

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-009391-004
(500-05-043881-984)

DATE : 31 MARS 2003

**CORAM: LES HONORABLES MELVIN L. ROTHMAN J.C.A.
LOUISE MAILHOT J.C.A.
JACQUES CHAMBERLAND J.C.A.**

LA COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE
APPELANTE - demanderesse / requérante

c.

**SON EXCELLENCE MONSIEUR LE JUGE KÉBA MBAYE
PROFESSEUR MOHAMED BENNOUNA
MONSIEUR LE JUGE GILBERT GUILLAUME
MONSIEUR OUSMANE DIALLO, ès qualités de greffier du tribunal arbitral
composé des trois intimés ci-haut
LIBYAN ARAB AIRLINES**

INTIMÉS - défendeurs / intimés

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
ASSOCIATION DU TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL (IATA)**

MIS EN CAUSE - mis en cause

ARRÊT

1. [1] LA COUR; - Statuant sur l'appel d'un jugement rendu le 15 février 2000 par la Cour supérieure, district de Montréal, (l'honorable Pierrette Sévigny), qui a rejeté avec dépens la requête de l'appelante pour jugement déclaratoire, contrôle judiciaire et déclaration en injonction permanente et en nullité (art. 2, 20, 33, 46, 751 et suivants, 940 et suivants C.p.c.);

2. [2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;

3. [3] Pour les motifs de la juge Mailhot, auxquels souscrivent les juges Rothman et Chamberland;

4. [4] **REJETTE** l'appel avec dépens.

MELVIN L. ROTHMAN J.C.A.

LOUISE MAILHOT J.C.A.

JACQUES CHAMBERLAND J.C.A.

Me Lucien Bouchard
Me Laurent Debrun
Me Marc-André Boutin
(Davies, Ward, Phillips & Vineberg)
Avocats de l'appelante

Me Babak Barin
(Stikeman, Elliott)
Avocat-conseil de l'appelante

Me Pierre Bienvenu
Me Frédéric Bachand
(Ogilvy, Renault)
Avocats de l'intimée Libyan Arab Airlines

Me L.B. Erdle
(Mendelsohn, Rosentzveig, Shacter)
Avocat de la mise en cause IATA

Date d'audience : 18 novembre 2002

MOTIFS DE LA JUGE MAILHOT

5. [5] En matière d'arbitrage commercial international, peut-on faire appel aux pouvoirs de surveillance et de contrôle ou aux pouvoirs inhérents des tribunaux étatiques de droit commun, en l'occurrence ceux de la Cour supérieure du Québec, avant que la décision finale d'un tribunal d'arbitrage ne soit rendue sur le fond du litige ? Si oui, est-il opportun de le faire en l'espèce ? Telles sont les questions que soulève le pourvoi.

Résumé des faits

6. [6] Le 2 février 1972, la compagnie nationale Air France (Air France) et l'entreprise Libyan Arab Airlines (LAA) signent un contrat¹ dans lequel Air France s'engage à entretenir la flotte aérienne de la LAA ainsi qu'à fournir le personnel navigant et les services spécialisés en matière de transport aérien. En cas de conflit, l'entente contient une clause compromissoire (art. 23) qui renvoie au règlement de l'arbitrage de l'Association du transport aérien international (IATA).

7. [7] Le 21 décembre 1988, le vol 103 de la Pan American Airlines explose au-dessus de la ville de Lockerbie en Écosse causant 280 morts. Le 19 septembre 1989, 250 passagers sont tués lorsque le vol 772 de la société française U.T.A. subit le même sort, au-dessus du désert de Ténéré, en territoire nigérien.

8. [8] Après une longue enquête, les autorités concernées concluaient que la Libye et certains de ses ressortissants étaient directement responsables des deux événements. L'État libyen refusant de coopérer à l'avancement de l'enquête, l'Organisation des Nations Unies (ONU) décrète une série de résolutions afin d'édifier un embargo contre la Libye et la LAA. Ainsi, le 31 mars 1992, le Conseil de sécurité de l'ONU adopte la *Résolution 748*² laquelle prévoit notamment :

4. Décide que tous les États :

a) Refuseront à tout aéronef la permission de décoller de leur territoire, d'y atterrir ou de le survoler si ledit aéronef prévoit d'atterrir en territoire libyen ou s'il en a décollé [...]

b) Interdiront à leurs nationaux, ou à partir de leur territoire, la fourniture de tout avion ou de tout composant d'avion à la Libye, l'apport de tous services d'ingénierie et de maintenance aux avions libyens [...]

7. Demande à tous les États, y compris aux États non-membres de l'ONU et à toutes les organisations internationales d'agir de façon strictement conforme aux

¹ Pièce R-9, M.A., p. 612.

² Pièce R-2, M.A., p. 528.

dispositions de cette résolution nonobstant l'existence de tous droits ou obligations conférés ou imposés par des accords internationaux ou de tout contrat passé ou de licence ou permis accordés avant le 15 avril 1992;

(Je souligne)

9. [9] Le 14 avril 1992, le Conseil de l'Union européenne publie le *Règlement 945/92*³, lequel entérine l'interdiction onusienne eu égard à la fourniture de services ou de produits à une compagnie aérienne libyenne et ce, malgré toute entente signée avant le 15 avril 1992 (art. 2, 3).

10. [10] Le 15 avril 1992, le Canada intègre l'embargo aérien et commercial en droit canadien par l'entremise du *Règlement d'application de la résolution des Nations Unies sur la Libye*⁴.

11. [11] Le lendemain, Air France informe la LAA qu'elle doit mettre fin à l'exécution de leur contrat en raison de l'embargo.

12. [12] Le 11 novembre 1993, l'ONU durcit sa position face à l'État libyen en adoptant la *Résolution 883*⁵. L'embargo est alors étendu à l'ensemble des relations financières et commerciales de la Libye et de ses ressortissants et décrète le gel de tous les avoirs libyens dans tous les États où ils se trouvent. Dorénavant, il est interdit de faire droit aux réclamations libyennes comme le mentionne l'article 8 :

Décide que les gouvernements de tous les États, y compris le Gouvernement libyen, prendront les mesures nécessaires pour s'assurer qu'aucune réclamation ne soit instruite à l'initiative du Gouvernement libyen ou des administrations publiques libyennes, ou de tout national libyen, ou de toute entreprise libyenne telle que définie au paragraphe 3 ci-dessus, ou de toute personne agissant par l'intermédiaire ou au bénéfice de l'une quelconque de ces personnes ou entreprises, en liaison avec tout contrat ou toute autre transaction ou opération commerciale dont la réalisation a été affectée en raison des mesures imposées par la présente résolution ou par suite de son application ou de l'application de résolutions connexes.

