiction arbitrale qui a rendu une sentence venait à être déclarée incompétente, sa sentence serait tout aussi annulée²⁷².

L'observation générale que l'on pourrait faire sur ce point pourrait être que cette question permet de percevoir l'engouement en faveur de l'arbitrage dans le milieu des affaires au

²⁷¹ Cet exemple semble être bien plus présent en droit Ohada. La rareté du contentieux de la récusation d'un arbitre pourrait se justifier en droit Ohada en raison de la faiblesse de l'arbitrage ad'hoc et de la supervision de la désignation de l'arbitre par les centres d'arbitrage qui s'attribuent l'exclusivité de la question.

²⁷² C'est l'hypothèse de l'article 21. 3 al. 2 du R.A qui dispose que :« Quand la Cour est saisie sur le plan juridictionnel, conformément aux dispositions du chapitre III ci-après, de la décision de compétence ou d'incompétence prise par une sentence préalable, l'arbitre peut néanmoins poursuivre la procédure sans attendre que la Cour se soit prononcée.»

sein de l'espace. Les juridictions saisies semblent sensibles à reconnaître toute compétence à l'arbitrage dès lors que l'idée de ce processus est apparue dans les relations nées entre les parties. Ceci pourrait, tout aussi, traduire l'assertion selon laquelle, une clause arbitrale ne saurait apparaître du fait d'un heureux hasard dans une convention. Toute l'attention y est donc consacrée afin de prendre l'interprétation qui lui sera la plus favorable.

Dans la cause *Kaboré Henriette c. Société sahel compagnie (SOSACO)*²⁷³, la Cour d'appel de Ouagadougou a eu à statuer en faveur de l'arbitrage en posant toute la primauté d'une convention d'arbitrage dans les rapports entre les parties. En effet, dans ce dossier, Dame Kaboré Henriette exigeait de la SOSACO la somme de 506.968.707 F Cfa et faisait grief au tribunal de Grande instance de s'être déclaré incompétent, motif pris de ce que la cause devrait être tranché en arbitrage. Dame Kaboré Henriette apportait au soutien de son action que les parties se sont données la faculté de choisir en cas de litige, soit la voie de l'arbitrage, soit le règlement par les juridictions de Ouagadougou. Qu'en conséquence, l'article 13 de la loi uniforme relative à l'arbitrage qui ne s'applique «qu'en présence d'une convention des parties donnant exclusivement et obligatoirement compétence à un tribunal arbitral» ne pouvait être invoqué.

Sur ce point, la Cour d'appel a donc posé la règle selon laquelle, constitue une erreur le fait de s'arrêter au sens littéral des mots pour prétendre que la convention d'arbitrage constitue une faculté. Une telle opinion s'inspire d'un contexte en faveur de l'arbitrage, car, il va au-delà de la simple exégèse de la convention entre parties. Le juge estime que les juridictions nationales, saisies trop tôt, auraient dû être consultées «en dernier recours». Cependant, le magistrat aurait tout aussi pu s'en tenir aux termes du contrat et estimer que l'arbitrage était une faculté pour les parties. Sa décision dénote de la grande place que l'on voudrait accorder à l'arbitrage au sein de l'espace.

La décision qui pose que la compétence des autorités étatiques est sujette à l'échec de la procédure d'arbitrage nous amène à nous interroger sur ce que signifie cet échec. En

²⁷³ *Kaboré Henriette c. Société sahel compagnie (SOSACO)*, (2005) J-09-25 Ohadata (CA Ouaga., Ch. Civ et CCial (B.F.)).

effet, lorsque la procédure de l'arbitrage précède celle du judiciaire, quant est ce que les juridictions nationales peuvent-elles avoir compétence? En ce sens, l'échec doit-il être compris dans un sens objectif ou subjectif²⁷⁴? L'on pourrait préjuger de la préséance du sens objectif de l'échec qui pourrait nous pousser à conclure ici que c'est seulement si la sentence arbitrale éventuellement rendue était annulée, que les parties seraient désormais libres de saisir les juridictions nationales.

Au Québec, la question de la récusation des arbitres a enrichi la jurisprudence et permit tout aussi d'évaluer la place que la justice judiciaire accorde à la sentence arbitrale.

b. La récusation des autorités en arbitrage.

Sur la question de la récusation des arbitres, le juge québécois a été très souvent sollicité dans un processus où les parties avaient en vue de se servir de ce moyen pour obtenir, l'annulation d'une sentence rendue en leur défaveur. L'affaire *Baribeau c. Trempe*²⁷⁵ a permis à la juge Rita Bédard de la Cour Supérieure du Québec de dégager un ensemble de règles sur la question de la récusation des arbitres qui participent d'une meilleure compréhension de la perception que l'on a du processus arbitral.

Dans cette affaire, l'architecte-arbitre, Richard Trempe, avait refusé de faire droit à la demande des requérants qui exigeaient de lui qu'il se récuse au motif que ses différentes attitudes et méthodes les ont fondés à entretenir, «une crainte raisonnable²⁷⁶» qu'il puisse être partial. Dans l'intervalle, la sentence rendue par l'arbitre litigieux a été homologuée²⁷⁷ et la récusation par le juge étatique aurait donc eu pour conséquence, l'annulation ladite sentence. Cette affaire a confirmé des principes jurisprudentiels²⁷⁸

²⁷⁴ Nous entendons par sens objectif une sentence rendue et annulée pour une raison que ce soit et par sens subjectif, une sentence qui ne rencontre pas la satisfaction de l'une ou l'autre des parties ou des deux à la fois.

²⁷⁵ *Baribeau c. Trempe* (2008), canlii 456 (QCCS)

²⁷⁶ *Ibid.* au para. 8.

²⁷⁷ *Ibid.* au para 6.

²⁷⁸ Dans cette affaire les fondements de la juge ont porté sur des enseignements tirés de la Cour suprême du Canada notamment, l'affaire *Plomberie chauffage Inc. c. Institution royale pour l'avancement des sciences* (2007), canlii, 2998 (QCCS)

reconnus du droit québécois. La juge a, à travers un raisonnement déjà effectué par la Cour d'appel du Québec²⁷⁹, posé les principes jurisprudentiels suivants :

« Pour être cause de récusation, la crainte de partialité doit donc :

- a) être raisonnable, en ce sens qu'il doit s'agir d'une crainte, à la fois, logique, c'est-à-dire qui s'infère de motifs sérieux, et objective, c'est-à-dire que partagerait la personne décrite à b) ci-dessous, placée dans les mêmes circonstances; il ne peut être question d'une crainte légère, frivole ou isolée;

- b) provenir d'une personne :

1o sensée, non tatillonne, qui n'est ni scrupuleuse, ni angoissée, ni naturellement inquiète, non plus que facilement portée au blâme;

2o bien informée, parce qu'ayant étudié la question, à la fois, à fond et d'une façon réaliste, c'est-à-dire dégagée de toute émotivité; la demande de récusation ne peut être impulsive ou encore, un moyen de choisir la personne devant présider les débats; et

c) reposer sur des motifs sérieux; dans l'analyse de ce critère, il faut être plus exigeant selon qu'il y aura ou non enregistrement des débats et existence d'un droit d'appel.»

Ces principes permettent de réaliser la substance que doit recouvrir la partialité opérante dans une cause. Ils dégagent pour le juge un faisceau d'indices qui lui permet d'opérationnaliser le grief effectué à l'encontre de l'obligation d'impartialité, voire d'indépendance qui doit habiter l'arbitre durant tout le processus qui lui est confié. On note dans la composante de ces principes que le juge se doit de mener un raisonnement *in concreto*, car l'évaluation de la raison et de la crainte suscitée par l'appréciation des faits ne suit pas forcément des règles rationnelles établies.

Dans la seconde cause, la récusation de l'arbitre a été ordonnée.

Dans la cause Tanguay c. Desjardins²⁸⁰, la récusation de l'arbitre unique André Beaudoin est requise des demandeurs aux motifs que ces agissements ont valablement fondé la

²⁷⁹ *Supra* note 275 au para. 17. L'arrêt de la Cour d'appel dont la référence est citée est le suivant : 1993 CanLII 3570 (QC C.A.)

²⁸⁰ *Rosaire Tanguay et Johanne Picard c. Assurances générales des Caisses Desjardins Inc.* (2001), REJB -25734.

crainte de partialité qui entache tout processus crédible d'arbitrage. Quelle est la caractéristique de ces agissements indécidés? Le juge Boisvert a rappelé en la matière que la : « crainte raisonnable de partialité doit être appréciée, non pas en fonction de ce qu'en pense le juge qui décide de la requête, mais plutôt en fonction de ce qui peut «...donner naissance, chez des personnes assez bien renseignées, à une crainte raisonnable de partialité dans l'appréciation des questions à trancher...», ainsi que l'écrivait le juge en chef Lamer dans l'affaire «*Committee for Justice and Liberty*», (1978) 1 R.C.S., à la p. 391.»²⁸¹. À ce titre, les faits litigieux²⁸² constitueraient un manquement grave aux principes élémentaires de la justice naturelle, ainsi qu'aux dispositions pertinentes de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne²⁸³. Dans cette affaire, le juge Boisvert estime que même si l'on peut valablement reconnaître à l'arbitre la qualité de maître de la procédure, les règles qui le lient à la conduite de la procédure doivent être les mêmes que celles qui obligent un juge ordinaire et conformément à L'article 942 C.p.c, il doit être récusé pour les mêmes faits que celui-ci²⁸⁴.

Cet état du droit favorise une analyse de l'impact produit sur le développement du processus de l'arbitrage. Cela permet d'envisager comment les règles liées à la nature des organes de l'annulation peuvent influencer ce processus. Ce qui approfondit l'analyse des règles liées aux fonctions des organes de l'annulation de la sentence arbitrale.

C. Les effets juridiques de la nature fonctionnelle des organes de l'annulation.

Quelles pourraient être les implications juridiques de la nature fonctionnelle des organes susceptibles d'annuler la sentence arbitrale dans les juridictions observées?

L'enjeu des actes pris par le juge (1) et sa perception in concreto du processus d'arbitrage (2) permettent de comprendre un tant soit peu, les relents juridiques de la nature des fonctions des autorités de l'annulation.

²⁸¹ *Ibid.* au para. 29.

²⁸² Il s'agissait par exemple du refus de mener le processus en la présence des avocats des parties.

²⁸³ *Ibid.* au para. 31.

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 25.

1. L'enjeu relié au rôle des actes du juge étatique.

Les menus différences que l'on pourrait observer dans le cadre de la gestion administrative du processus de l'arbitrage ne remettent pas en cause fondamentalement, le rôle auquel se destinent les actes de nature administrative pris dans le cadre du processus de l'arbitrage. Ces actes doivent permettre aux institutions consultées de veiller au bon déroulement de la procédure arbitrale et de prendre les mesures idoines lorsque cela s'impose. C'est d'ailleurs ce qui légitime l'imposition faite, dans la plupart des règlements, aux tribunaux arbitraux de porter à la connaissance des centres et instituts supervisant le processus, copie de toute communication entre le tribunal et les parties²⁸⁵.

Par ailleurs, les innovations relatives à la promotion des actes administratifs que l'on pourrait observer d'un texte à un autre sont à l'analyse, une donnée concurrentielle pour les centres et instituts d'arbitrage. Ceux-ci sont conscients du fait que les justiciables sont plus sensibles à une procédure de plus en plus autonome par rapport à l'intervention étatique. Ils se créent donc les moyens de contourner ici, très souvent, l'inertie du juge de l'État. Sur ce point, le règlement d'arbitrage de l'Ohada qui semble en retard par rapport à certains centres d'arbitrage de son espace africain et aussi par rapport aux règles nationales élaborées par les instituts privés du Québec, pourrait s'inspirer du C.p.c à cet effet. La présence du juge étatique dans le droit officiel de l'Ohada semble encore trop pesante, alors qu'elle est allégée dans la pratique au Québec et interdite chez certains concurrents de la C.C.J.A.²⁸⁶. Cet allègement est une conséquence de l'appréhension conséquente du principe de la liberté. Cette présence reste cependant en droit commun de l'arbitrage, le remède à bon nombre de blocage observé du fait de la nécessité

²⁸⁵ Art. 7 des règles nationales.

²⁸⁶ Cette approche est à nuancer face à l'ambiguïté que l'on peut observer au sein de certains règlements en vigueur dans l'espace Ohada. C'est le cas fort à propos de l'article 34. 2 du règlement du Centre d'arbitrage du GICAM qui dispose que «Par la soumission de leur différend à l'arbitrage CAG, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer.» On serait tenté de s'interroger sur le point de savoir si elles peuvent renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale. Le règlement d'arbitrage de la CACI semble plus ferme à ce propos lorsque son article 30 al. 1 dispose sans ambages ceci : «La sentence arbitrale est définitive et revêt un caractère obligatoire pour les parties. Celles-ci s'engagent, par leur adhésion au présent règlement, à l'exécuter sans délai, et sont réputées avoir renoncé au recours en annulation devant les juridictions étatiques et à toutes les voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer.»

administrative de certains actes. Le développement de l'arbitrage suppose donc un dosage approprié de l'intervention du juge. Sans être excessive, cette intervention doit pouvoir être efficace et respecter la liberté propre des parties.

Au regard, de toute cette constatation on peut faire la comparaison suivante : l'orientation politique du législateur Ohada et de celui du Québec semble diamétralement opposée dans la marque ou la nature que l'on entend donner à l'arbitrage. En effet, si pour l'un, le législateur Ohada, l'enjeu est d'internationaliser la sentence arbitrale ou à un degré moindre, la régionaliser, pour l'autre, le législateur québécois, le but paraît être de nationaliser d'abord une sentence en vue de son exécution sur le territoire. Suivant ces perspectives, un sens est donné ou retiré à l'homologation ou à l'exéquatur. On se rend par ailleurs compte, que la législation québécoise fait cependant le pari de donner par cette nationalisation, une chance à toute sentence rendue en dehors de ces frontières d'y trouver application. Chose que l'on peut encore avoir du mal à réaliser en droit Ohada, car hors de l'espace, l'application de sentences internationales pourrait rencontrer d'énormes difficultés. En effet, tous les pays membres de l'Ohada n'ont pas encore ratifié la convention de New York. Ils ne sont donc pas matériellement dans l'obligation de mettre en œuvre les conditions pour l'application sur leur sol d'une sentence rendue en dehors de l'espace Ohada. Il est peut-être temps, dans un but d'une plus grande efficacité, de donner pouvoir à l'Ohada, en tant qu'institution, de ratifier au nom et pour le compte de ses membres, tous textes internationaux essentiels à son développement et à celui de l'arbitrage. Une telle procédure pourrait en tout état, être procédée suivant une voie administrative. Finalement, on peut aussi comprendre que les fonctions juridictionnelles des autorités intervenant dans un processus arbitral, bien qu'exceptionnel, ont un impact important sur l'état du processus.