13. [13] Le 30 novembre 1993, le Canada amende son *Règlement d'application de la résolution des Nations Unies sur la Libye*⁶ pour y inclure les nouvelles mesures onusiennes. L'article 14 prévoit donc :

Il ne peut être fait droit aux réclamations suivantes présentées à l'encontre de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'une personne au Canada, relativement à un contrat ou à une opération dont l'exécution a été entravée du fait des mesures imposées par le présent règlement :

Les réclamations présentées par le gouvernement de la Libye;

³ Pièce **R-3**, M.A., p. 533.

⁴ DORS / 92-222.

⁵ Pièce **R-4**, M.A., p. 534.

⁶ DORS / 93-521.

Les réclamations présentées par un ressortissant libyen ou une entreprise libyenne;

Les réclamations présentées par l'intermédiaire ou pour le compte du gouvernement de la Libye ou d'une personne visée à l'alinéa b).

14. [14] La LAA notifie à Air France une demande d'arbitrage auprès de l'IATA, datée du 23 octobre 1995⁷. Elle allègue que Air France a cessé d'exécuter le contrat en deux temps, soit par une rupture partielle le 1^{er} novembre 1985 et par une rupture définitive le 16 avril 1992. De ce fait, la LAA réclame notamment les trop-perçus payés depuis le 1^{er} novembre 1985 pour l'entretien ainsi que l'achat de pièces de rechange pour les appareils Boeing 707 et les trop-perçus associés à l'entretien des appareils Boeing 727, depuis le 16 avril 1992. Elle désigne alors son arbitre.

15. [15] Le 23 novembre 1995, après un avis donné par le ministère français des Affaires étrangères⁸, Air France notifie la LAA de l'impossibilité de nommer un arbitre en raison des diverses résolutions de l'ONU qui, à son avis, l'empêchent de le faire⁹. La LAA informe alors l'IATA du défaut d'Air France de nommer un arbitre et exige que l'IATA en désigne un à sa place en vertu du paragraphe (2) de l'article 2 du *Règlement d'arbitrage de l'IATA*¹⁰ :

[...]

(2) if they do not agree to the appointment of a single arbitrator, the arbitral tribunal shall consist of three arbitrators appointed as follows:

if only two parties are involved in the dispute each party shall appoint one of the three arbitrators. Should either party fail to appoint his arbitrator such appointment shall be made by the Director General of IATA;

16. [16] Le 13 juin 1996, l'IATA fait droit à la demande de la LAA et nomme Monsieur Gilbert Guillaume¹¹, intimé en la présente instance. Par la suite, ce dernier et l'arbitre désigné par la LAA désignent l'intimé, Monsieur Kéba Mbaye¹², président du tribunal arbitral.

17. [17] Le 4 février 1997, Air France envoie une lettre au président du tribunal arbitral confirmant sa présence prochaine à l'audition mais explique qu'elle entend invoquer en moyen préliminaire l'inarbitrabilité du litige¹³. Le 26 juin 1997, les parties élaborent un acte de mission¹⁴ avec le concours du tribunal arbitral. À cette occasion, le siège de l'instance arbitrale est fixé à Montréal, et sont choisis le droit français quant au fond et le *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Règlement de la CNUDCI)*¹⁵ quant à la procédure.

⁷ Pièce **R-8**, M.A., p. 562.

⁸ Pièce **R-11**, M.A., p. 634.

⁹ Pièce **R-10**, M.A., p. 632.

¹⁰ Pièce **C-5**, M.A., p. 1105.

¹¹ Un juge à la Cour internationale de justice.

¹² Un ancien juge à la Cour internationale de justice.

¹³ Pièce **R-15**, M.A., p. 652.

¹⁴ Pièce **R-16**, M.A., p. 653.

¹⁵ M.A., p. 413.

18. [18] L'acte de mission précise comme suit l'exception d'inarbitrabilité du litige présentée par Air France :

(1)

Air France entend ainsi invoquer, à titre liminaire, une exception d'inarbitrabilité du litige l'opposant à Libyan Arab Airlines à raison principalement :

- de l'existence des normes internationales édictées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, en particulier la Résolution no 883 du 11 novembre 1993, et des Règlements communautaires pris en leur application, qui font obstacle à ce qu'Air France participe à toute procédure relative à une demande formulée par une entreprise libyenne en liaison avec un contrat dont la réalisation a été affectée, directement ou indirectement, par lesdites règles internationales.
- des dispositions du contrat en date du 2 février 1972 et en particulier de son article 19 relatif à la force majeure et,
- de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral au regard des normes internationales susvisées.

À l'effet ci-dessus, il appartiendra au tribunal arbitral de répondre aux questions suivantes :

(i)

Les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies no 731 du 21 janvier 1992, no 748 du 31 mars 1992 et no 883 du 11 novembre 1993, ainsi que les Règlements (CE) du Conseil no 945/92, no 3274/93 et no 3275/93 font-ils obstacle au déroulement d'une procédure arbitrale dont l'objet est d'examiner des demandes formulées par Libyan Arab Airlines à l'encontre d'Air France au titre d'un contrat dont l'exécution a été affectée par les textes visés ci-dessus ?

(ii)

Les normes internationales visées ci-dessus constituent-elles un cas de force majeure faisant obstacle à l'examen au fond du litige par le tribunal arbitral ?

(iii)

Le tribunal arbitral a-t-il été régulièrement constitué ?

(2)

Au fond, et pour l'hypothèse où le tribunal arbitral aurait rejeté l'exception d'inarbitrabilité du litige soulevée par Air France, Air France contestera à titre principal l'ensemble des demandes de Libyan Arab Airlines visées dans sa requête d'arbitrage, en démontrant que celles-ci sont non fondées.

[...]

19. [19] L'acte de mission prévoit aussi un calendrier annonçant une sentence sur l'arbitrabilité après l'échange des mémoires des parties. Une audience est tenue le 15 mai 1998.

20. [20] Le 10 juillet 1998, le tribunal arbitral rend sa sentence partielle no 1 dans laquelle l'exception d'inarbitrabilité d'Air France est rejetée¹⁶. Les arbitres sont d'avis qu'en vertu du droit français, du droit canadien et de l'ordre public transnational, le litige est arbitral. Par conséquent, le tribunal arbitral se dit compétent pour disposer des questions de fond tout en ne se prononçant pas sur ce qui sera décidé ultérieurement quant aux conséquences de l'embargo :

[...]

4. Dit qu'il ne résulte pas de l'ordre public transnational, pas plus que des droits français (droit du fond) et canadien (droit du siège), une quelconque inarbitrabilité du litige et, en conséquence, rejette l'exception d'inarbitrabilité d'Air France, sans pour autant se prononcer sur ce qu'il décidera dans une phase ultérieure de la procédure quant aux conséquences sur les demandes de Libyan Arab Airlines de la résolution 883(93) du Conseil de Sécurité et des décisions prises pour son application.

[...]

21. [21] Le 12 août 1998, Air France s'adresse à la Cour supérieure du Québec pour faire déclarer la nomination de l'arbitre par l'IATA nulle et illégale, faire déclarer le litige inarbitral, annuler la sentence partielle no 1 et ordonner aux arbitres de se dessaisir du différend porté devant eux, ou dans l'alternative, ordonner au tribunal arbitral de mettre fin à ses travaux, tant et aussi longtemps que l'embargo international contre la Lybie sera en vigueur. Cette requête fit l'objet d'une requête en irrecevabilité de la part de la LAA que la juge de première instance a traitée comme étant une contestation de la demande d'Air France.

22. [22] Le 5 avril 1999, la Libye remet les deux ressortissants libyens accusés d'avoir perpétré l'attentat contre le vol 103 de la Pan Am aux autorités néerlandaises afin que ceux-ci soient traduits en justice sur le territoire écossais¹⁷. En vertu de l'article 8 de la *Résolution 1192*¹⁸ de l'ONU, l'embargo contre la Libye est alors suspendu jusqu'à nouvel ordre. Cela dit, le Conseil de l'Union européenne maintient l'application de l'article 8 de la *Résolution 883*, prolongeant ainsi l'interdiction relative aux réclamations en justice¹⁹. Pour sa part, le Canada a, le 14 mars 2002²⁰, abrogé le règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur la Lybie.

Jugement de première instance

23. [23] Le procès devant la Cour supérieure du Québec se déroule durant huit jours en octobre et novembre 1999. Le 15 février 2000, la juge Pierrette Sévigny tranche en faveur de la LAA.

¹⁶ Pièce **R-18**, M.A., p. 794.

¹⁷ Ils seront déclarés coupables subséquemment.

¹⁸ Pièce **L**, M.A., p. 1387.

¹⁹ Position commune du 16 avril 1999, pièce **W**, M.A., p. 1411.

²⁰ DORS / 2002-118.

24. [24] La juge rappelle que la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (Loi type)*²¹ repose sur deux grands principes, soit l'autonomie des parties ainsi que l'autonomie et l'efficacité du processus arbitral. Un tribunal étatique, tel que la Cour supérieure, est incompétent en présence d'une clause compromissoire (art. 8, *Loi type*). Seul l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence (art. 16, *Loi type*). Le tribunal étatique ne peut pas participer aux débats avant qu'une sentence finale soit rendue et le seul pouvoir qui lui est alors adjugé est un pouvoir d'annulation (art. 34, *Loi type*).

25. [25] En l'espèce, les parties ont mis de côté le droit québécois en appliquant le *Règlement de la CNUDCI* en matière de procédure arbitrale. Celui-ci prévoit expressément que le tribunal étatique ne peut s'immiscer dans le processus arbitral à l'exception des demandes de mesures provisoires (art. 26 al. 3).

26. [26] Conséquemment, la juge de première instance est d'avis que le recours d'Air France est prématuré. La question de la constitution illégale du tribunal arbitral ne peut être traitée en dehors d'une requête en homologation d'une sentence ou d'une requête en annulation d'une sentence (art. 946.4 (5), *C.p.c.*), le tribunal arbitral ayant réservé le droit pour Air France de se prévaloir de son moyen tiré de la prétendue irrégularité de la composition du tribunal arbitral. La juge de première instance affirme qu'il est clair de l'avis des témoins experts que le litige est arbitral et «que la question réellement soulevée par Air France en est une d'irrecevabilité des demandes de LAA et non d'inarbitrabilité du litige». La question de la recevabilité des demandes de la LAA ayant été repoussée par le tribunal arbitral à l'audition au fond, la requête d'Air France est donc rejetée avec dépens.

* * *

27. [27] Avant d'examiner les moyens de l'appelante, il est nécessaire de faire un survol des dispositions législatives pertinentes.

28. [28] Tout d'abord, l'article 3133 du *Code civil du Québec* indique que :

La procédure de l'arbitrage est régie par la loi de l'État où il se déroule lorsque les parties n'ont pas désigné soit la loi d'un autre État, soit un règlement d'arbitrage institutionnel ou particulier.

29. [29] En l'espèce, l'acte de mission convenu par les parties stipule qu'en ce qui concerne la procédure, c'est le règlement d'arbitrage de la *CNUDCI* qui s'applique.

30. [30] Le *Code de procédure civile* contient un livre sur les arbitrages, le Livre VII. La première disposition générale en précise l'application :

Art. 940. Les dispositions du présent titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires. Cependant, on ne peut déroger aux dispositions contenues aux articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, ni à l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire.

²¹ Pièce R-19, M.A., p. 861.

31. [31] Là encore, il faut mentionner que les parties ont stipulé en matière de procédure puisqu'elles ont choisi le règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que sauf les dispositions mentionnées ci-haut à l'article 940, les parties ont pu ainsi déroger au titre I du livre VII du *Code de procédure civile* portant sur les arbitrages.

Analyse des moyens de l'appelante

32. [32] L'appelante Air France reproche au tribunal arbitral une rupture du contrat juridictionnel en ce qu'il ne se serait pas prononcé sur les questions mentionnées par Air France relativement à son exception d'inarbitrabilité, telles que reproduites précédemment.

33. [33] Ce moyen ne pouvait pas être retenu par la juge de première instance pour plusieurs motifs.

34. [34] Le tribunal s'est prononcé sur les deux premières questions en estimant qu'il avait compétence pour entendre le litige et qu'il était donc susceptible d'arbitrabilité. Le tribunal arbitral, par ailleurs, était d'avis que l'impact des résolutions onusiennes relevait de la détermination de la recevabilité des demandes de la LAA lors de l'examen ultérieur de ces demandes.

35. [35] L'on peut être en accord ou en désaccord avec les réponses données par cette sentence intérimaire mais il s'agit véritablement d'une décision qui répond aux deux premières questions posées et le tribunal arbitral était le forum approprié pour statuer sur celles-ci puisqu'elles touchaient à sa compétence (art. 943 C.p.c.) :

Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

36. [36] Quant à la question portant sur la régularité ou l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, la juge de première instance écrit avec raison que le tribunal a traité de la question :

En outre, il est important de mentionner que le tribunal arbitral a spécifiquement traité de la question de la constitution du tribunal arbitral dans les conclusions de la sentence partielle no 1. Le tribunal arbitral réserve le droit pour AF de se prévaloir de son moyen tiré de la prétendue irrégularité dans la composition du tribunal arbitral.