2. L'impact de la perception in concreto du processus par le juge

Il ressort de l'approche entre le Québec et l'Ohada que l'appréciation in concreto du mécanisme de l'arbitrage par le juge saisi, est un gage de développement de celui-ci. En effet, l'intervention du juge dans le processus doit être soumise à une règle de principe, celle de l'intégrité du processus. C'est dire que le juge de l'État doit pouvoir être

conscient du fait que dans une cause arbitrale, il n'est pas un juge ordinaire qui porte le regard de l'expert de la loi sur la cause. Pour que ceci fut, il aurait certainement fallu que l'affaire n'eût pas été portée en arbitrage. Il apparaît ainsi nécessaire que soient réduits les pouvoirs interventionnistes du juge déjà limités aux règles de formes. Sur ce point, on peut valablement penser que l'intégrité de l'arbitrage ne peut commander au juge de statuer sur les questions de forme comme en matière de droit commun. L'état de la question de forme, litigieuse, devrait toujours pouvoir être évalué en lien avec l'intérêt de la cause. Cette orientation redonne à l'arbitrage son sens premier de recherche de la justice par un lien fondamental, le contrat. C'est d'ailleurs pourquoi ce pouvoir d'appliquer la loi au fond est retiré au juge pour être confié à un arbitre digne de confiance et outillé pour rechercher la solution idoine.

Cette attitude décrite ici et qui à l'analyse ne semble pas apparente tant au Québec que dans l'espace Ohada, met à jour la responsabilité du juge de l'État dans la cause arbitrale. La nature de cette responsabilité pourrait être qualifiée de professionnelle. Chaque fois qu'il est saisi dans une cause arbitrale, le juge de l'État doit pouvoir situer son rôle. Cette attitude doit prendre en compte le fait qu'il doit comprendre son intervention comme purement exceptionnelle. Conséquence, elle doit être régie par la stricte nécessité de trancher le litige en temps utile de sorte à taire le différend et sauvegarder les intérêts compromis. Cette attitude «responsable» semble plus proche de la liberté première des parties de voir le droit prospérer sans juridisme excessif.

Cette réflexion qui pourrait alimenter en qualité le droit de l'arbitrage dans chacune de nos sphères d'approche nous semble plus facile et aisée d'application dans l'espace du Québec en raison de la culture bijuridique due à la proximité du droit civil et de la common law. Au contraire, elle peut sembler plus difficile à admettre pour le juriste Ohada, à qui elle pose nécessairement des questions de sécurité juridique. Mais à bien y voir, elle est susceptible d'un développement réel pour le droit Ohada. Il peut trouver en effet, dans cette meilleure appréciation des juges de l'État quant à leur rôle, le moyen de conquérir plus facilement les États de culture juridique anglo-saxonne encore réticente à intégrer en l'état, le droit de l'Ohada.

Cette déconstruction nécessaire de la théorie positiviste du droit permet finalement de réduire aussi l'hybridisme néfaste à l'arbitrage. Ainsi, si le juge de l'État saisi d'une cause arbitrale ne peut connaître du fond de l'affaire, il apparaît tout aussi utile qu'il ne se réfère aux règles de formes qu'en réglant la question préalable de leur contribution à la justice recherchée par les parties. Cela pourrait d'ailleurs prendre appui sur l'article 2 du C.p.c. qui dispose que : « *Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément.* » Il importe au sortir de cette réflexion de faire de l'analyse de la justesse des règles de forme en matière d'arbitrage. À défaut, le risque est grand d'un recours croissant des justiciables indécidés pour contrarier le bien-fondé des lois et détruire ainsi le sens et l'essence même de la procédure d'arbitrage. Ne devrait-on pas d'ailleurs en faire une question d'ordre public dans le domaine de l'arbitrage?

Que peut-on ressortir finalement, d'une étude de l'instance d'annulation d'une sentence arbitrale à proprement parler? Étudier cette sous-question dans le cadre de notre recherche peut aider à connaître et comprendre les règles de pratiques développées lors du phénomène de recours en annulation de la sentence arbitrale. L'approche comparative de ces règles pourra par ailleurs être utile à l'évaluation de leur pertinence et de leur rapport au développement de l'arbitrage. Dans cette alternative nous élargissons la base de recherche de solutions aux maux qui peuvent exister relativement au processus d'annulation de la sentence arbitrale. Touche chose qui se donne les moyens de mieux exploiter le système de l'arbitrage dans chacune de nos sphères de juridiction.

Section 2 : L'instance de l'annulation au Québec et dans l'espace Ohada.

Comment se déroule l'instance en annulation et quelles en sont les retombées au plan juridique? La pertinence de cette interrogation se retrouve dans sa capacité à nous permettre de mieux évaluer la dimension de l'hypothèse qui a consisté à postuler que la mise en œuvre des règles de l'annulation de la sentence arbitrale est divergente en pratique. Elle nous rapproche un peu plus du prétoire. En effet, l'instance suivant le discours du vocabulaire juridique de Gérard Cornu, désigne une «*procédure engagée devant une juridiction*²⁸⁷». C'est la phase de procès. L'étude de l'instance est de nature à accentuer ici le volet pratique de cette étude. Dans cette mesure, elle participe de la recherche des effets juridiques liés au processus d'annulation de la sentence arbitrale.

Abordons cette question à travers les cas légaux d'ouverture de l'instance et les pouvoirs des autorités consultées.

A. Les cas légaux d'ouverture.

Les cas d'ouverture désignent en droit, les «*hypothèses déterminées par la loi dans lesquels un recours extraordinaire peut être exercé*²⁸⁸é.» L'approche de la nature de ces procédés d'ouverture de recours contre la sentence arbitrale dans l'espace Ohada et au Québec, nous renseigne donc sur la perception que l'on a de ce phénomène dans une juridiction comme dans une autre (1). Leur portée jurisprudentielle nous permet d'en évaluer l'impact dans l'évolution de droit de l'arbitrage dans chacune de ces deux juridictions (2).

1. Nature des procédés d'ouverture.

L'étude des règles de pratique nous conduit à aborder la question de l'annulation dans ses causes. En adoptant une telle voie, nous nous donnons les moyens d'évaluer à chaque stade du processus la valeur des motivations pouvant influencer positivement ou négativement l'annulation de la sentence arbitrale. Ces causes peuvent à cet effet se

²⁸⁷ *Supra* note 2 s.v «instance»

²⁸⁸ *Ibid* s.v. «(cas d'). ouverture»

comprendre par la nature des actes qui seront à la base du déclenchement de la procédure. Il s'agit pour tout dire, d'une technique qui sans nul doute laisse transparaître une volonté d'étude approfondie de la question de recherche, car, elle ne laisse aucune étape du processus d'annulation en dehors du processus d'analyse. La nature des procédés d'ouverture nous permet de distinguer à des fins académiques, le caractère ordinaire (a) du caractère exceptionnel (b) des cas d'ouverture en annulation.

a. Les cas ordinaires du recours en annulation.

Comment pourrait-on percevoir les cas ordinaires d'ouverture du recours en annulation d'une sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada?

Il ressort de la plupart des dictionnaires de langue française²⁸⁹ que le cas ordinaire renvoie à ce qui est «normal» dans l'ordre des choses. D'un point de vue juridique, Gérard Cornu perçoit également à travers le terme ordinaire, la chose qui renvoie à «l'ordre habituel, aux normes communes²⁹⁰» et qui s'oppose à ce qui est dérogatoire ou exceptionnel. En abordant le point des cas ordinaires d'ouverture du recours en annulation de la sentence arbitrale, on s'intéresse aux raisons normalement admises dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale.

Le recours en annulation dû à un cas ordinaire est alors ce qui va de soi et dont l'hypothèse contraire aurait été une chose étonnante, extraordinaire. Dans une telle représentation du cas ordinaire, on peut l'entendre également comme ce qui rencontre la légitimité. Dans un sens juridique fondamental, cette légitimité peut se ressentir aussi dans la loi et fonder ainsi la légalité.

À l'analyse des dispositions en vigueur dans l'espace Ohada et au Québec²⁹¹, on peut soutenir l'idée suivant laquelle, la nature ordinaire du recours contre la sentence arbitrale

²⁸⁹ *Supra* note 212 s.v. «ordinaire»

²⁹⁰ *Supra* note 2 s.v. «ordinaire».

²⁹¹ Il s'agit fondamentalement de l'A.U.A et du C.p.c. Dans certaines législations comme le droit français, la sentence arbitrale est susceptible de faire l'objet d'appel à moins que les parties y aient renoncé dans leur convention d'arbitrage. Voir à cet effet, l'article 1482 du code de procédure civile français qui dispose que : «La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la

semble admise par le législateur aussi bien dans le cadre de l'Ohada qu'au Québec. En effet, l'acte uniforme prévoit expressément en son chapitre V, une partie entière sur le recours contre la sentence arbitrale, toute chose à laquelle pourvoit également le chapitre VIII du livre VII du C.p.c. Ces dispositions fixent entre autres, les conditions suivant lesquelles, il serait tout à fait avisé de demander que la sentence soit annulée.

Ainsi, on peut soutenir que pour les législateurs Ohada et québécois, la sentence arbitrale apparaît comme une solution à un litige qui est normalement protégée des recours de droit commun. Cependant, elle ne saurait jouir d'une « immunité » absolue. Le recours en annulation contre la sentence arbitrale est en ce sens, une création ou une reproduction juridique adaptée à la particularité de l'arbitrage dont le but est de l'amener à ne pas contrarier les principes fondamentaux de la justice que même sa situation de justice privée ne saurait l'en exonérer.

Au regard de cette constatation, il importe de relever que le recours en annulation contre une sentence arbitrale peut être perçu comme le recours ordinaire que la loi a estimé adapté à la situation de la sentence arbitrale. La nature de la sentence arbitrale qui n'est pas une décision judiciaire ne saurait autoriser qu'elle puisse faire l'objet d'appel, d'opposition, ni de pourvoi en cassation²⁹². La présence de ce recours garantit donc en quelque sorte, les droits de la défense, car celle-ci devrait pouvoir s'en servir contre toutes dérives grossières des arbitres.

Prévoir de façon formelle, un recours contre la sentence arbitrale, contrarie en grande part, l'article 23²⁹³ de la loi uniforme Ohada et 945. 4 du C.p.c. Cela est de nature à réduire la force de la sentence arbitrale dont l'exécution est suspendue jusqu'à ce que le juge de l'État se prononce sur la cause²⁹⁴. Finalement, lier le sort de la sentence à une

convention d'arbitrage. » Cela peut démontrer d'une autre perception de la nature de la sentence arbitrale que l'on pourrait valablement appréhender comme une décision de premier ressort.

²⁹² Art. 25 A.U.A al. 1

²⁹³ «La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.»

²⁹⁴ Lorsque l'arbitrage est procédé conformément au règlement de la C.C.J.A, cette juridiction est compétente pour accorder l'exéquatur conformément à l'article 30 du R.A.

décision de droit commun, de même qu'à ses règles de procédure aboutit à ralentir le processus d'arbitrage et à lui faire perdre son efficacité liée au temps, car, la sentence rendue par le juge de l'État, n'est pas définitive, vu qu'un pourvoir formé exclusivement devant la C.C.J.A est ouvert.

L'article 26 de l'acte uniforme Ohada et 946.4 C.p.c fixent les cas ordinaires du recours en annulation d'une sentence arbitrale. À l'analyse de ces dispositions, on peut se rendre compte que les différents législateurs ont fondé principalement la validité du recours sur des règles formelles. Ces articles permettent donc de comprendre, dans une large mesure, la volonté de donner à l'arbitrage toute compétence pour statuer sur le problème au fond et d'y exclure l'intervention du juge de l'État. Des distinctions sont cependant apparentes malgré tout entre le droit adopté par ces deux juridictions.

Des conditions prévues par l'acte uniforme du 11 avril 1999, seule l'exigence de motivation nuance la volonté d'exclusivité²⁹⁵ reconnue à l'arbitrage. On peut se demander si, procéder à l'étude de la motivation d'une sentence arbitrale en elle-même n'est pas susceptible de recouvrir une question de fond. En effet, la contrariété des motifs s'analyse en un défaut de motivation. Or, cette question de la contrariété est fondamentalement liée au fond du droit. Très certainement, c'est conscient de cette réalité que le législateur Ohada a décidé que les décisions prises par la C.C.J.A ne seraient pas motivées, à tout le moins que leurs motivations ne seraient pas communiquées²⁹⁶.

Cette exigence de motivation n'est cependant pas admise en droit québécois comme cause d'annulation de la sentence arbitrale. Pourquoi ? En droit québécois, le rapport à la motivation de la sentence arbitrale est assez mitigé. En effet, la motivation est susceptible de participer à garantir le principe du contradictoire, lequel est une condition impérative de la validité d'un contrat et un principe de justice naturelle. Cependant, il est lié à l'obligation d'information dans le cadre des conditions impératives de l'article 946.4 et à l'obligation de motivation. En conséquence, bien que l'article 945.2 exige de la sentence

²⁹⁵ *Supra* note 37 à la p. 145.

²⁹⁶ Art. 1.1 R.A.

arbitrale qu'elle soit motivée, le défaut de motivation ne siège pas parmi les conditions impératives de validité de cette sentence. Partant, on ne saurait aisément soutenir que dans le droit de l'arbitrage au Québec, le défaut de motivation entraîne automatiquement annulation de la sentence arbitrale²⁹⁷.

Ce choix du législateur québécois, au contraire de son homologue de l'Ohada, n'est-il pas en réalité une méthode pour surmonter la contrariété des motifs comme moyens d'annulation de la sentence arbitrale? À l'évidence, en privant le justiciable de ce moyen d'annulation, le législateur prive par la même occasion, le juge de l'État consulté de s'intéresser au fond du droit. Ce qui lui permet de s'en tenir aux caractéristiques de l'arbitrage dont l'un des éléments essentiels est d'éviter que le juge de l'État ait à statuer sur l'affaire au fond. Ces cas ordinaires peuvent être synthétisés dans les tableaux 1 et 2.