37. [37] Ce que ne cite pas le jugement de première instance, c'est le motif même que mentionne le tribunal arbitral pour ne pas trancher la question :

Le Président transmettant aux Parties le désir du tribunal de les voir s'expliquer sur l'objection relevée par Air France et concernant la question de l'irrégularité de la composition du tribunal, a invité les Parties à éclairer le tribunal sur cette question.

Après de longs débats, Air France a précisé «in fine» qu'elle demandait simplement au tribunal de prendre note du fait qu'elle n'a pas renoncé à son moyen et qu'elle se réservait le droit, le moment venu, de se prévaloir de l'irrégularité de la composition du tribunal.

[...]

En résumé, il a été entendu que la sentence partielle à intervenir devrait se limiter à la question de l'inarbitrabilité.

[...]

Sur la prétendue constitution irrégulière du tribunal arbitral

Dans son mémoire sur l'arbitrabilité du litige, Air France avait soulevé à titre subsidiaire «l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral».

Libyan Arab Airlines avait répondu d'une part que par application de l'Acte de Mission signé par les arbitres le 25 juin 1997, les mémoires des Parties à cette phase de la procédure devaient se limiter à la seule question de l'arbitrabilité du litige et d'autre part que cette demande d'Air France était irrecevable car il n'appartenait pas au tribunal arbitral d'en connaître.

Au cours des plaidoiries, Air France a simplement demandé que le tribunal se contente de prendre acte du fait qu'elle se réserve le droit de se prévaloir de ce moyen en temps opportun.

Le tribunal doit en prendre acte²².

38. [38] La sentence et les motifs ci-hauts font d'ailleurs écho au compte rendu de l'audience du 15 mai 1998 où l'on y lit ce que suit²³ :

Le Président a demandé alors s'il est du point de vue d'Air France, qu'il est de la compétence du tribunal arbitral de vérifier la régularité de sa composition.

[...]

Maître Borde pour Air France a dit enfin qu'il renonçait à ce moyen en l'état préalablement à l'arbitrabilité, reconnaissant que c'est une autre juridiction qui est compétente pour statuer sur la régularité de la composition du tribunal, ajoutant qu'il ne pouvait pas ne pas soulever la question pour qu'on ne puisse pas par la suite le lui reprocher.

[...]

Maître Borde a alors dit qu'Air France ne demandait pas au tribunal de se prononcer sur sa composition.

Le Président a alors dit que le tribunal prenait note de cette position d'Air France.

39. [39] Ainsi, l'on ne peut faire reproche au tribunal arbitral de n'avoir pas statué *in limine* sur la régularité de sa constitution et d'avoir tout simplement pris acte, dans son dispositif, de la position d'Air France :

2. Prend acte de la position d'Air France qui se réserve le droit de se prévaloir comme il lui plaira, de son moyen tiré de la prétendue irrégularité de la composition du tribunal arbitral.

²² M.A., p. 822, 824.

²³ M.A., p. 1112-1113.

40. [40] Se pose alors de nouveau la question énoncée au début : Air France peut-elle faire appel aux pouvoirs des tribunaux étatiques de droit commun pour remettre en question et faire déclarer irrégulières la composition et la constitution du tribunal arbitral à ce moment-ci des débats ?

41. [41] On a fait état devant la Cour supérieure, après le dépôt devant celle-ci des rapports d'experts, des notions «d'arbitrabilité» et «d'instruisabilité».

42. [42] Les deux notions peuvent se rejoindre. L'instruisabilité étant tributaire de la nature du litige et de la compétence du forum devant lequel on tente de l'introduire :

- l'on statuera qu'un litige ne peut être instruit devant un tribunal de droit commun lorsque les parties par convention ont convenu qu'il serait soumis à l'arbitrage. L'arbitrage conventionnel étant disponible pour des litiges portant sur des matières qui ne sont exclusivement réservées aux tribunaux de droit commun comme par exemple en matière de faillite, de divorce ou d'expropriation²⁴.
- l'on statuera aussi qu'un litige ne peut être instruit devant un tribunal arbitral parce qu'il porte sur une matière relevant exclusivement des tribunaux de droit commun par exemple en matière de divorce.

43. [43] Ainsi, le litige sera alors instruisable et arbitrable.

44. [44] En général et aussi en l'espèce, le tribunal arbitral a compétence pour statuer sur l'instruisabilité ou l'arbitrabilité du litige. Qu'Air France ait prétendu devant le tribunal arbitral qu'une exception d'inarbitrabilité l'empêchait d'instruire le litige en raison d'impératifs d'ordre public liés à l'embargo onusien ou qu'elle ait prétendu ensuite que le même litige était instruisable, il appartenait d'abord et avant tout au tribunal arbitral de statuer et il pouvait le faire de façon liminaire ou au fond, ayant la discrétion de statuer selon ce qu'il considérait être son mandat et la meilleure façon de le remplir, en tenant compte du droit et des principes de droit applicables.

* * *

45. [45] Air France prétend que le litige ne peut être soumis à l'arbitrage parce que la convention d'arbitrage serait nulle, inopérante et non susceptible d'exécution en raison de dispositions impératives d'ordre public venant tant des résolutions de l'ONU que des règlements du Conseil de l'Union européenne.

46. [46] Là encore, il fallait qu'un forum statue sur cette exception d'arbitrabilité et seul le tribunal arbitral devait le faire en l'espèce puisque les parties dans ce litige avaient convenu dès 1972 de confier tout litige à l'arbitrage :

Art. 23. Unless otherwise agreed, any difference or dispute arising from the interpretation or implementation of the present agreement or relating to any rights or obligations herein contained shall be referred to arbitration in accordance with

²⁴ Les matières d'exclusivité pour les tribunaux de droit commun varient suivant les législations étatiques.

the IATA Arbitration Clause in force at the time of appeal, said clause being considered part hereof. The decision of such arbitration shall be final and enforceable on the Parties hereto²⁵.

47. [47] Contrairement à ce que prône l'appelante, les résolutions de l'ONU n'interdisent pas la désignation d'un arbitre par Air France. Il serait illogique de croire que la réglementation concernant l'embargo empêche les parties d'enclencher le processus arbitral, ne serait-ce que pour que le tribunal arbitral statue sur l'applicabilité des mesures en question.

48. [48] De toute façon, le *Règlement de la CNUDCI* autorise le tribunal arbitral à statuer sur les exceptions d'incompétence (art. 21), principe aussi réitéré dans le *Code de procédure civile* (art. 943) :

Art. 21. [...] 3. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique.

4. D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence initive.

Art. 943. Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

49. [49] Or, le tribunal arbitral a statué que les dispositions «dites» impératives et d'ordre public devaient être examinées au moment de l'étude des demandes de la LAA et non pas *in abstracto* car les demandes portaient sur diverses époques et divers aspects du contrat entre les parties alors que l'embargo ne fut décrété qu'en 1992.

* * *

50. [50] La question demeure cependant la même : un tribunal de droit commun peut-il intervenir à l'égard de cette décision, à quel moment et selon quels moyens de procédure ?

51. [51] Les tribunaux judiciaires ont compétence sur les matières que leur accordent les constitutions de chaque pays ou les législations étatiques qui établissent ces tribunaux.

52. [52] Les tribunaux d'arbitrage jouissent de leur côté d'une certaine autonomie et sont tributaires des conventions d'arbitrage. À moins qu'une convention ne soit jugée invalide, une telle entente contraint les tribunaux étatiques à décliner compétence²⁶. Ce principe de l'autonomie du processus arbitral trouve sa source dans divers instruments internationaux notamment la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, dont le Canada est l'un des signataires depuis 1986²⁷ :

²⁵ M.A., p. 622. – La validité de la clause d'arbitrage n'est nullement remise en question.

²⁶ *Zodiak International c. Polish People's Republic*, [1986] 1 R.C.S. 529.

²⁷ L.R.C. 1985, ch. 16, 2e suppl. – autorités conjointes – onglet 3.

Art. II al. 3.

«Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage[...]»

53. [53] En l'espèce, le contrat entre Air France et la LAA prévoit que tout litige sera déféré à l'arbitrage. Il s'agit là d'un arbitrage consensuel lequel réfère au règlement de l'IATA. Comme le souligne le juge LeBel dans l'arrêt récent *Éditions Chouette (1987) inc. c. Desputeaux*²⁸, ce renvoi au règlement de l'IATA est possible parce que :

Les articles 2643 C.c.Q. et 944.1 C.p.c. consacrent, comme on le sait, le principe de la souplesse de la procédure en matière arbitrale, en confiant aux parties le soin de déterminer la procédure arbitrale ou, à défaut, en laissant à l'arbitre le soin de déterminer les règles de procédure applicables (*Entreprises H.L.P. inc. c. Logisco inc.*, J.E. 93-1707 (C.A.); *Moscow Institute of Biotechnology c. Associés de recherche médicale canadienne (A.R.M.C.)*, J.E. 94-1591 (C.S.), p. 12-14).

54. [54] Ces dispositions du règlement de l'arbitrage de l'IATA en vigueur au moment de la résiliation partielle du contrat (en 1985) prévoient que le tribunal arbitral détermine sa propre procédure, décide du droit applicable lorsque nécessaire et que la sentence est finale et lie définitivement les parties. La seule mention des tribunaux judiciaires concerne l'exécution des sentences arbitrales :

2. [...] Any dispute or claim concerning the scope, meaning, construction or effect of this agreement or arising therefrom shall be referred to and finally settled by arbitration in accordance with the procedures set forth below and if necessary, judgment on the award rendered may be entered in any court having jurisdiction thereof²⁹;

55. [55] Après la demande d'arbitrage, les parties ont convenu dans l'Acte de mission que le droit applicable pour les questions de procédure serait comme suit : *Le tribunal appliquera le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.*

56. [56] Or, le règlement de la CNUDCI adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 15 décembre 1976 n'accorde pas de pouvoirs de contrôle, de surveillance ou de révision aux tribunaux judiciaires étatiques. Un seul pouvoir est mentionné et il est limité aux mesures provisoires ou conservatoires :

Art. 26.

1. À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.

²⁸ (2003) CSC 17, par. 70.

²⁹ M.A., p. 1105.

2. Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.
3. **Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire** ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention³⁰.

57. [57] Pour des fins d'homologation et d'exécution de la sentence uniquement, le règlement fait référence à la loi du pays dans lequel la sentence est rendue (article 32 al. 7) :

7. Si la loi en matière d'arbitrage du pays dans lequel la sentence est rendue impose au tribunal arbitral l'obligation de déposer ou de faire enregistrer la sentence, le tribunal satisfera à cette obligation dans le délai prévu par la loi³¹.

58. [58] L'appelante invoque diverses dispositions du *Code de procédure civile* pour justifier une intervention du tribunal judiciaire.

59. [59] L'article 940.3 *C.p.c.*³² restreint le pouvoir d'intervention de la Cour supérieure aux seuls cas énumérés au Titre 1 du Livre VII du *Code de procédure civile*. Cet article, comme plusieurs dispositions du Livre VII (Des arbitrages) dont l'existence remonte à 1986, est inspiré 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. L'article 5 prescrit :

Art. 5. Domaine de l'intervention des tribunaux

Pour toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

60. [60] Or, il est intéressant de noter ici le commentaire analytique du projet de texte de la *Loi type* préparé par le Secrétaire général de la CNUDCI³³ :

1. Cet article traite de la question essentielle et complexe du rôle des tribunaux dans le cadre de l'arbitrage. [...]
2. Bien que cette disposition, du fait de son libellé catégorique, semble donner l'impression que l'intervention des tribunaux est quelque chose de négatif et doit être limitée dans toute la mesure du possible, elle ne prend pas position pour ce qui est du rôle approprié des tribunaux. Elle demande simplement que tout cas d'intervention des tribunaux soit mentionné dans la loi type. Elle aurait donc pour effet d'exclure tout pouvoir général ou résiduel conféré aux tribunaux dans certains systèmes nationaux et non mentionné dans la loi type. Il semble bénéfique pour l'arbitrage commercial international que les

³⁰ M.A., p. 421-422.

³¹ M.A., p. 423.

³² Art. 940.3. 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.

³³ Commentaire analytique figurant dans le rapport du secrétaire général à la 18^e session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dans G.C. Partie I, p. 97-168.

parties et les arbitres puissent savoir avec davantage de certitude dans quels cas on peut escompter un contrôle ou une assistance des tribunaux.

3. Aussi faudrait-il s'efforcer d'arriver à l'équilibre souhaité entre l'indépendance de la procédure arbitrale et l'intervention des tribunaux en indiquant tous les cas d'intervention des tribunaux dans le cadre de la loi type, mais on ne peut y arriver ni au moyen de l'article 5, ni en supprimant cet article. La Commission souhaitera donc peut-être se demander s'il faudrait inclure d'autres cas, outre ceux déjà traités dans le présent texte. Il ne s'agit pas seulement des fonctions confiées au Tribunal visé à l'article 6, c'est-à-dire les fonctions visées aux articles 11.3 et 4, 13.3, 14 et 34.2, mais également des cas d'intervention des tribunaux envisagés aux articles 9 (mesures provisoires conservatoires), 27 (assistance pour l'obtention de preuves) et 35 et 36 (reconnaissance et exécution des sentences).
4. Il faut tenir compte d'une autre considération importante lorsque l'on évalue l'incidence de l'article 5 : la nécessité d'établir la liste de tous les cas d'intervention des tribunaux dans le cadre de la loi type, ne concerne que les «questions régies par la présente Loi». Le champ de l'article 5 est donc plus étroit que le champ d'application, quant au fond, de la loi type, qui est «l'arbitrage commercial international» (article premier), en ce sens qu'il est limité aux questions qui sont en fait régies, que ce soit expressément ou implicitement, par la loi type.
5. L'article 5 n'exclurait donc pas l'intervention des tribunaux pour toute question non régie par la loi type. On notera, par exemple, les incidences de l'immunité d'État, les relations contractuelles entre les parties et les arbitres ou l'institution d'arbitrage, les honoraires et autres frais, y compris les garanties y afférentes, ainsi que d'autres questions mentionnées ci-dessus à propos de la loi type en tant que «*lex specialis*», pour lesquelles il faut faire la même distinction.