Règles communes OHADA (Acte uniforme relatif à l'arbitrage du 11 avril 1999) QUÉBEC (C.p.c)	- Absence de convention d'arbitrage ou convention nulle ou expirée; (art. 26 A.U.A ; art. 946.4 au para. 1° et 950 au para. 1 C.p.c)
	- Composition irrégulière du tribunal arbitral ou désignation irrégulière de l'arbitre unique ; (art. 26 A.U.A ; art. 946.4 au para. 5 et 950 au para. 5 C.p.c)
	- Non-respect du principe du contradictoire ou obligation d'information (art. 26 A.U.A ; art. 946.4 au para. 3 et 950 para. 3 C.p.c)
	- Non-respect de la mission d'arbitrage (art. 26 A.U.A ; et 946.4 au para. 4 et 950 au para. 4 C.p.c)

Tableau 1 : Règles communes aux cas ordinaires d'ouverture en annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

²⁹⁷ Cette observation n'a pas empêché les juges Beaugard, Forget et Pelletier de la Cour d'appel de Montréal de prononcer la dépêche suivante dans l'affaire Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant Inc. (2008 QCCA 444 J.E. 2008-659) : «Une sentence arbitrale étrangère non motivée ne peut être reconnue au Québec parce qu'elle est contraire à l'ordre public.» Le juge Beaugard a donné ainsi le fondement de sa décision : «Dans un pays démocratique, on ne peut imaginer que le pouvoir judiciaire rende justice sans qu'il soit possible de vérifier que la décision n'est pas arbitraire.»

	Règles spécifiques à chacun des espaces
OHADA (art. 26 A.U.A du 11 avril 1999)	- Violation d'une règle d'ordre public international. ----- - Motivation de la sentence arbitrale.
QUÉBEC (C.p.c)	Invalidité de la sentence arbitrale. (Art. 946. 4 para. 2 et 950 para. 2).

Tableau 2 : Règles spécifiques au Québec et dans l'espace Ohada à une annulation de la sentence arbitrale.

À côté des cas ordinaires, des procédés plus exceptionnels peuvent tout aussi entraver l'exécution de la sentence arbitrale.

b. Les procédés exceptionnels d'annulation de la sentence arbitrale.

Comment peut-on appréhender les cas exceptionnels d'ouverture en annulation de la sentence arbitrale aussi bien dans l'espace Ohada qu'au Québec?

Si le droit de l'arbitrage tant dans l'espace de l'Ohada²⁹⁸, qu'au Québec²⁹⁹, a fait du recours en annulation le seul recours possible contre la sentence arbitrale, cette annulation n'est pas exclusivement issue de la procédure prévue lors de ces cas ordinaires d'ouverture. On a pu se rendre compte de l'existence de voies annexes pouvant aboutir à l'annulation de la sentence arbitrale dans un espace comme dans un autre. Cet état des législations étudiées nous permet d'évaluer la dimension de la protection dont jouit la sentence arbitrale de part et d'autre.

En droit Ohada, une procédure originale est mise en œuvre par le biais de l'article 29 du R.A de l'Ohada qui prévoit les conditions d'introduction d'un recours pour contester la validité d'une sentence arbitrale. Ce recours signifie tout au moins que la partie requérante n'entend pas reconnaître outre mesure, la sentence arbitrale et la force de

²⁹⁸ Art. 25 al. 2 A.U.A

²⁹⁹ Art. 947 C.p.c

chose jugée qui en découle. Ce recours « spécial » de l'Ohada, ressort exclusivement de la compétence de la C.C.J.A, qui doit statuer à la fois sur la reconnaissance de la sentence arbitrale et sur la force de chose jugée qui lui est déniée. Le rapport de ce recours à l'annulation de la sentence arbitrale se retrouve expressément à l'article 29.5 du R.A. En effet, ce texte stipule que le refus de reconnaissance de la sentence arbitrale et de la force de chose jugée a pour conséquence, l'annulation de la sentence arbitrale. Cette sanction est donc pour les protagonistes, l'enjeu principal de la procédure ouverte. Elle est de nature à faire gagner en temps les protagonistes engagés dans un arbitrage placé sous le règlement d'une institution autre que la C.C.J.A. C'est dire en clair qu'au lieu d'avoir recours à un juge étatique et de se voir assujetties aux règles de procédures de droit commun, les parties peuvent saisir directement la C.C.J.A, laquelle en tout état de cause a le dernier mot.

On peut observer aussi que le recours à la C.C.J.A contribue à consolider un point de droit, ce qui pourrait avoir un impact sur un éventuel recours devant le juge de l'État. Les juges étatiques seraient très certainement sensibles à la position de la C.C.J.A sur la question qui leur est soumise, car, le problème pourrait être en dernier recours reconduit devant la juridiction supranationale. Cela est très apparent dans le cadre des procédures conduites sous règlement de la C.C.J.A grâce au procédé de l'examen préalable avant le prononcé de la sentence par l'arbitre.

Le recours en contestation de validité de la sentence arbitrale partage avec la procédure en exéquatur, l'étude des conditions de validité de la sentence arbitrale. Mais, il s'en distingue sur certains points. Ce recours en contestation est une procédure contradictoire au contraire de la procédure en exéquatur³⁰⁰ qui est déclaratoire. En conséquence, le recours en contestation de validité peut-être bien perçu comme une action directe. De plus, une sentence déjà exécutée se trouverait conséquemment immunisée contre ce recours. Elle signifierait que la C.C.J.A reconnaît à la sentence arbitrale validité et force de droit. Et toute procédure en contestation de validité de la sentence serait inutile, voire aberrante.

³⁰⁰ Art. 30.2 R.A.

Le droit québécois ne semble pas avoir une telle approche du procédé de l'annulation de la sentence arbitrale. Il semble s'en tenir à une mécanique somme toute, classique. Au Québec, la procédure d'annulation de la sentence arbitrale est difficilement perceptible en dehors des voies ordinaires l'appréhendant comme un moyen d'action ou un moyen d'exception. En tant que moyen d'action, elle s'obtient par requête adressée au tribunal étatique³⁰¹. En guise d'exception, ce moyen intervient en réaction à une procédure visant à homologuer la sentence arbitrale et la rendre conséquemment revêtue de la force obligatoire. Ainsi, en dehors de la requête en annulation et de la défense à homologation, la question de l'annulation de la sentence ne saurait avoir cours en droit québécois. Chose qui dénote d'une bien meilleure protection de la décision arbitrale, car, les parties ne sauraient multiplier les procédures pour invalider la sentence de l'arbitre.

Cependant, en contexte d'arbitrage international, la sentence semble moins protégée au Québec. En effet, en réétudiant suivant les conditions prévues à l'article 950 du C.p.c, la validité de la sentence arbitrale, le législateur choisit d'annuler purement et simplement au Québec, l'exécution de toute solution arbitrale qui n'obéirait pas à sa compréhension du phénomène. Ainsi, les matières exclues en principe de l'arbitrage ne pourront voir leur exécution effective au Québec³⁰², même rendues dans un État où les lois autorisent une telle procédure. Cette volonté de « nationalisation » de la sentence avant son exécution peut prêter plus facilement le flanc à limiter ses effets juridiques et produire les mêmes conséquences que si celle-ci avait été annulée. Cela transparaît tout aussi par le fait qu'on retrouve sensiblement comme condition de validité de la sentence arbitrale, les mêmes exigences que celles élaborées pour l'homologation d'une sentence nationale. La procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales est donc suivant cette perspective, une projection sur la scène internationale, de la procédure nationale de l'homologation. Ce fut le cas avec la solution de l'arrêt Smart Systems Technologies Inc.

³⁰¹ Art. 947. 1 C.p.c

³⁰² Art. 949 C.p.c

c. Domotique Secant inc³⁰³. Toute cette représentation pourrait s'illustrer au moyen du tableau suivant :

Voies annexes d'annulation de la sentence arbitrale	
QUEBEC (art.949 C.p.c)	- Limites dues à la «nationalisation» de la sentence arbitrale internationale
	- Protection de l'ordre public.
OHADA	- Recours en contestation de validité de la sentence (art. 29.5 R.A)
	- Refus de l'exéquatur (art. 30.2 R.A)

Tableau 3 : Cas non ordinaires d'ouverture en annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada.

. Dans une perspective comparative, on peut percevoir la sentence Ohada comme jouissant d'une plus grande portée juridique, car, susceptible d'application immédiate dans les pays de l'espace. L'option élaborée par l'Ohada laisse suggérer que les règles d'annulation de la sentence arbitrale n'ont pas d'intérêt réel à demeurer dans un cadre national restreint. Cela converge bien avec l'idée parfois avancée que l'arbitrage est le droit commun du commerce international. Cela marque un fort progrès dans la perception que l'on a de l'arbitrage. Cette vision à l'analyse progressiste pourra contribuer à valoriser sur la scène internationale, la sentence arbitrale rendue en droit interne québécois. Cela nous amène d'ailleurs à postuler l'inutilité de distinguer un droit interne de l'arbitrage, surtout dans le domaine des affaires. Une introspection dans la jurisprudence de ces sphères nous permettra de mieux évaluer l'impact juridique de cette dimension internationale.

³⁰³ *Supra* note 132.

2. La portée jurisprudentielle des cas d'ouverture à annulation de la sentence arbitrale.

Des exemples tirés de la jurisprudence de nature à mettre en évidence la portée des cas d'ouverture de l'annulation de la sentence arbitrale sont choisis aussi bien en fonction des motifs invoqués par les parties en cause que par la décision retenue par les juges consultés. Cela parce que tous ces éléments participent d'une bonne compréhension du phénomène que nous étudions. Le choix de ces décisions n'épuise pas cependant la quantité de décisions dans lesquelles l'ont aurait pu rencontrer la substance de notre raisonnement sus évoqué. Cependant, l'idée est de pouvoir faire valoir qualitativement ces idées et non de recenser quantitativement la pluralité de décisions judiciaires dans lesquelles l'on pourrait les rencontrer. Cette attitude s'inscrit aussi méthodiquement dans un but de faisabilité³⁰⁴. Finalement, le résultat reste inchangé, car les idées valorisées ne sont pas liées à la quantité des décisions étudiées, mais à la force argumentaire de laquelle elles se dégagent.

En droit Ohada, l'affaire Monsieur D. G et Madame D. J c. SOTACI³⁰⁵ a contribué énormément à percevoir la mise en œuvre que l'on peut faire des règles prévues pour l'annulation de la sentence arbitrale. Au Québec, nous pourrions nous en tenir aux analyses des juges dans l'affaire Gestion Maraleaud inc. c. Microtec Sécuri-T inc.³⁰⁶

a. Affaire Monsieur D. G et Madame D. J c. SOTACI

L'affaire Monsieur D. G et Madame D. J c. SOTACI a permis de mettre en évidence un ensemble de questions qui soulèvent des difficultés pour les juges dans le cadre de la sollicitation qui leur est faite dans un processus arbitral en droit Ohada. Les problèmes

³⁰⁴ Nous restons convaincus que ce choix opérationnel puisse présenter des inconvénients dans la mesure où il y a un risque de laisser de côté certaines spécificités qui auraient pu émerger de quelques décisions particulières. Nous pensons cependant que ce ne soit pas le cas ici vu que notre question de recherche vise les règles de l'annulation de la sentence arbitrale. Le rapport à une décision ne viendrait qu'en guise d'appui à la lecture faite de ces règles.

³⁰⁵ *Monsieur D' G et Madame D. J c. SOTACI* 2003, arrêt n°010/2003 du 19 juin, Ohadata J-04-108.

³⁰⁶ *Gestion Maraleaud Inc. c. Microtec Sécuri-T Inc.* 2005 CanLII 6011 (QC C.S.)

dans cette cause ont concerné entre autres, la compétence du juge de l'annulation, la mission de l'arbitre, et la renonciation par les parties à tout recours.

Dans cette affaire, la Société de transformation industrielle de Lomé (STIL), représenté par Monsieur D. G et Madame D. J, avait cédé pour 850.000.000 F CFA, ses actions à la SOTACI. Les parties avaient convenu de déduire de ce montant le passif net de la société estimé provisoirement à 350.000.000 F CFA. Après le bilan établi par le cabinet Afrique Audit et Consulting, le passif net de la STIL a été fixé à 199.790.811 F CFA. Les époux D. ont donc, conséquemment au contrat qui les lie à la SOTACI, demandé le versement du reliquat du prix de cession des titres, établi à 100.209.189 F CFA. Devant le refus de la SOTACI de s'exécuter, les époux D. ont saisi la C.A.C.I³⁰⁷ aux fins d'arbitrer ce différend. La C.A.C.I a fait droit à l'entièreté de leur réclamation. La SOTACI a saisi la Cour d'appel d'Abidjan qui a procédé à l'annulation de la sentence arbitrale. Les époux D. se pourvoient devant la C.C.J.A. Que nous enseigne cet arrêt quant aux cas d'ouverture ?

Dans cet arrêt, les problèmes abordés nous permettent de saisir certaines réalités édifiantes. En effet, en raison de la multitude des pays au sein de l'Ohada, la C.C.J.A peut rencontrer des difficultés quant à la désignation du juge de l'annulation qui peut changer d'un pays à un autre. La saisine de la Cour d'appel de Côte d'Ivoire directement par la SOTACI peut sembler ici incongrue, car, elle ferait penser que la sentence arbitrale soit une décision de premier ressort, susceptible d'appel. Or, il est avéré qu'une fois rendue, la sentence étant revêtue de l'autorité de la chose jugée, elle reste bel et bien une décision de premier et dernier ressort. La saisine de la Cour d'Appel n'aurait pas dû avoir lieu tout aussi parce que la sentence arbitrale est insusceptible d'appel.. Les requérants en saisissant la Cour d'appel, considère le tribunal arbitral comme une juridiction de premier degré, placé dans un lien hiérarchique avec la Cour d'appel. Ce qui à l'évidence ne semble pas être le cas. Cela s'explique aussi par le fait que le pouvoir du juge d'appel de statuer à la fois sur la forme et le fond du droit ne peut être de mise dans le cas de l'arbitrage. Il doit s'en tenir exclusivement aux règles de forme.

³⁰⁷ Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire, établie à la Chambre de Commerce et d'industrie du pays.

En dénonçant cette erreur juridique et en requérant la compétence du président du Tribunal de première instance, juge des requêtes, les époux D. s'inscrivent dans la logique juridique qui limite l'intervention du juge de l'État à étudier exclusivement les conditions de formes qui ont accompagné la sentence rendue en arbitrage. Ainsi, la saisine du juge judiciaire dans une cause qui a débuté par un processus arbitral, en dehors des conditions de saisine posées par la loi, est le début d'une nouvelle procédure qui en principe devrait être distincte de la procédure arbitrale.