61. [61] De son côté, le législateur québécois a précisé les pouvoirs d'intervention de la Cour supérieure comme suit :

Art. 940.3. Pour toutes les questions régies par le présent titre, un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans le cas où ce titre le prévoit.

(Je souligne)

62. [62] Les tribunaux québécois sont donc astreints à suivre cette liste exhaustive. Il s'agit d'une limite stricte à l'intervention judiciaire durant l'instance arbitrale. Les pouvoirs accordés par le *Code de procédure civile* sont les suivants :

- 1) L'art. 940.4. Avant ou pendant la procédure arbitrale, un juge ou le tribunal peut accorder, à la demande d'une partie, des mesures provisionnelles.

63. [63] Le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (art. 26(3)) et la *Loi type* (art. 9) sont au même effet. La présente affaire n'est clairement pas un cas de mesure provisionnelle. Il ne s'agit pas d'une question urgente quant à la conservation d'un bien. Le litige ne vise pas les gestes des parties mais bien ceux commis par l'instance arbitrale.

2) Les art. 944.6 al. 2 et 944.8. Ordonnances pour contraindre un témoin à comparaître ou pour produire un élément de preuve matériel.

64. [64] Ces mesures coercitives ne s'appliquent pas non plus au présent cas.

65. [65] En fait, le principal motif invoqué par l'appelante pour faire annuler la sentence arbitrale partielle no 1, c'est l'irrégularité de la nomination des arbitres. Le droit québécois prévoit un tel motif pour intervenir dans trois situations, soit lors de l'homologation de la sentence arbitrale (art. 946.4 par 5, *C.p.c.*), lors de la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale (art. 950 par 5, *C.p.c.*) ou de l'annulation de la sentence arbitrale (art. 947.2, *C.p.c.*). Il est important de souligner que le tribunal ne peut examiner le fond lorsqu'il traite de l'homologation (art. 946.2, *C.p.c.*) ou de la reconnaissance et de l'exécution (art. 951.1, *C.p.c.*)³⁴.

3) L'art. 943.1. Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet.

Tant que le tribunal n'a pas statué, les arbitres peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre leur sentence.

66. [66] Cette disposition n'est pas l'une de celles visées par l'article 940 *C.p.c.* On peut y déroger. Et de fait, les parties ont écarté ce recours en optant pour le règlement de la CNUDCI en matière de procédure. Or, ce règlement ne prévoit pas l'intervention du tribunal judiciaire étatique durant le processus arbitral sauf comme déjà mentionné pour obtenir des mesures provisoires.

67. [67] C'est donc avec raison que la juge de première instance a écarté l'article 943.1.

68. [68] Mais, plaide Air France, l'ordre public ne peut tolérer une violation des obligations internationales et des prohibitions internationales imposées par les résolutions onusiennes et de l'Union européenne, et cela autoriserait le tribunal judiciaire étatique à intervenir.

69. [69] Là encore, il est difficile de suivre la position d'Air France.

70. [70] L'objectif fondamental visé par le législateur constitue l'épuisement de la procédure d'arbitrage avant le recours aux tribunaux judiciaires. Autrement dit, dans tous les cas où l'on soulève une exception de compétence ou une exception liée à la constitution de l'instance arbitrale, le tribunal étatique n'intervient que postérieurement à la sentence arbitrale finale. Ainsi, la juge de première instance a eu raison de déclarer le recours de l'appelante prématuré.

³⁴ *Éditions Chouette (1987) inc. c. Desputeaux*, (2003) CSC 17, par. 54.

71. [71] D'ailleurs, les articles 34 et 36 de la *Loi type* prévoient expressément que l'intervention des tribunaux étatiques ne peut se faire qu'en présence de requêtes pour reconnaissance et exécution ou pour annulation de la sentence arbitrale (qui statue sur le fond) :

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale.

2. La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si:

a) la partie en faisant la demande apporte la preuve :

[...]

iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi;

Article 36. Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution.

La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que :

a) sur la demande de la partie contre laquelle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve:

[...]

iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu;

72. [72] Ainsi, on renvoie encore la possibilité d'une immixtion des cours de justice à la fin du processus arbitral et ceci en dépit du fait que les pratiques en matière d'exécution peuvent varier d'un pays à l'autre³⁵.

73. [73] Il n'existe pas d'exception même pour des motifs d'ordre public. Tout ceci correspond d'ailleurs à la philosophie et aux tendances contemporaines en matière d'arbitrage commercial international.

74. [74] Gaillard et Savage, dans leur ouvrage le plus récent³⁶, décrivent les tendances fondamentales qui se sont développées à l'occasion des diverses réformes

³⁵ Redfern et Hunter – *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 3rd edition, 1999, 469-470 – À titre d'illustration, voir l'affaire *Chromalloy Aeroservices Inc. Arab Republic of Egypt*, II Int. Arab Report, August 1996 et les commentaires d'Emmanuel Gaillard, «L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine : l'expérience française», I.C.C.A., Paris, mai 1998, Working Group III.

³⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman - *On International Commercial Arbitration*, Éditeur Kluwer Law International, 1999.

récentes dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Dans un premier temps, ils précisent que les réformes visent à assurer et soutenir l'efficacité des ententes arbitrales ce qui implique la reconnaissance tant de la validité des ententes arbitrales que leur autonomie. Le second objectif législatif commun est la constatation d'un mouvement global vers une indépendance accrue de l'arbitrage international envers les systèmes judiciaires nationaux, en autant que les parties adhèrent à certains principes fondamentaux de justice. Et le troisième but ou tendance fondamentale est de limiter les interventions judiciaires. Les auteurs soulignent que les cours tendent à n'intervenir qu'après la fin de l'arbitrage. Ils ajoutent³⁷ :

[...] the international validity of the award ultimately depends on two fundamental conditions: the validity of the arbitrators' powers and the acceptability of their decision, although control by the courts can never go as far as revising the decision as to fact or law. The available means of recourse have also been limited. The tendency is to leave just one possible action: an application to set the award aside. Even this is denied under certain circumstances in some jurisdictions. Of course, there will always remain the option of resisting enforcement of the award.