Ce problème de désignation du juge de l'annulation, au regard de la condition juridique distincte entre le Québec et l'Ohada, peut présenter peu d'intérêt dans le droit québécois. En effet, la difficulté de désigner le juge compétent pour intervenir dans la cause arbitrale si besoin, est atténuée par l'unicité des règles de procédure civile du Québec. Le justiciable aura donc une seule référence en la matière, le C.p.c. Les règles de droit commun sont donc celles de détermination du juge à saisir. L'affaire sera portée devant le juge de la Cour supérieure dont la décision pourra éventuellement être réévaluée en seconde analyse en appel. Si par inadvertance, la Cour d'appel était saisie en premier lieu comme cela s'est produit dans la cause sus relevée, il est clair qu'analysée à l'aune de l'article 26 du C.p.c, une telle action aura peu de chances de prospérer du point de vue même de la forme. .

Une fois saisi ici, le juge de l'Ohada a eu à son tour, une attitude tout aussi particulière. On aurait pu s'attendre à ce que les membres de la C.C.J.A procèdent au renvoi de la cause devant le juge des requêtes compétent en l'occurrence le tribunal de première instance d'Abidjan³⁰⁸. Mais, ce ne fut pas le cas, car elle s'est saisie entièrement du dossier. Cette attitude dénote d'une volonté de la C.C.J.A d'accorder peu d'importance aux règles de procédure et de se servir de son rôle de juridiction supranationale pour trancher les causes elle-même de façon définitive. Bien certainement cela est une manière de gagner en temps et lui évite de pénétrer le droit de chaque État à la recherche d'une compétence pour laquelle l'exclusivité du pourvoi lui revient de droit.

³⁰⁸ C'est l'article 5 du Code de procédure civile ivoirien qui donne compétence au Tribunal de Première Instance pour connaître d'un tel recours.

Les justiciables doivent donc être plus alertes pour ne pas se limiter aux décisions des juridictions étatiques et de savoir qu'en matière d'arbitrage au sein de l'espace, la C.C.J.A reste un outil incontournable, de dernier ressort. Il y a donc peu d'intérêts à saisir au préalable les juridictions étatiques. La C.C.J.A, une fois saisie ne s'intéresse pas à leur compétence, mais tranche souverainement le problème à elle soumis.

Le point de vue de la C.C.J.A sur le caractère non écrit d'une éventuelle renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale amène à comprendre que selon la loi communautaire de l'Ohada, il s'agit d'un recours d'ordre public. En effet, bien que le règlement d'arbitrage de la CACI postule de la renonciation³⁰⁹ à toutes formes de recours contre la sentence arbitrale, la C.C.J.A considère une telle disposition comme non écrite, car, elle se place à l'antithèse de la loi uniforme communautaire. La recevabilité en la forme du présent recours tranche définitivement sur ce point.

Dans une approche comparative, l'article 940 du C.p.c s'inscrit dans cette même logique du caractère d'ordre public du recours en annulation. Il semble qu'au sein de ces juridictions, le recours en annulation soit le gage de la préservation des droits de la défense. Cependant, on peut soutenir ici l'idée suivant laquelle, cet arrêt permet de comprendre que la clause compromissoire parfaite est bien admise en droit québécois. Sur ce point précis, si l'on s'en tient aux propos du professeur Brierley³¹⁰, l'arrêt Zodiak international Productions c. Pologne permet de savoir que la clause compromissoire parfaite comporte deux obligations fondamentales, incompressibles, à savoir l'obligation du recours à l'arbitrage et la reconnaissance par les parties que la sentence arbitrale à intervenir liera les parties et sera « finale³¹¹ ». Or, transposée dans le droit Ohada, cette seconde obligation du caractère définitif de la sentence arbitrale est remise en cause par le présent arrêt de référence au regard même des dispositions uniformes supranationales qui font du recours en annulation un recours d'ordre public. D'où l'inopérabilité manifeste de la clause compromissoire parfaite en droit de l'arbitrage Ohada.

³⁰⁹ Art. 30 du règlement d'arbitrage de la CACI.

³¹⁰ *Rodrigue c. Loisel*, (2004) CanLII 49178 (QC C.S.) au para 14.

³¹¹ *Ibid.*

La C.C.J.A à travers cet arrêt de principe a aussi analysé la portée de la mission de l'arbitre. L'une des recommandations fermes du règlement d'arbitrage, c'est que l'arbitre saisi se conforme à la mission qui est la sienne. Dans cet arrêt, la C.C.J.A a été confrontée au point de savoir si l'arbitre devrait statuer en amiable compositeur ou non. La source de l'arbitrage en amiable composition doit être exempte de toute ambiguïté. En clair, tout comme la convention d'arbitrage ne saurait être implicite, la convention autorisant l'amiable composition ne peut qu'être l'émanation d'une interprétation objective, explicite. C'est dire qu'ici, la volonté des parties ne saurait être tronquée et fait partie des préoccupations du législateur Ohada. En somme, se conforme à sa mission l'arbitre qui ne statue pas en amiable composition au motif qu'une telle exigence n'est pas clairement établie par la convention d'arbitrage.

L'arrêt *Zodiak International Productions c. Pologne* a favorisé au Québec, une évolution du droit de l'arbitrage dans ce sens³¹².

La décision rendue dans l'affaire *Gestion Maraleaud inc. c. Microtec Sécuri-T inc.* dans la jurisprudence québécoise peut nous permettre tout aussi d'évaluer l'évolution du droit de l'annulation de la sentence arbitrale dans sa juridiction.

b. L'affaire *Gestion Maraleaud inc. c. Microtec Sécuri-T inc*

Dans cette affaire, les sociétés *Gestion Maraleaud inc.* et *Microtec Sécuri-T inc* ont décidé de s'associer dans la mise sur pied d'un programme d'assurance au bénéfice des abonnés de *Microtec*, laquelle œuvre dans le domaine de la surveillance résidentielle et commerciale. Suivant leur accord, la survenance de tout litige serait réglée par négociation ou définitivement par voie d'arbitrage placé sous l'égide du Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec³¹³. Puisqu'un litige est survenu en 2002 en février 2002, une sentence arbitrale est rendue le 15 juin 2004 par Me

³¹² *Ibid.* Dans cet arrêt, la Cour suprême a admis que la clause compromissoire parfaite se distingue notamment «d'une clause qui serait purement facultative. Elle se distingue aussi d'une clause dite préjudicielle ou d'arbitrage préalable qui oblige les parties à soumettre leur dispute à l'arbitrage, mais qui n'exclut pas le recours aux tribunaux de droit commun une fois que l'arbitrage a eu lieu.»

³¹³ Ce centre est aujourd'hui le centre canadien d'arbitrage commercial (C.C.A.C).

Serge Kronstrom, Me Alain Létourneau et Me André Verge, arbitres nommés pour entendre le différend.

Devant la carence de Microtec à s'exécuter, Malraleaud demande l'homologation de la décision et se trouve confronté aux griefs de Microtec qui reconventionnellement exige l'annulation de la sentence arbitrale après refus de l'homologation. Suivant la décision du tribunal, les griefs relevés par Microtec visent le fond du différend et ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation de la sentence arbitrale.

Dans cet arrêt, on comprend que dès lors qu'une partie dans sa réclamation s'éloigne des conditions fixées par les dispositions de l'article 946. 4 du C.p.c, les juges sont prompts à rejeter son recours. C'est dire que l'annulation de la sentence arbitrale ne peut être due à une question de fond, mais manifestement elle concerne la forme suivant laquelle l'arbitre va s'y prendre pour aborder le problème qui lui est soumis. On peut donc observer à ce sujet que pour le juge de l'État, la forme l'emporte sur le fond. Il est un juge procédural en tant que garant des principes de justice naturelle. Cela implique que le juge puisse valablement établir la ligne de démarcation entre la forme et le fond du droit, ce qui ne peut que s'évaluer in concreto dans une décision spécifique. L'interdiction faite au juge de s'empêcher de connaître du fond du droit autorise donc que le juge puisse rendre une décision au seuil du fond de l'affaire, sur la question de son incompétence.

L'une des particularités de cet arrêt est sa reconnaissance de l'orientation que la loi québécoise a entendu donner au droit de l'arbitrage dans la province. Ainsi, sur fondement des propos du juge Bisailon³¹⁴, il est admis que le législateur « a voulu favoriser le recours à l'arbitrage, en faire un outil que les parties auraient avantage à utiliser lorsqu'elles veulent éviter les processus de révision et d'appel, avec les délais qu'ils impliquent. Il s'agissait de promouvoir un mode expéditif et rapide pour solutionner des litiges sans qu'il y ait appel et dont la décision soit finale³¹⁵.» Cette orientation qui semble en tout état de cause comparable à celle du législateur communautaire de l'Ohada

³¹⁴ *Supra* note 306 au para 13.

³¹⁵ *Ibid.*

pourrait également être intéressante dans la justification de l'incompétence avérée des Cours d'appel l'espace Ohada quant à statuer directement sur les sentences rendues en arbitrage.

Cet arrêt permet tout aussi aux parties de comprendre ce qu'elles peuvent ou non attendre d'un juge de l'État dans une cause précédemment soumise à arbitrage. Trivialement, on peut avancer que les parties dans une cause arbitrale ne sauraient «vouloir le beurre et l'argent du beurre³¹⁶». Le choix opéré en faveur de l'arbitrage a des conséquences juridiques qui limitent les règles de procédure à celles de la justice naturelle. Elles permettent tout aussi à l'arbitre d'interpréter le droit en fonction de toute situation qui peut lui paraître importante dans la cause. L'arbitre a donc une liberté d'approche qui semble plus importante que celle du juge ordinaire de l'État. C'est en raison de cette réalité et de la particularité du recours en annulation que le Juge Jacques Blanchard dans la présente cause a réfuté ce qu'il considère comme des « allégations classiques³¹⁷ » de la part de Microtec. C'est comprendre tout ce qui pourrait dans une procédure de droit commun emporter l'annulation d'une décision de justice n'est pas une garantie d'annulation de la sentence d'un arbitre. Il est ainsi clair que par le choix de l'arbitrage, les parties sont censées avoir fait le deuil de toutes «allégations classiques.»

L'étude des pouvoirs des autorités saisies dans le cadre du processus de l'annulation participe aussi de la compréhension des conditions réelles de l'annulation d'une sentence arbitrale.

B. Les pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale.

Comment peut-on appréhender les sources et portée jurisprudentielles des pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale?

Cette sous-question nous amène à analyser comparativement les règles de pratique régissant ces pouvoirs. Ces pouvoirs tirent leur origine des règles organisant le domaine.

³¹⁶ Expression française signifiant vouloir gagner sur tous les plans.

³¹⁷ *Supra* note 306 au para. 17.

Ce qui nous permettra donc de comparer leur pertinence dans chacune des sphères étudiées. L'étude des pouvoirs est donc celle des règles, sources de ces pouvoirs. Notre raisonnement sur ce point va adopter la double démarche de la détermination des sources de ces pouvoirs et de la portée jurisprudentielle qui s'en ressent et qui participe de son évaluation.

1. Les sources des pouvoirs des autorités de l'annulation.

Les sources des pouvoirs des autorités de l'annulation peuvent être liées à la qualité des juridictions saisies, mais aussi à l'objet du litige.

a. La saisine de l'autorité de l'annulation de la sentence arbitrale.

Rechercher les sources des pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale implique de connaître ces autorités dans chacune des sphères de juridiction qui concernent notre étude. La qualité de ces acteurs peut rejaillir sur les actes pris par eux. À cet effet, l'identification de ces autorités en droit québécois peut sembler plus simple en raison de l'inexistence du contexte communautaire observé dans le cadre du droit Ohada. Dans cette dernière juridiction, la coexistence des autorités communautaires et des autorités judiciaires nationales doit être prise en compte. Et cela, parce que le droit Ohada partage entre ces différentes autorités, des compétences dans le cadre de l'annulation de la sentence arbitrale.

Au Québec, le juge de l'annulation de la sentence arbitrale statue sur requête ou dans le cadre d'une procédure en homologation³¹⁸ de la sentence arbitrale. Qui est ce juge? Cette interrogation est importante, car, la perception de la requête est différente dans l'une et l'autre de nos juridictions d'approche. En effet, en droit québécois, la requête introduit en principe l'instance³¹⁹ et a pour but d'obtenir une décision rendue contradictoirement. Le juge qui doit connaître de l'affaire statue seul. La collégialité n'intervient qu'en cause d'appel. Le juge de l'annulation de la sentence arbitrale va donc changer au gré des étapes de la procédure en annulation. Il est en première instance, le juge des requêtes qui

³¹⁸ Art. 947. 1 C.p.c. La procédure d'homologation est aussi une procédure sur requête.

³¹⁹ Art. 110 C.p.c

est un juge ordinaire de la Cour supérieure³²⁰. La décision qu'il rend sur annulation peut faire l'objet d'appel devant un collège de juges de la Cour d'appel qui à cette étape peuvent réviser la décision du premier juge. Ce pouvoir de révision est finalement de nature à placer les juges de la Cour d'appel dans un rôle de juges de l'annulation de la sentence arbitrale selon qu'il confirme ou infirme la décision du premier juge.

La décision d'annulation ou de reconnaissance de la sentence arbitrale subit en ce sens le même sort procédural qu'une décision de droit commun. On pourrait donc dire qu'en droit québécois, l'annulation d'une sentence arbitrale est une décision de droit commun. Car, si la sentence elle-même ne peut être frappé d'appel ni de pourvoir en cassation³²¹, la décision statuant sur l'annulation elle n'échappe pas à ces règles générales de droit. Ainsi, du fait que la procédure en annulation est un débat sur la forme du droit, le juge a sur ce point tous les pouvoirs qu'il aurait eu sur une question de forme dans une cause de droit commun. Le débat mené devant le juge sur les problèmes de formes lui laisse tout pouvoir pour se comporter comme en matière de droit commun.

Dans le cadre du droit Ohada, l'annulation de la sentence arbitrale requiert aussi l'intervention du juge étatique quelque soit le cadre dans lequel se déroule le processus arbitral. En règle générale, cette compétence échoit aux tribunaux de droit commun. Cette procédure ne sera pas toujours introduite par voie de requête, car cette procédure peut être limitée aux « petits conflits »³²². La particularité de la requête, dans la plupart des pays de l'Ohada, au contraire de l'assignation, c'est qu'elle ne requiert pas la collégialité et autorise le juge à statuer sur ordonnance. Cette procédure sera peu utilisée pour ouvrir l'action en annulation dans les pays de l'espace Ohada. Ainsi, s'il y a peu de chances que le recours en annulation puisse être à priori l'œuvre d'une instance collégiale statuant en premier ressort en droit québécois, cela semble être le principe en droit Ohada. Ici,

³²⁰ Art. 31 C.p.c

³²¹ Art.945. 4 C.p.c

³²² Voir à cet effet, l'art. 32 du Code de procédure civile ivoirien; art. 104 du code de procédure civile du Burkina Faso; certains pays comme le Sénégal ne semblent pas partager cette limitation de la requête et offrent alternativement et suivant les mêmes conditions, la possibilité d'introduire une cause soit par requête, soit par voie d'assignation à comparaître.

l'assignation à comparaître ouvre en principe l'instance en raison de l'intérêt très souvent élevé dans les causes en arbitrage³²³.

La force des pouvoirs du juge de l'annulation peut ici être influencée par les conditions de l'instance, car, un juge statuant seul aura en pratique, une possibilité d'action plus grande qu'un juge inséré dans un collège. Il aura une marge de manœuvre plus intéressante à l'analyse. On peut donc établir un parallèle entre le fondement de l'introduction d'instance et le pouvoir du juge de l'annulation de la sentence arbitrale dans le cadre de l'espace Ohada. Les pouvoirs des juges, en termes de possibilité d'action³²⁴, pourront être plus grands lorsque le recours en annulation est introduit par voie de requête, et ces pouvoirs seront mitigés quand le recours sera issu d'une assignation à comparaître, gage de collégialité.

On pourrait ici, au regard de la nature communautaire du droit de l'arbitrage, s'interroger sur le bien-fondé de la saisine du juge de l'État. En effet, même si sur la question de l'annulation de la sentence arbitrale le juge étatique rend dans son espace de compétence, une décision de premier et dernier ressort, le justiciable se voit octroyer malgré tout, la faculté de saisir la C.C.J.A à qui, il peut demander de réexaminer le respect des règles de forme dans le cadre du processus de l'arbitrage. Cette situation place la C.C.J.A dans une position d'autorité susceptible d'annuler la décision rendue sur demande en annulation par une sentence qui elle est définitive. D'ailleurs, la C.C.J.A une fois saisie peut même statuer directement sur la cause sans chercher à savoir si le juge national saisi était véritablement le juge compétent. On serait donc tenté de se demander pourquoi alors ne pas saisir directement la C.C.J.A. Cette saisine directe devrait être le fait de justiciables plus alertes.

³²³ Il y a lieu d'observer cependant, qu'historiquement en droit béninois, l'exéquat des sentences étrangères était portée devant le juge des requêtes statuant seul et dont l'ordonnance pouvait faire l'objet d'interjection en appel devant la Cour d'appel. (Bebohi Ebongo, «L'ordre public international des États parties à l'Ohada» en ligne : Ohadata D-08-63 à la p. 3.)

³²⁴ Lexis Larousse de la langue française, s.v. «pouvoir.»

L'objet du différend n'est pas non plus sans influence sur la nature des pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale. Elle contribue également à une évaluation des règles qui soutendent ce pouvoir.

b. L'objet du litige et les pouvoirs d'annulation de la sentence arbitrale.

La nature du pouvoir des autorités de l'annulation peut être aussi liée à l'objet du litige. En effet, le principe de la limitation de la compétence du juge de l'annulation de la sentence arbitrale aux règles de forme peut tomber devant des dispositions ou des cas d'ordre public³²⁵. Comment cette notion est-elle perçue dans l'une et l'autre des juridictions?

Dans le C.p.c, l'ordre public permet au juge de statuer *ex officio* et de refuser l'homologation d'une sentence arbitrale. Ce qui pourrait avoir pour conséquence de produire des effets identiques à une annulation de la sentence arbitrale. Cette appréhension de l'ordre public revient également au sein du droit communautaire de l'Ohada, mais d'une façon tout à fait différente. En effet, là où le C.p.c voit une règle d'ordre public, le droit Ohada entrevoit soit une règle d'ordre public international des États signataires du traité de l'Ohada³²⁶, soit simplement une règle d'ordre public international³²⁷. Ces notions sont-elles distinctes ou s'agit-il de simples esthétiques sémantiques?

En droit québécois, l'ordre public semble être entendu suivant une portée nationale ou au regard de l'intention législative. Il est lié à la nature démocratique de la société³²⁸ et protège ainsi un socle intangible. Les règles de justice naturelle par exemple y renvoient expressément. Certains juges y sont fondamentalement attachés et protègent ces règles même au contraire du droit établi. Ils entendent très certainement combler ainsi une

³²⁵ Art. 946. 5 C.p.c ; Art. 26 A.U.A et 30. 6 au para.4 RA.

³²⁶ Art. 26 A.U.A

³²⁷ Art. 30. 6 au para.4 RA

³²⁸ *Supra* note 306 au para 28 et 33

lacune de la loi³²⁹. L'ordre public est donc une notion qui ne saurait se départir du contexte social, économique politique et juridique de la province. On ressent, dans une certaine mesure, un sentiment national d'appartenance à des valeurs de justice établies.

La perception de l'ordre public dans l'espace Ohada ne semble pas être celle du juge québécois. En effet, la dimension internationale l'emporte ici sur l'aspect national. L'ordre public est d'abord évalué à la mesure de l'espace communautaire en pulvérisant toutes les frontières et leurs connotations nationales restrictives. Si en théorie, l'acte uniforme entend comprendre l'ordre public international suivant la perception des pays signataires du traité de Port-Louis, en pratique, le règlement d'arbitrage ne prend plus en compte cette distinction. Il n'établit aucune différence entre les États signataires et les États membres de l'espace dont le nombre est destiné à s'accroître dans le meilleur des cas. L'ordre public à protéger est dit-on un ordre public international.

À travers des exemples choisis dans la jurisprudence, nous pourrions approfondir l'impact de l'ordre public sur les pouvoirs des juges de l'annulation. Ces exemples participent d'une exemplification de l'analyse sus rapportée. Ils n'épuisent donc pas la jurisprudence sur la question des pouvoirs des juges de l'annulation. L'objectif ici est de pouvoir soutenir les idées évoquées dans notre analyse et de les rendre plus crédibles.

2. La portée jurisprudentielle des pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale.

La jurisprudence permet de se rendre compte de la portée que pourraient avoir les pouvoirs des autorités saisies en vue de l'annulation d'une sentence arbitrale et de se rendre compte des déconstructions qui peuvent avoir lieu quant aux procédés de justice en droit commun. Dans le cadre de cette recherche, nous choisissons de présenter deux arrêts de principes dans l'une et l'autre sphère de juridiction. Il s'agit au Québec de l'arrêt

³²⁹ L'affaire Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant Inc. est édifiante à ce propos, car les juges de la Cour d'appel de Montréal ont démontré par leur opposition à la décision du juge Daniel H. Tingley de la Cour supérieure qu'ils faisaient partie de ces juristes qui estiment que la fonction de juger doit suppléer la fonction de légiférer et le juge doit garantir les principes fondamentaux de la fonction de juger même devant la lacune de la loi.

Desputeaux c. Chouette et dans l'espace Ohada de la jurisprudence société J. et A. International Co c. Pdc (Parti démocratique de Côte d'Ivoire).

a. Desputeaux c. Chouette.

Le problème qui a opposé les protagonistes dans l'affaire Desputeaux c. Chouette a permis à la Cour Suprême du Canada de fixer l'étendue véritable des pouvoirs des juges lorsqu'ils sont consultés en vue d'annuler une sentence arbitrale. Elle a ainsi départagé les juridictions inférieures qui sur la question des pouvoirs des juges de l'annulation de la sentence arbitrale ont adopté des positions différentes. Il résulte des faits de la cause que le 1er septembre 1993, Christine L'heureux et Helène Desputeaux signent en qualité de coauteurs, un contrat de licence d'exploitation du personnage fictif Caillou avec les Éditions Chouette. Elles lui cèdent à cet effet, un ensemble de droits exclusifs. Confrontée dans l'exécution de ce contrat à des difficultés d'interprétation et d'application, l'affaire est confiée à un arbitre sur décision du juge Bisailon. L'arbitre, sur le problème qui lui est soumis, décide que les Éditions Chouette avaient les pouvoirs « de fabriquer, vendre et distribuer des sacs à dos, des marionnettes et des gants de toilette représentant le personnage de Caillou, de céder à Cinar le droit de produire des documents audiovisuels mettant en vedette Caillou et que l'éditeur était la seule personne autorisée à utiliser le personnage de Caillou sous toute forme et tout support, à la condition qu'un tribunal judiciaire convienne de la validité des contrats³³⁰.»

Dame Desputeaux demande l'annulation de cette sentence de Me Remillard devant la Cour supérieure. Le juge Guthrie ne retient aucun des arguments allégués dans la requête en annulation de la sentence arbitrale. La Cour d'appel prend le contrepied de la décision du juge de 1^{ère} instance et procède à l'annulation de la sentence litigieuse, entre autres motifs pris de ce que : « Lorsqu'un arbitre est appelé, dans le cadre de son mandat, à appliquer les règles d'ordre public, il doit les appliquer correctement, c'est-à-dire de la même façon que les tribunaux. La sentence pourrait donc être également annulée parce

³³⁰ Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc. [2001] R.J.Q. 945 au para 23.

que l'arbitre n'a pas appliqué ou mal appliqué les dispositions des articles 31 et 34³³¹.» L'affaire est portée devant la Cour suprême.

Des motivations invoquées devant la Haute Cour, le recours à l'ordre public apparaît essentiel, car, il met en exergue l'attitude souhaitée chez un juge lorsqu'on lui présente le motif de l'ordre public. Selon la perception du rapport entre l'ordre public et les pouvoirs du juge de l'annulation par les membres statuant de la Cour suprême du Canada, le motif « ordre public » ne devrait pas être à idéaliser. Les juges de la Cour d'appel auraient donc eu tort d'y voir le moyen de mettre entre parenthèses un principe fondamental comme l'autonomie de la volonté des parties. Cette attitude selon la même Cour violerait des principes cardinaux de l'arbitrage comme par exemple l'interdiction de connaître de l'affaire au fond³³². En clair, dans cet arrêt, les juges de la Cour suprême vont estimer que les pouvoirs du juge en raison de l'ordre public ne peuvent aller au-delà d'un regard sur « le résultat global de la procédure arbitrale³³³.» De plus, cette évaluation du résultat global qui en vérité, consiste à le mettre en parallèle avec l'environnement économique, politique, social ou juridique devrait se faire même automatiquement, car, la préservation de l'ordre public fonde l'office du juge.

Ils fixent ainsi la limite au caractère exceptionnel que peut avoir l'ordre public. Cette orientation des juges de la Cour suprême obéit à un souci de cohérence avec le législateur qui s'est inscrit dans une volonté de créer les conditions de développement de l'arbitrage. Cette volonté législative pourrait dans une certaine mesure être analysée à son tour d'ailleurs comme une question d'ordre public. C'est dire donc que le juge doit pouvoir faire la part des choses en identifiant pour un cas donné si l'ordre public invoqué devrait l'emporter sur celui de favoriser le règlement des litiges par la voie arbitrale. Cela pourrait participer à assainir le milieu des affaires, car, l'on peut s'imaginer combien les risques peuvent être importants pour la vie des affaires si toutes les questions réglées par

³³¹ *Ibid.* au para. 49.

³³² *Ibid.* au para 66. Selon la Haute Cour les motifs tirés des articles 33 et 846 du C.p.c ne peuvent prospérer relativement à l'élargissement des pouvoirs du juge de l'annulation sur la question du contrôle de la sentence arbitrale.

³³³ *Ibid.* au para 68.

arbitrage devaient revenir pour être rejugé par le juge de l'annulation de la sentence arbitrale.

En somme, le juge de la Cour suprême du Canada ne semble pas admettre *ipso facto*, un pouvoir exorbitant d'ordre général, du juge québécois, du simple fait que le litige porte sur une cause liée à l'ordre public. C'est dire donc que l'environnement contextuel ou législatif pourrait être habile à permettre que même en présence d'une question d'ordre public les pouvoirs des juges soient réduits à un strict contrôle minimum. Cela pour dire donc qu'en la matière les juges pourraient analyser les problèmes non plus de façon générale et impersonnelle, mais de façon spéciale et personnelle. Plus de soixante-dix-sept décisions de justice vont dans le sens des juges de la Cour suprême du Canada sur la question de l'impact que l'ordre public pourrait avoir sur le rôle des juges de l'annulation de la sentence arbitrale³³⁴.

De plus, l'environnement contextuel auquel se réfèrent les juges québécois de la Cour suprême est un environnement qui est propre au Québec. Cela pose la problématique de son rapport à un contexte international issu de l'extérieur. Si d'aventure, le juge québécois venait à motiver sa décision d'un ordre public de dimension internationale, cela pourrait être lié au fait que le Québec lui-même ait un intérêt précis dans cet environnement. C'est donc dire que le juge québécois pourrait avoir tendance à confronter l'ordre public international invoqué à celui restreint à la dimension du Québec pour se prononcer dans une cause.

En droit Ohada, les pouvoirs de la C.C.J.A sont finalement plus grands, car elle peut dans une affaire trancher sur le fond et libérer définitivement les parties. Le célèbre arrêt PDCI³³⁵ en être une preuve intangible.