75. [75] Il faut conclure que le Livre VII (Des arbitrages) du *Code de procédure civile* et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne peuvent servir d'appui à l'intervention judiciaire à ce moment-ci du processus arbitral.

4) Les articles 33, 46, 846 et suivants : le pouvoir de surveillance et de contrôle et les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure.

76. [76] Le recours fondé sur l'article 846 *C.p.c.* n'est recevable qu'à l'encontre d'un tribunal statutaire : *Tuyaux Atlas c. Savard*, [1985] R.D.J. 556 (C.A.)³⁸.

77. [77] La Cour suprême, dans l'arrêt *Roberval Express Ltée*³⁹, indique que le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure ne peut être invoqué pour contrôler la légalité des agissements d'un tribunal arbitral, celui-ci n'étant pas un tribunal statutaire. Le juge Chouinard y explique les critères qui définissent ce qu'est un tribunal statutaire :

Outre l'obligation faite aux parties d'y recourir, dans le premier passage lord Goddard (dans *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704, 706 à 708) parle d'un organisme constitué par la loi, auquel la loi impose des devoirs. Dans le second, il parle de pouvoirs et devoirs conférés par la loi dont l'exercice peut affecter les personnes qui peuvent être tenues de s'y soumettre. Dans le troisième, il parle d'organisme auxquels le Parlement a confié des devoirs en partie administratifs et en partie quasi judiciaires et dont les décisions affectent les parties.

³⁷ *Op. cit.* p. 103.

³⁸ Appliqué par la Cour supérieure en 1997 dans l'affaire *P.G.Q. c. DuMesnil et Cintec Environnement Inc.*, C.S.M. 500-05-032772-970 – J.E. 97-2081, Juge Louise Lemelin.

³⁹ *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions et hommes d'entrepôt et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888, 899.

Ce qu'il faut retenir, à mon avis, c'est cet attribut dont Lord Goddard parle à trois reprises et qui consiste en des devoirs conférés par la loi et qui, pour caractériser un tribunal, me paraît aussi important que l'obligation de recourir à ce tribunal ou, ce qui dans le contexte serait plus exact, l'absence de choix donné aux parties d'adopter ce moyen ou un autre pour résoudre leurs différends.

78. [78] En l'espèce, les parties ont délibérément choisi, dans leur contrat, un recours à l'arbitrage. Celui-ci n'a point été créé par une loi. Il ne peut donc pas être qualifié d'instance statutaire et voir le pouvoir de révision judiciaire (ancien *certiorari*) de la Cour supérieure régir ses actes.

79. [79] En ce qui concerne les pouvoirs inhérents de surveillance et de contrôle de l'article 33 *C.p.c.*, ils s'exercent «en la manière prescrite et dans la forme prescrite par la loi», ces termes renvoyant aux dispositions du Livre VII du *Code de procédure civile* (Des arbitrages).

80. [80] Notre Cour dans *Société Radio-Canada c. L'Union des artistes*⁴⁰, sous la plume du juge Laurent E. Bélanger tranchait clairement :

Les parties sont d'accord qu'il ne s'agit pas d'un arbitrage imposé par la loi : toutes deux considèrent la sentence arbitrale comme sujette à homologation par la Cour supérieure, aux termes de l'article 950 C.P.C., qui n'accorde à celle-ci qu'un droit de révision restreint. Il a été clairement établi par la jurisprudence que, pour invoquer l'absence ou l'excès de juridiction d'un tribunal soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, c'est par le recours en évocation de l'article 846 C.P.C. qu'il faut procéder. Par contre, ce recours ne peut être exercé pour attaquer la décision d'un arbitre privé. Je ne vois pas comment on pourrait s'autoriser de l'article 33 C.P.C. pour contester la même décision par action directe.

[...]

On peut en conclure que, sans être soumise de façon aussi globale que prévue à l'article 33 C.P.C., au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, la sentence arbitrale n'en reste pas moins soumise à son droit d'entrer «dans l'examen des nullités dont la sentence pourrait être entachée ou des autres questions de forme qui peuvent en empêcher l'homologation», ce qui ne comprend pas le droit de s'enquérir du fond de la contestation.

81. [81] Quant aux autres pouvoirs inhérents de la Cour supérieure, l'appelante, invoquant l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*⁴¹, invite les tribunaux de droit commun à faire exception à l'article 940.3 *C.p.c.* en raison «de la hiérarchie des normes juridiques internationales». La Cour suprême dans *Canadian Liberty* examinait la compétence inhérente de la Cour fédérale, notion issue de la présomption qui veut que, s'il existe un droit justiciable, il doit alors exister un tribunal compétent permettant de le faire, «car si

⁴⁰ Code de procédure civile annoté du Québec, vol. 3 - Jugements inédits, p. 616, C.A.M. 500-09-000009-779, 15 mai 1978.

⁴¹ [1998] 1 R.C.S. 626, par. 29.

aucun autre mode d'en assurer l'exercice n'est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice», *Board c. Board*, [1919] A.C. 956 (C.P.).

82. [82] Lord Diplock de la Chambre des Lords⁴² s'exprimait en 1981 à l'égard de ces pouvoirs inhérents comme suit :

I turn next to the general jurisdiction of the High Court to grant injunctions as an alternative source of its power to control the conduct in an arbitration of the parties to it or to arbitrator. As recently as 1977, this House in *Siskina (Owners of cargo lately laden on board v. Distos Compagnia Naviera S.A.)*, [1979] A.C. 210) had occasion to confirm as a matter of *ratio decidendi* the well-established law that the jurisdiction of the High Court to grant injunctions, whether interlocutory or final, was confined to injunctions granted for the enforcement or protection of some legal or equitable right. In doing so, this House expressly approved the judgement of Cotton L.J. in *North London railway Co. v. Great Northern Railway Co.* (1883) 11 Q.B.D. 30.

That was a case in which both Cotton and Brett L.J.J. discussed several pronouncements, made by Sir George Jessel M.R. in earlier cases at first instance, which to an ingenuous reader might suggest that a judge had almost unfettered discretion to grant injunctions whenever he thought it would be convenient to do so. The Court of Appeal, however, found themselves able to explain away those statements by putting on them somewhat strained gloss to the effect that they meant no more than that the court had jurisdiction to grant an injunction *for the enforcement or protection of a legal or equitable right* when it was just and convenient so to do.