³³⁴<http://www.canlii.org/eliisa/search.do?language=fr&searchTitle=Chercher+dans+les+collections+de+Ca+nLII&sortOrder=relevance&searchPage=eliisa/mainPageSearch.vm&text+=chouette+desputeaux++&id=&startDate=&endDate=&caselaw=courts>

³³⁵ Société J. et A. International CO c. Parti démocratique de Côte d'Ivoire (PDCI), Ohadata J-04-66.

b. Société J. et A. International Co c. Parti démocratique de Côte d'Ivoire (PDCI)

Des faits de ce problème, il ressort que la société J. et A. International Co. aurait commandé pour le compte du PDCI, dans le cadre de son cinquantenaire, 3.000 bouteilles de champagne, 2.500 bouteilles de vin rouge et 2.500 bouteilles de vin blanc. La convention passée entre la société J. et A. International Co. et le sieur Koffi Angama pour le compte du PDCI stipulait que ladite société vendrait ces marchandises étiquetées au logo du PDCI et réserverait aussi à cette dernière, une partie de son stock. Les parties ont conclu de résoudre leurs différends éventuels qui n'auraient pu trouver de solutions amiables, par la voie de l'arbitrage. La société J. et A. International Co. fait grief au PDCI d'avoir pris possession de ses marchandises et de les avoir écoulés et reversé le fruit de la vente sur les comptes du sieur Koffi Angama. Le PDCI nie tout intérêt dans la cause en raison de son statut de parti politique et demande d'ailleurs, la nullité de la convention comme signée par une personne non mandatée par lui. Au regard de ces faits, les juges de la C.C.J.A ont rendu la sentence suivante :

«Statuant contradictoirement, en matière d'arbitrage :

- Dit que le Tribunal arbitral est compétent pour connaître du litige;
- Dit que le Protocole d'Accord signé les 13 et 14 mai 1996 n'est pas nul;
- Dit que la clause compromissoire est valable;
- Dit que le PDCI est tenu par le Protocole d'Accord qui lui est opposable;

En conséquence,

- Déclare recevables et bien fondées les demandes de la J. et A. International;
- Condamne le PDCI à payer à la Société J. et A. International Co. :
 - la somme de 42.047.000 FCFA représentant le reliquat du prix des marchandises;
 - la somme de 12.576.000 FCFA, à titre de dommages-intérêts;
- Condamne le PDCI à payer les frais d'arbitrage évalués à 5.742. FCFA³³⁶.»

À l'analyse, cette décision rendue contradictoirement démontre comment les juges de la C.C.J.A ont étudié la question à la fois dans sa forme et dans son fond. Ils ont rejugué

³³⁶ *Ibid*

entièrement l'affaire déjà tranchée par un tribunal arbitral. Cela est d'autant plus intéressant que la sentence arbitrale préalablement rendue ne s'est pas faite sous l'égide de cette Haute Cour. L'occasion était donc belle pour se réapproprier le litige et le trancher une seconde fois. Il faut observer que bien que la C.C.J.A reconnaisse la compétence du tribunal arbitral et se range suivant sa position, cela n'a été que la conséquence d'une obligation faites aux parties litigantes de la convaincre une seconde fois de leur bon droit. Cette attitude de la C.C.J.A s'apparente à une annulation de la sentence rendue sous l'égide de la CACI pour la remplacer par une sentence de la C.C.J.A. La C.C.J.A n'a donc pas confirmé, à la vérité, la sentence arbitrale, mais elle en a rendu une autre toute similaire. La similarité des effets juridiques de la sentence arbitrale et de la décision de la C.C.J.A ne devrait pas faire perdre de vue, cet aspect des choses.

La critique ici exposée aurait été plus saisissante si la C.C.J.A avait eu à annuler la sentence du tribunal arbitral. La démarche empruntée par cette dernière aurait bien pu conduire à une telle conclusion, car elle fait fi de la procédure diligentée devant l'arbitre. Nulle part la Haute Cour ne mentionne dans sa décision, l'attitude de l'arbitre et les conditions de sa solution au litige. Elle se contente de réétudier la question comme si la procédure n'avait pas eu lieu. Or, il est d'obligation que le juge étatique de l'annulation ne doit pas étudier la question au fond. Mais, il faut certainement penser que la C.C.J.A ne se classe pas dans la catégorie des juridictions étatiques. Partant, elle se donne des pouvoirs plus accrus.

Cette approche permet de comprendre que la tendance chez certains justiciables serait de saisir la Haute Cour pour l'amener à connaître de nouveau leur affaire. Solution qui apparait à l'évidence efficace surtout lorsque l'arbitrage ne s'est pas déroulé sous l'égide de la C.C.J.A comme dans le cas présenté. Cette attitude tirée d'une exploitation des pouvoirs des juges de la C.C.J.A est d'autant plus importante vu que le recours en

annulation dans l'espace Ohada a un effet suspensif de la sentence rendue par le tribunal arbitral³³⁷.

En clair, si les pouvoirs du juge étatique, juge de l'annulation de la sentence arbitrale en première instance sont assez encadrés dans des limites favorables qui l'empêchent de connaître du fond de l'affaire, ceux du juge de la C.C.J.A peuvent être très élevés. Cette situation peut compromettre le développement de l'arbitrage et l'espoir placé par les parties dans ce processus. La crainte est présente que les juges de la C.C.J.A trouvent les moyens de contrôler fondamentalement tout processus arbitral non placé sous l'égide de leur institution. La célérité pour laquelle les parties ont dans une certaine mesure confié leur affaire à un règlement en arbitrage n'est plus un avantage, car le recours en annulation leur fait perdre du temps et corollairement de l'argent. Les systèmes en place devraient donc certainement valider les solutions proposées dans les règlements de certains centres comme la CACI qui excluent tout recours en annulation contre les arbitrages placés sous leur responsabilité.

C. Les effets juridiques issus de l'état du droit au Québec et dans l'espace de l'Ohada.

L'impact réciproque de l'état du droit de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans l'espace Ohada peut être évalué ici à travers le principe de l'internationalisation de la sentence arbitrale, la nécessaire limite des pouvoirs du juge public et la clarté de la loi autour de l'ordre public. Ces cadres de réflexion nous permettent encore de comprendre la portée des règles régissant l'annulation de la sentence arbitrale dans chacun de nos espaces de références.

1. Le principe de l'internationalisation de la sentence arbitrale.

On peut comprendre que la nature internationale par excellence de la sentence Ohada et la distinction entre une sentence nationale et une sentence internationale en droit québécois ne sont pas sans influence sur la portée de la protection contre l'annulation dont peut bénéficier ici la sentence arbitrale. Or cette protection est un gage du

³³⁷ Art. 28 A.U.A

développement de l'arbitrage. La sentence Ohada jouit de la plus haute protection au sein de son espace et cela, même si des textes essentiels en matière d'arbitrage comme celui de la convention de New York n'ont pas cours dans un pays membre. Cette situation dénote de la volonté du législateur Ohada de ne pas prêter le flanc à la défaillance due à des textes dont il n'aurait pas la maîtrise. Aussi rend-elle autonome l'espace dans une large mesure. Cette attitude de l'internationalisation de la sentence Ohada, même en l'absence de tout élément d'extranéité, vise tout en tout de cause, la sécurité juridique chère au législateur Ohada. Elle est le fait de la fiction juridique qui permet de considérer une situation comme existante, seulement pour en retirer des avantages recherchés. Elle représente une voie originale pour y parvenir. Le but ultime de cette internationalisation de principe, c'est de garantir l'efficacité de la sentence arbitrale en ce qui concerne son exécution.

Cette efficacité ne fait pas non plus défaut dans les enjeux liés au mécanisme de l'arbitrage au Québec. Cependant, il est clair que le droit québécois pourrait gagner énormément à éliminer la distinction classique entre arbitrage interne et arbitrage internationale en droit commercial. Une telle adoption de l'innovation suggérée par le droit Ohada peut s'avérer intéressante en termes des avantages économiques et commerciaux. Cela, car, il est vrai qu'à la base, le législateur québécois a intégré l'arbitrage dans le droit commun dans le but de «booster» la vie des affaires en suscitant une plus grande confiance chez les investisseurs même à l'étranger. Cela n'aurait pas de conséquences désastreuses sur le sort de l'arbitrage dit international en l'état du droit, car il pourrait jouir des mêmes prérogatives que l'arbitrage interne. Cela en raison de l'adage juridique : «qui peut le plus, peut le moins». C'est dire que le juge québécois serait donc moins enclin à réétudier une sentence définitive dès lors que son exécution est requise sur son sol. C'est la fin de la nationalisation d'une sentence avant son exécution. Conséquence immédiate, les sentences arbitrales gagnent beaucoup plus en efficacité. Pour consolider cette efficacité, il est tout aussi nécessaire de limiter les pouvoirs des juges publics.

2. De la nécessaire limite des pouvoirs des juges publics.

L'admission de la caractéristique de l'arbitrage qui impose au juge consulté de ne pas statuer sur le fond de la cause qui lui est soumise, permet de comprendre que sur la forme du différend, le juge étatique a tout pouvoir de contrôle. Il est au Québec, saisi par une requête introductive d'instance comme en droit commun. Ces pouvoirs, sur la question de la forme, sont ici les mêmes qu'en droit commun. Il est le garant des droits de la défense et guidé prioritairement par les principes de justice naturelle. En droit Ohada, face à la difficulté d'identifier dans l'ordre ordinaire, le juge à saisir d'une cause en annulation d'une sentence arbitrale et l'exclusivité de la C.C.J.A qui en dernier ressort statue de façon finale et définitive sur la question, on peut avancer que le véritable juge de l'annulation de la sentence arbitrale est le juge de la C.C.J.A. Cependant, les pouvoirs de ce dernier varient aussi en fonction de la volonté des parties. Les parties peuvent décider dans le cadre du recours en annulation ou en contestation de validité porté devant la C.C.J.A qu'elle va statuer sur le fond de l'affaire. Ainsi, la C.C.J.A est un juge de l'annulation dont les pouvoirs peuvent dans un processus arbitral être plus grands que celui du juge québécois de l'annulation de la sentence arbitrale. En réalité, lorsque les parties ont placé leur processus sous l'égide d'un centre privé d'arbitrage, la CCJA devient finalement comme un juge public dont il faut contrôler l'intervention qui peut être encombrante.

On note aussi cependant que de cette attitude « encombrante » de la C.C.J.A, il ressort un malaise qui pénalise le développement de l'arbitrage. On serait tenté de se demander si lorsque l'arbitrage n'est pas conduit suivant le règlement de la C.C.J.A, la confiance et la crédibilité placée en l'arbitrage n'en perdent pas de ce fait en valeur opérante pour les parties. Vraisemblablement, le droit en vigueur dans l'Ohada ne permet pas à la C.C.J.A d'avoir la même attitude lorsque le processus est ou non conduit sous sa responsabilité³³⁸. Là, elle pourrait être logiquement plus disposée à appuyer un processus qu'elle a elle-même engendré. La solution ne se trouverait-elle pas dans l'admission d'un

³³⁸ La procédure de l'examen préalable prévue dans le cadre de l'arbitrage Ohada permet aux sentences issues de tribunaux arbitraux cautionnés par la C.C.J.A d'avoir une caution morale en termes d'efficacité, d'effectivité de la sentence rendue.

caractère final et définitif de la sentence rendue afin qu'elle puisse échapper à la CCJA? Cette solution, prônée par plusieurs centres privés d'arbitrage, semble être le remède le plus approprié pour contourner l'inertie de la CCJA et même de toute autre juridiction «indésirée». Pour l'heure la CCJA s'y oppose en dépit de l'entêtement de certains centres qui semblent avoir compris son double jeu. Cependant, il semble à ce propos que la grande liberté en vigueur au Québec favorise une telle opportunité. Le législateur communautaire de l'Ohada pourrait donc s'inspirer de cet exemple pour revigorer son droit uniforme. Il devient tout aussi impérieux de clarifier le recours à l'ordre public dans la mesure du possible pour réduire le flou ahurissant à ce niveau.

3. La clarté de la loi autour de l'ordre public.

Dans le contentieux de l'annulation, l'ordre public n'est pas une donnée négligeable dans un espace comme un autre. Ainsi, si l'ordre public tout court, influence les pouvoirs des autorités de l'annulation de la sentence arbitrale dans la province du Québec et leur permet de prendre toutes mesures de protection des personnes et des biens, en droit Ohada, il s'agit de l'ordre public dans sa perspective internationale qui devrait pouvoir réaliser cet objectif. Dans une perspective réaliste, on serait tenté de se demander ce que recouvre véritablement cet ordre public international³³⁹ auquel l'Ohada se trouve tant attaché? S'agit-il d'une échappatoire pour permettre aux multinationales menacées par des sentences défavorables de se soustraire de la rigueur d'une loi nationale? S'agit-il d'un moyen de préserver un système économique mondial dont l'Ohada se fait le paravent? Toute cette incertitude fonde une insécurité juridique bien présente. Cela explique la raison pour laquelle cet ordre sera très souvent invoqué par les parties pour tenter d'obtenir l'annulation de la sentence arbitrale.

³³⁹ La question de l'ordre public international employé dans le droit Ohada renvoie pour certains auteurs fondamentalement à un ordre public communautaire qu'il distingue de l'ordre public identitaire. (Voir à cet effet, Assi Assepo, «L'ordre public international dans l'acte uniforme de l'Ohada relatif au droit de l'arbitrage» en ligne : (2007) ohadata D-09-02.) Cette construction de l'ordre public communautaire devrait pouvoir s'inspirer de l'ordre public transnational (Voir à cet effet, *Supra* note 323).

Une clarification de l'ordre public retenu orienterait les juges dans la connaissance des faits en lien avec la jurisprudence qui serait admise ou refusé dans une telle cause. De plus, les espaces qui voudraient s'inspirer des avantages liés à l'internationalisation de la sentence arbitrale pourront toujours être ainsi au fait de l'ordre public à respecter. Toujours est-il que la responsabilité professionnelle du juge est une donnée essentielle ici, car le rapport de l'ordre public à la cause étudiée doit toujours être établi. À défaut, l'efficacité de la sentence arbitrale pourrait s'en ressentir lourdement.

Conclusion

Au départ de notre étude, la question principale de la recherche avait été ainsi libellée : « *« quels sont les effets juridiques issus de la comparaison des règles d'annulation d'une sentence arbitrale selon les législations en vigueur au Québec et dans l'espace africain issu de l'Ohada? »* » Cette étude a donc été conduite selon la précompréhension que nous avions du phénomène et qui postulait que les problèmes liés à l'organisation de l'annulation sont abordés de manière identique sous les deux juridictions comparées, alors qu'ils divergent quant il est question de leur mise en œuvre. Une telle appréhension du phénomène est-elle, somme toute, fondée?

Certaines remarques finales peuvent être faites à la fin de ce travail de recherche qui pourrait mieux nous instruire sur le processus d'annulation d'une sentence arbitrale dans l'un ou l'autre espace étudié. Il apparaît que des différences et des similarités de l'annulation de la sentence arbitrale sont apparentes tant dans son organisation que dans son fonctionnement.

Cette observation nouvelle nous permet de dire que l'évolution du droit de l'annulation de la sentence arbitrale est sans nul doute, fonction du développement communautaire et provincial dans lequel se retrouvent l'une et l'autre de nos juridictions d'approche. L'Ohada, par son principe de supranationalité qui lui permet de surplomber seize États appartenant à des réalités politiques et juridiques pas toujours similaires semblent trouver son salut dans une volonté plus ou moins affirmée de s'aligner sur la vie économique mondiale. Au contraire, le droit québécois évolue dans un contexte où, l'idée de s'affirmer en tant que province qui compte, à tout le moins à travers des institutions fortes comme celles de la justice, est très présente. Ainsi, même si le rapport aux différents textes internationaux est observable et établi dans l'une et l'autre sphère étudiée, cela ne permet pas de donner toujours la même place aux caractéristiques de l'annulation de la sentence arbitrale.

De cette observation, on peut retenir aussi que le contexte bijuridique du Québec qui fonde la prépondérance du juge sensible à certaines valeurs juridiques issues de la

common law peut être une source d'évolution importante pour le droit de l'arbitrage Ohada. En effet, contrairement au juge Ohada, le juge québécois positionne la volonté des parties comme l'élément central du sort de la sentence déférée devant lui. Cela s'est compris clairement à travers certaines décisions comme celles de l'arrêt *Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant Inc.*. Cette ouverture d'esprit du juge sensible aux valeurs juridiques issues de la *common law* peut fortement contribuer au développement du droit Ohada dont l'ambition reste de s'étendre à tout l'espace africain. Dans une telle alternative qui exige de se départir du seul «droit civil» français qui domine le droit Ohada, les pays africains dont le droit est soumis à la *common law* pourraient donc inexorablement faire leur entrée dans l'espace de l'Ohada et s'y sentir plus en sécurité. Les hésitations, les atermoiements, n'auraient plus droit de cité. Le droit de l'arbitrage Ohada serait ainsi enrichi de toute la culture juridique en vigueur sur le continent. Par conséquent, il se donne les moyens de son ambition intégrationniste et de développement de la vie des affaires. La sécurité juridique serait bien présente au regard de la familiarité des juristes *common lawyers* aux prescriptions innovatrices. L'Ohada serait ainsi le droit continent auquel il se destine.

On peut comprendre qu'en raison de la culture bijuridique le droit de l'arbitrage connaisse au Québec, des sources d'inspiration ou des exploitations inexistantes en droit Ohada. L'intégration de principes issus de la *common law* participerait certainement à une plus grande sauvegarde de l'intégrité de la sentence arbitrale en droit Ohada. Elle avantagerait encore plus l'espace en participant à faciliter son élargissement aux pays africains appartenant à la *common law* et qui boudent encore l'organisme en raison de la domination du droit civil. Le Québec pourrait par contre, améliorer à travers le modèle d'indépendance de la CCJA son droit de l'arbitrage. En donnant une pleine autonomie à l'arbitrage à travers un organe spécifique, l'on accroît les chances de mieux exploiter les avantages issus du bijuridisme. Cette institution ne devrait donc pas se limiter aux principes de droit civil comme le fait actuellement la CCJA.

Du point de vue des valeurs philosophiques dans les juridictions étudiées ici, la question de la liberté peut être perçue comme l'enjeu majeur. En tout temps, l'expression de cette

liberté au niveau où la situe la loi positive, sera recherchée et mise en exergue. Cette liberté va d'ailleurs conduire pour l'essentiel, le rôle du juge dans le droit de l'arbitrage. À cette liberté chère au processus arbitral va aussi s'adjoindre un ensemble de valeurs qui du reste, lui sont corollaires. Il est question essentiellement des valeurs d'indépendance et d'impartialité des acteurs qui arbitrent le litige, des valeurs d'égalité et de confiance, le tout dans un esprit qui tend à consacrer la valeur de l'efficacité. De loin la valeur la plus importante, les autres lui étant corollaires, la liberté des parties recommande, voire même exige que le juge autorise que l'arbitrage qui va intervenir dans la cause ne soit sous l'emprise d'aucune forme d'influence. Il doit être indépendant et impartial. Le choix d'une partie sur la personne d'un arbitre ne saurait même corrompre une telle exigence. Cela sous-entend qu'une hiérarchie est établie entre les droits, sur l'étage de la liberté des parties. À ce sujet, s'il semble tout à fait admissible de renoncer au recours en annulation en droit québécois, cela est impossible dans l'espace Ohada et toute disposition à cet effet est réputée non écrite.

Le processus d'annulation de la sentence arbitrale a aussi permis de comprendre que lors de l'instance en annulation, le juge de l'État intervenant ne peut mettre entre parenthèses l'égalité qui valorise les parties et la confiance qui est supposée avoir guidé dès le départ leurs différents engagements. Il s'agit donc de vecteurs incompressibles qui fondent la légitimité du processus arbitral dans son ensemble.

Au sens historique, les rapports entre la justice arbitrale et la justice de l'État, par le courant du processus en annulation de la sentence arbitrale, est lié dans une bonne proportion à l'évolution internationale du droit de l'arbitrage. Et cela, à travers la convention de New York de 1958 et la loi-type de la CNUDCI. Cependant si dans ces rapports à l'extérieur, le premier texte a une valeur significative en droit québécois, en droit Ohada, cette valeur est relative. Elle prend en effet, du sens juste dans le cadre des relations entre un pays membre de l'Ohada et un territoire non membre comme le Québec. C'est dire qu'au sein du même espace de l'Ohada, ce texte est quasi inopérant dans la mesure où une sentence rendue dans un pays de cette organisation peut bien trouver dans les différents textes de l'Ohada, le moyen de se voir exécuter dans tout

l'espace. Cette situation interne à l'espace permet de surmonter les difficultés lorsqu'un pays membre de l'Ohada n'a pas encore ratifié la convention de New York.

Relativement au rapport du processus de l'annulation de la sentence arbitrale à celui tel que formulé dans le cadre de la CNUDCI, on pourrait y lire la marque du progrès que chaque juridiction a fait par rapport à l'évolution de son droit. À ce sujet, la CNUDCI a entendu être la plus flexible possible. Elle a élagué à ce propos, tout formalisme jugé inutile. Mais, les législations étudiées restent encore prudentes par rapport à cette attitude de la CNUDCI. C'est le cas du délaissement par celle-ci du caractère écrit de la convention d'arbitrage. Cela ne semble pas avoir aiguisé chez le législateur Ohada et celui du Québec, un intérêt particulier.

En ce qui concerne les fonctions des autorités d'annulation de la sentence arbitrale, elles sont de dimension administrative et juridictionnelle. On a pu se rendre compte que si les fonctions administratives sont en réalité de nature conservatoire, la fonction juridictionnelle est celle qui fondamentalement peut autoriser l'annulation d'une sentence arbitrale. Ces fonctions sont importantes dans la mesure où elles permettent de procéder au bon déroulement du processus arbitral et de surmonter un certain nombre d'obstacles.

Cet aspect de la question a pu être relié aux pouvoirs des autorités consultées en la matière. L'étude des pouvoirs a permis de se rendre compte dans un espace comme un autre que l'annulation de la sentence arbitrale ne pouvait s'obtenir aussi facilement en dehors des règles fixées par la loi. Cette réalité a permis de se rendre compte que même des motifs aussi insaisissables que l'ordre public sont difficilement admis en dehors de l'autonomie de la volonté des parties contractantes.

L'une des questions importantes sur laquelle pourrait nous projeter cette étude pourrait être par exemple de savoir si l'arbitre est ou doit être perçu comme un juge. Préoccupation qui postule de rechercher en réalité ce qu'est la fonction de juger? La tendance qui se dégage de l'appréhension du phénomène de l'annulation de la sentence arbitrale est que si sous certains aspects, l'arbitre doit être appréhendé comme un juge, pour d'autres questions, l'arbitre reste et demeure un arbitre point. C'est le lieu

d'expression des controverses culturelles, économiques, politiques et même sociales. L'exemple du sort de la motivation nous a bien servi ici d'appui à l'analyse.

La motivation est un principe de justice naturelle selon le discours en vogue en droit québécois et un principe général de droit garantissant les droits de la défense en droit Ohada. Cette exigence légale, en raison de sa place prépondérante en droit dans chacun des environnements, devrait pouvoir être capable d'avoir une influence identique sur le sort de la sentence arbitrale. Mais non, la motivation selon chacun des droits de l'arbitrage n'a pas le même impact sur la sentence rendue par l'arbitre. En droit Ohada, l'assujettissement de l'arbitre à ce principe essentiel a pour conséquence logique, l'annulation de sa sentence en cas de violation. Le législateur québécois dans sa vision développementaliste de l'arbitrage y a vu aussi un moyen d'assujettissement de l'arbitre certes, mais ne le retient pas comme facteur d'annulation de la sentence arbitrale.

Dans un sens plus profond, un souci de cohérence semble s'inscrire dans les choix des politiques. Dans l'exemple précédent, la rétention de la motivation rend quasi inopérante l'interdiction faite au juge de statuer sur le fond du différend, car, le moyen de recours le plus efficace, sous-jacent à la motivation est la contrariété qui pourrait en découler. Cette contrariété ne peut être résolue que par un véritable débat sur le fond du droit. Cela peut se comprendre en droit Ohada en raison du rôle de « *dinosaure* » de l'arbitrage joué par la C.C.J.A qui peut trouver bien aisément un moyen juridique pour accroître ses pouvoirs dans le processus arbitral. L'inexistence d'une structure comme la C.C.J.A au Québec, en droit de l'arbitrage, gouverne cette stratégie qui a pour finalité d'éviter tout débat sur le fond de l'affaire devant le juge de l'annulation de la sentence arbitrale.

Des règles de fonctionnement de la sentence arbitrale, on peut lire le rôle perturbateur que peut avoir le souci de garantir un ordre public, contrepartie non négociable dans le contrat politique de l'arbitrage entre l'État et les personnes privées. La remarque qui s'est dégagée et qui a influencé, sans commune mesure, notre hypothèse de recherche, c'est que l'insaisissabilité de l'ordre public rend tout aussi insaisissables les pouvoirs des juges garants de cet ordre. L'orientation politique vis-à-vis de la préservation de cet ordre a une valeur primordiale ici. On a pu dans une forte perception, se rendre compte de la volonté

de donner une définition québécoise à la notion d'ordre public au Québec. Le juge jauge le motif de l'ordre public à l'aune de la situation concrète de la province où la sentence est appelée à être exécutée. Cela semble trouver foi et raison dans l'existence d'une assise nationale caractérisée par la réalité d'un droit québécois de l'arbitrage dont la substance siège dans le code de procédure civile. Ce qui ne semble pas le cas en droit Ohada.

Dans l'espace communautaire africain de l'Ohada, la préoccupation telle qu'exprimée dans le droit de l'arbitrage est de «*suivre*» le maintien d'un ordre international. S'agit-il d'un ordre international africain ou d'un ordre international mondial? Le droit Ohada ne semble pas préoccupé par une quelconque différence sur cette question. Il semble cependant que la prise en compte de ce souci puisse être un élan de réflexion sur la construction de l'intégration souhaitée dans l'Ohada et qui entend d'abord et avant tout, se concrétiser à la mesure de l'Afrique. Cette précision sur ce point de l'annulation de la sentence arbitrale, serait tout aussi un tremplin dans une plus grande affirmation de l'Ohada en tant qu'organisation sur la scène internationale. L'Ohada ne devrait donc pas se cantonner dans un rôle de ralliement, mais dans une dynamique de conception d'un espace riche d'une prise en charge réelle de ses préoccupations économiques politiques et sociale. L'Ohada devrait se préoccuper pour tout dire d'un ordre public africain ou transnational africain avant d'envisager un ordre public simplement international ou mondial. Une telle orientation signifierait la préoccupation de l'organisation quant aux intérêts du continent. Cette situation témoigne par ailleurs d'un souci d'universalisation qui reste nécessaire dans la quête d'une sécurité juridique plus grande. Cette consécration universelle de l'ordre public africain participe au plan juridique de la construction de l'union africaine dont les africains semblent prendre de plus en plus conscience. Les enjeux économiques de ce défi juridique sont importants pour le développement de l'investissement en Afrique. Il rencontre ainsi le souci d'intégration à la base de la mise en place de l'Ohada.

En définitive, l'étude comparée montre que le droit de l'arbitrage ou mieux celui de l'annulation de la sentence arbitrale au Québec et dans le droit Ohada ne peut aboutir à une solution tranchée, rigide entre ces deux lieux. Le dialogue comparatif établi par le

biais de cette étude a permis de comprendre aussi que chacun de ces espaces peut inspirer sur des points précis, le développement de l'autre. Mais surtout, il a permis de connaître le droit de l'annulation, plus encore de comprendre que l'annulation de la sentence arbitrale, aussi bien dans sa conception que dans son évolution peut être similaire ou distincte dans un espace comme dans un autre. Le moyen de parvenir à cette annulation reste donc un facteur déterminant. Il permet en définitive de se convaincre de toute la problématique générée par les controverses que l'on pourrait observer au sein de la grande fonction de juger.

Bibliographie.

Lois, règlements, débats et autres documents officiels.

- *Acte final et convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Doc. Off. CNUDCI 1958.
- Acte uniforme Ohada sur le droit de l'arbitrage.
- *Annuaire de la Commission des Nations-unies pour le droit commercial international*, 1985, Vol XVI.
- *Code civil du Québec*
- *Code de procédure civile du Québec*
- *Code de procédure civile ivoirien*
- Doc. Off. CNUDCI, 1992, Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle - Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.
- Loi-type arbitrage CNUDCI sur l'arbitrage
- Règlement d'arbitrage de la C.C.J.A.
- Règlement d'arbitrage de la CACI.
- Règlement d'arbitrage de CAMEC
- Règlement d'arbitrage du GICAM
- Règlement d'arbitrage du CAMC-O.
- Règlement d'arbitrage du CAMC
- Règles nationales d'arbitrage, mis à jour le 1^{er} octobre 2008 (Institut de médiation et d'arbitrage du Canada).

- Québec, Assemblée Nationale, Journal des débats (29 mai 1986).
- United Nations Economic and Social Council – United Nations Conference on International Commercial Arbitration, *activities of intergovernmental and non governmental organisations in the field of international commercial arbitration* – report consolidated by Secretary general, E / Conf. 26/ 4 24 april 1958.

Jurisprudences.

- *Baribeau c. Trempe* (2008), canlii 456 (QCCS).
- *Compagnie des Transports de Man c/ Colina SA* (2002), [n° spécial, janvier 2003], C.C.J.A Recueil de jurisprudence.
- *Desputeaux c. Éditions Chouette* (1987) inc. [2001] R.J.Q. 945.
- *Gestion Christian Veilleux c. Chabot* (2006) canlii 6071 (QCCS).
- *Kaboré Henriette c. Société sahel compagnie (SOSACO)*, (2005) J-09-25 Ohadata (CA Ouaga., Ch. Civ et CCial (B.F.)).
- *Monsieur D. G. et 2°) Madame D. J. contre Société SOTACI* (2003), J-04-108 Ohadata.
- *Nikiforos c. Petopoulos*, (2007), 195 Canlii (QCCS).
- *Plomberie chauffage inc. c. Institution royale pour l'avancement des sciences* (2007), canlii, 2998 (QCCS).
- *Robert c. Lavigne*, (2002) CanLII 25050 (QC C.S.).
- *Rodrigue c. Loisel*, (2004) CanLII 49178 (QC C.S.)
- *Rosaire Tanguay et Johanne Picard c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.* (2001), REJB -25734.

- *Smart Systems Technologies Inc. c. Domotique Secant inc.*, (2008) CanLII 444 (QCCA).
- Société J. et A. International CO c. Parti démocratique de Côte d'Ivoire (PDCI), *Ohadata* J-04-66.
- *Yugraneft Corp. c. REXX Management Corp.* (2010) EYB 2010-174202, REJB.
- *Zodiac international Productions Inc c The polish People 's Republic*, [1983], R.C.S. 529

Dictionnaires.

- Denis Allard et Stéphane Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., Paris, Lamy puf, 2003.
- Hilarion Bitsamana, *Dictionnaire de droit Ohada*, en ligne *Ohadata* D-05-33.
- Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses Universitaires de France.
- Jean Dubois, dir., *Lexis Larousse de la langue française*, Paris, 2002.
- Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir., *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, Paris, Le Robert.
- Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, wilson et Lafleur, 2004.

- Articles, commentaires, notes.

- Narcisse Aka, «La pratique arbitrale en Côte d'Ivoire», en ligne : (2007) *Ohadata* D 07 13.
- Julie Allard, «Dworkin : une philosophie critique du jugement» *Revue internationale de philosophie* n° 233, (mars 2005).

- Roland Amoussou-Guenou «L'acte uniforme (sur l'arbitrage) et son environnement juridique» en ligne : (2001) *Ohadata* D-08-34.
- Assi Assepo, «l'ordre public international dans l'acte uniforme de l'Ohada relatif à l'arbitrage», en ligne : *Ohadata* D-09-02.
- Frédéric Bachand, «Arbitrage commercial – Assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres» *R.J.T* 35 (2001) 465.
- Christian Berner, « Aimer comprendre. Recherche sur les fondements éthiques de l'herméneutique de Schleiermacher» *Revue de Métaphysique et de Morale* n° 29 (janvier 2001).
- Bebohi Ebongo Sylvie, «L'ordre public international des États parties à l'Ohada» en ligne : *Ohadata* (2006) D-08-63
- Donald Béchar, «Homologation et annulation de la sentence arbitrale», *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, 1997, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc.
- Richard Boivin et Pierre Pic, «L'arbitrage international en Afrique : quelques observations sur l'Ohada», en ligne : (2002) *Ohadata* D-08-01.
- Pierre Boubou, «La notion de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitrage dans le droit Ohada» en ligne : *Ohadata* D-05-05.
- Radicati di Brozolo, «L'illicéité qui crève les yeux critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'Appel de Paris» *Rev. Arb* n° 3. 2005, 529.
- Fatou Camara, «Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère», *Rev. Arb* n°1 (1999). 45.

- Thomas E. Carbonneau, «Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences» *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 36 N°4. (Octobre décembre) 727.
- Stéphane Carre, «La Confidentialité dans le règlement amiable des litiges (Suite et fin).» *Petites affiches* n° 94 (08 août 1994).
- Alexandre Ciaudo, «Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés» *Petites affiches* n° 240 (2009) 3.
- N'gouin Claih, «L'exécution des sentences arbitrales et les voies de recours» : en ligne (2006) *Ohadata* D-07-11.
- Gérard Chabot, «De l'effet dévolutif de l'appel formé à fin d'annulation d'une sentence arbitrale», *Petites affiches* n°240 (02 décembre 2003) 11.
- René David, «Arbitrage et droit comparé» *revue internationale de droit comparé* n°1 (janvier-mars 1959).
- Delanoy, L. Christophe, «Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions» *Rev. Arb* n°2 (2007) 177.
- Michelle Cumyn, «Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité» *R.J.T* 41 (2007) 1.
- Louis DEGOS, «La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la convention d'arbitrage» *Gazette du Palais* n°114 (24 avril 2007).
- Olivier Després, « Guide pratique de l'arbitrage conventionnel sous l'autorité du Code civil du Québec et du Code de procédure civile du Québec comme mode approprié de résolution des conflits », Congrès annuel (2009), Barreau du Québec 2010.

- Bakary Diallo, «Réflexions sur le pouvoir d'évocation de la C.C.J.A dans le cadre du traité de l'Ohada» en ligne : *Ohadata* D-07-23.
- Kenfack Douajni, «La nécessité pour les arbitres originaires des pays en développement et en transition, de participer à la mondialisation de l'arbitrage» *Revue camerounaise de l'arbitrage* n° 3 (avril, mai, juin 2006) 33.
- Kenfack Douajni, «La notion d'ordre public international dans l'arbitrage Ohada» *Revue camerounaise de l'arbitrage* n°29 (avril, mai, juin 2005) 3.
- Kenfack Douajni, «Le juge étatique dans l'arbitrage Ohada», *Revue camerounaise de l'arbitrage* n°12 3. (janvier, février, mars 2001)
- Bebohi Ebongo, «L'ordre public international des États parties à l'Ohada» en ligne : *Ohadata* D-08-63.
- Onana Etoundi, «L'état de la jurisprudence de la C.C.J.A de l'Ohada», *penant* 865, 465.
- Alioune Badara Fall, «Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique» *Afrilex* n°3 (juin 2003).
- Philippe Fouchard, «Le système d'arbitrage de l'Ohada : le démarrage», *Petites affiches* n° 205 (13 octobre 2004) 52.
- Paul-A. Gélinas, «Commentaire», dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur Ltée, 1986.
- Anne Girard et Violaine Roussel, «Une question de confiance» *Raisons politiques* n° 10 (mai 2003) 171.
- Babacar Gueye et Saidou Nourou Tall, «Ohada Traité et actes uniformes commentés et annotés», Commentaires sous l'article 25 du traité Ohada, *juriscope* 2008.

- Sylvette Guillemard, «L'affaire Chouette : l'arbitre et l'interprétation d'un contrat en matière de droit d'auteur selon la Cour suprême du Canada» *Cahiers de Droit* 44 (2003) 99.
- Laurence Idot, «loi ivoirienne N°93-671 du 9 août 1993 relative à l'arbitrage» *Rev. Arb* n 4 (1994) 783.
- Joseph Issa Sayegh, «Conflit entre droit communautaire et droit régional dans l'espace Ohada» en ligne : *Ohadata* D-06-05.
- Joseph Issa Sayegh, «Introduction au traité et aux actes uniformes de l'Ohada», *Ohadata* D-02-17.
- Joseph Issa Sayegh et Paul Gérard Pougoué, «Communication : L'Ohada : défis, problèmes et tentatives de solutions» en ligne (2008) *Rev. dr. unif.* 455.
- Joseph Issa Sayegh et Paul-Gérard Pougoué, «L'Ohada : défis, problèmes et tentatives de solutions» : en ligne *Ohadata* D-09-26.
- Mathieu-Izorche, «approches épistémologiques de la comparaison des droits», dans Pierre Legrand, dir., *Comparer les droits résolument*, Paris, puf les voies du droit, 2009.
- Charles Jarrosson, «Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale» *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49 N°2. Avril-juin 325.
- Hugues Kenfack, «La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales», *Petites affiches* n° 252 (18 décembre 2003) 75.
- Pierre Lalive, «L'importance de l'arbitrage commercial international», dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur Ltée, 1986
- Philippe Leboulanger, « Cour d'appel d'Abidjan, 20 avril 2001, parti démocratique de Côte-d'Ivoire (PDCI) c/SARL J. & A. International Co., Cour Commune de Justice et

d'arbitrage, 10 janvier 2002, Compagnie des transports de Man (CTM) c/ Compagnie d'assurances Colina SA» *Rev. Arb.* vol 2 (2002).

- Anne Lefebvre-Teillard, «L'arbitrage de l'histoire», dans, Paris, Archives de philosophie du droit, tome 52, 2009.
- Pierre Legrand, «La comparaison des droits expliquée à mes étudiants», dans Pierre Legrand, dir., *Comparer les droits résolument*, Paris, puf les voies du droit, 2009.
- Jacques Lenoble «L'efficience de la gouvernance par le droit -- Pour une procéduralisation contextuelle du droit» *R.D.U.S* 33 (2002-2003) 13.
- Pierre Mayer, «Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?» *Rev. Arb* n° 2 (2005) 361.
- Pierre Mayer, «La sentence contraire à l'ordre public au fond», *Rev. Arb.* n°4, 1994.
- Pierre Meyer, «Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage», commentaire, (2008), juriscope.
- Kéba Mbaye, «L'histoire et les objectifs de l'Ohada», *Petites affiches* n°205 (13 octobre 2004) 4.
- Jacques M'Bosso, «Le fonctionnement du centre d'arbitrage C.C.J.A et le déroulement de la procédure arbitrale») *Revue Camerounaise de l'arbitrage* n°15 (Octobre, novembre, décembre 2001) 3.
- Francis Megerlin, «Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends ?» *Petites affiches* n° 170 (26 août 2002) 01.
- Alhousseini Mouloul, «L'arbitrage dans l'espace Ohada», en ligne : (2010) *Ohadata* D-10-12.
- Alexis Mourre et Priscille Pedone, «Arbitrage» *Gazette du Palais* n°164 (2002) 27.

- Filiga Ouedraogo, «Présentation de l'Ohada: les organes de l'Ohada et les actes uniformes», en ligne : (2006) *ohadata* D-06-32.
- Andrea Pinna, «Réflexions sur l'arbitrage forcé» *Gazette du Palais* n°351 (16 décembre 2008) 6.
- Alain Prujiner, «L'exécution des sentences arbitrales internationales au Québec», dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., Laval, *L'arbitrage commercial international*, Laval, Wilson et Lafleur Ltée, 1986.
- Alain Prujiner, «L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel.» *Rev. Arb* n°2 (2005). 63.
- Morera, Renzo, «L'arbitrage dans le prochain futur : problèmes et réflexions» *Gazette du Palais* n° 123 (3 mai 2001) 7.
- Edoardo-F. Ricci, «La longue marche vers l'« internationalisation » du droit italien de l'arbitrage» *Gazette du Palais* n° 290 (17 octobre 2006) 16.
- Roland Ricci, «Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique», *Droit et société* (2002) Vol.1 - N° 50 151.
- Christophe Seraglini, «Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités» *Gazette du Palais* n° 80 (2009) 5.
- Christophe Seraglini, «L'intensité du contrôle par l'arbitre de l'ordre public, notes sous Paris 1^{ère} Ch., 14 juin 2001, n° 4 (2001) *Rev. Arb*.
- Jeanne Simard, «L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique.» *RJT* vol. 35 (2001) 549.
- Denis Soh Fogno, «Le contentieux de l'annulation des sentences issues de l'arbitrage traditionnel dans l'espace de l'Ohada», en ligne *Ohadata* D-06-27.

- Jan Spurk, «Les comparaisons internationales comme méthode sociologique» dans Pierre Legrand, dir., *Comparer les droits résolument*, Paris, puf les voies du droit, 2009.
- Jean-Marie Tchakoua, «Le statut de la sentence arbitrale d'accord partie : les limites d'un déguisement bien utile», en ligne : (2002) *Ohadata* D-08-26.
- Sabine Thuilleaux et Dean M. Proctor «L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale» *R.D. McGill* 37 (1992) 470.
- **Monographies, thèses, mémoires et ouvrages spécialisés.**
- Nabil N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Montréal, Yvon Blais, 1998.
- Vera Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1999 [non publié].
- Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2005.
- Babak Barin, Andrew D. Little et Randy A. Pepper, *The osler guide to commercial arbitration in Canada*, Hague, Kluwer Law, 2006.
- Babak Barin et Marie Claude Rigaud, *L'arbitrage consensuel au Québec – Recueil de jurisprudence*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2010.
- Nathalie-Anne Béliveau et al, *LegisPratique - code de procédure civile annoté*, Montréal, LexisNexis Canada inc. 2009.
- Jacques Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987.

- Steven C. Bennett, *Arbitration : Essential concepts*, New York, Alm Publishing, 2002.
- John E.C. Brierley, *Arbitrage conventionnel au Canada et spécialement dans le droit privé de la province de Québec*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1964 [non publié].
- Maijdi Chakroum, *L'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières au Québec*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval pour l'obtention du grade de maître en droit, Université Laval, 2001 [non publié].
- Alexandre Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004.
- Gérard Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963.
- Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- Emmanuel Gaillard, *Les aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Joseph Issa Sayegh et Jacqueline Lohoues Oble, *Ohada : harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- William James, *La signification de la vérité*, antipodes, 1998.
- Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.
- Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997.
- Christian Leray, *L'analyse de contenu*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2008.
- Pierre Meyer, *Ohada droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

- Philippe Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Reims, Éditions Matot-Braine, 1953
- Pierre Mongeau, *Réaliser son mémoire ou sa thèse - Côté Jeans et Côté Tenue de soirée.*, Presses de l'Université du Québec, 2008.
- Pierre Maillé et Alex Mucchielli, *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, Paris, Armand Colin, 2005.
- John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. par Catherine Audard, Paris, Édition du Seuil, 1997
- Rudholf Rhézohazy, *Sociologie des valeurs*, Paris, Armand Colin, 2006.
- Guy Tremblay, *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2009.
- Howard Holtzmann et Joseph Neuhaus, *A guide to Uncitral model law on international commercial abitration - Legislative history and commentary*, Deventer, Kluwer 1989.
- Jean-François Gaudreault-DesBiens et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain - L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Montréal, Édition Yvon Blais, 2009.
- Sabine Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne, droit international privé*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1991.
- Luc Tremblay, *L'évolution du concept de droit depuis trente ans : de l'empire du fait au discours normatif sur le juste et le bien*, Sherbrooke, Chaire d'Éthique appliquée Collection – essais et conférences, 2003.
- Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, 1979.
- Konrad Zweigert et Hein. Kötz, *Introduction to comparative law*, 3rd rev. ed., New York, Oxford University Press, 1998.