83. [83] De plus, Lord Diplock rejette la notion d'un pouvoir de surveillance général à l'égard des arbitres conventionnels⁴³ :

I find myself unable to accept as well-founded the general proposition by Lord Denning M.R. that "the High Court has an inherent jurisdiction to supervise the conduct of arbitrators. It is not confined to the statutory powers." That such a general supervisory power was vested in the High Court had never been asserted until the judgment of the Court of Appeal delivered in June 1979 in *Japan Line Ltd. v. Aggeliki Charis Compania Maritima S.A.* [1980] 1 Lloyd's Rep. 288-292, [...]

[...] For the moment I confine myself to rejecting the notion that the High Court has a general supervisory power over the conduct of arbitrations more extensive than those that are conferred upon it by the Arbitration Acts; nor do I suppose that the assertion of such an open-ended power of intervention in the conduct of consensual private arbitration would be likely to encourage resort to London arbitration under contracts between foreigners which have no other connection with this country than the arbitration clause itself.

⁴² *Bremer Vulkan Schiffbau Und Maschinenfabrik c. South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] A.C. 909, 979 (H.L.).

⁴³ *Id.*, p. 979.

84. [84] De toute façon, il existe un tribunal compétent pour faire valoir les droits d'Air France même si cela implique que certains droits ne pourront faire l'objet d'un examen par les tribunaux étatiques qu'après la sentence arbitrale finale.

85. [85] Le commentaire du juriste australien Keith Mason⁴⁴ publié en 1983, peu après l'arrêt de la House of Lords dans *Bremer Vulkan*, résume bien la situation en ce qui concerne les arbitres :

Many of the more recent developments of administrative law can be related to the assumption by superior courts of a general inherent jurisdiction to use their process in aid of the proper administration of justice. Thus, in appropriate cases the Supreme Court will exercise an inherent power to stay proceedings in those courts or tribunals in respect of which it is empowered to exercise an appellate or supervisory jurisdiction whenever necessary to prevent injustice occurring with respect to matters which come within its cognisance. However, the House of Lords has recently asserted that the source of judicial powers over arbitrators is wholly statutory and not inherent.

(Je souligne)

86. [86] En somme, le pouvoir de surveillance et de contrôle du tribunal étatique ne s'exerce au Québec qu'après la sentence finale et que pour l'examen des nullités dont la sentence pourrait être entachée ou des questions de forme qui pourraient en empêcher l'homologation (art. 946.4 C.p.c.), sans toutefois que le tribunal étatique puisse s'enquérir du fond du litige entre les parties⁴⁵.

L'ordre public transnational

87. [87] L'appelante affirme également que le tribunal arbitral ne pouvait pas être constitué en raison des résolutions de l'O.N.U. instituant un embargo. Ces dernières constitueraient des normes impératives de droit international auxquelles on ne peut pas déroger. Selon le professeur Michel Pourcelet, ces normes internationales qu'il qualifie d'*erga omnes*, ne nécessitent pas de ratification ou d'intégration en droit interne pour être en vigueur dans tous les États⁴⁶ :

S'il est vrai que la pratique générale et coutumière est d'adopter des lois et règlements relatifs à l'application de l'ordre juridique international en droit interne, il a été souligné précédemment que l'obligation *erga omnes*, l'ordre public transnational lié au Jus Cogens, ne requiert pas de traduction dans l'ordre juridique national ou la promulgation d'un texte d'application, contrairement à ce qui est requis en matière de traités internationaux, ces derniers n'ayant pas un caractère obligatoire à défaut de ratification et d'intégration en droit interne.

88. [88] La *Charte des Nations Unies* prévoit l'acceptation et l'application des décisions du Conseil de sécurité par les États membres (art. 25)⁴⁷. Il est vrai que la *Charte des Nations Unies* a préséance sur tous les autres instruments internationaux

⁴⁴ Maintenant Président de la Cour d'appel de New South Wales.

⁴⁵ *Éditions Chouette*, par. 69.

⁴⁶ M.A., p. 156, par. 3.

⁴⁷ M.A., p. 889.

lorsque survient un conflit de lois (art. 103). Cela dit, l'ordre public international qu'elle tend à protéger consiste en la combinaison cohérente des systèmes juridiques de l'ensemble des États⁴⁸.

89. [89] Qu'arrive-t-il alors de ces normes lorsque l'on est en présence d'une instance arbitrale ? Le professeur Philippe Fouchard, qui a témoigné pour l'appelante, soutient que cet ordre public supranational doit s'appliquer aux arbitres⁴⁹. Je suis d'accord. Même si le tribunal arbitral n'est pas en soi un État membre des Nations Unies, cela ne justifie pas qu'il puisse faire fi de l'ordre public international. La force probante des résolutions du Conseil de sécurité ne peut pas être ignorée. Cependant, je ne crois pas que les faits en présence permettent de conclure que l'instance arbitrale a violé l'ordre public international en se déclarant compétente pour entendre le litige.

90. [90] En effet, l'article 8 de la *Résolution 883* confine l'interdiction aux réclamations ayant un lien avec :

[...] tout contrat ou toute autre transaction ou opération commerciale dont la réalisation a été affectée en raison des mesures imposées par la présente résolution ou par suite de son application ou de l'application de résolutions connexes.

91. [91] Le professeur Pourcelet est d'opinion que cette disposition possède un effet rétroactif⁵⁰. Avec respect, je croirais plutôt que la question n'est pas réglée et qu'elle peut être débattue devant le tribunal arbitral. À mon avis, la disposition semble indiquer que seuls les recours issus des conséquences de l'embargo sont prohibés. Les recours déjà amorcés avant la date butoir du 15 avril 1992 ne sont pas nécessairement touchés par cette mesure. Il en serait de même pour les réclamations présentées après le 15 avril 1992, lorsque celles-ci ne sont pas tributaires des mesures onusiennes. En d'autres mots, seules seraient irrecevables les demandes d'indemnisations pour tous les dommages directs et indirects causés par l'embargo ou reliés à celui-ci. Quant à l'effet des règlements du Conseil de l'Union européenne adoptés le 29 novembre 1993, et en particulier de l'article 3 du règlement 3275-93, il s'agit d'une question à être aussi tranchée par le tribunal arbitral.

92. [92] Le professeur Philippe Leboulanger émet dans son opinion les commentaires suivants sur la question de la rétroactivité, commentaires qui m'apparaissent convaincants :

La Résolution 883 du Conseil de Sécurité et les règlements du Conseil de l'Union européenne n'instituent aucune inarbitrabilité objective, ni même subjective, en attribuant une compétence exclusive aux juridictions étatiques des pays de l'Union européenne pour connaître de litiges qui ne sont pas, comme c'est le cas du différend qui oppose LAA et Air France, la conséquence de l'embargo à l'égard de la Libye. Ces textes ne visent en effet qu'à rendre provisoirement irrecevables les seules demandes tendant à obtenir l'indemnisation des

⁴⁸ François CÔTÉ, «Les notions d'ordre public et d'arbitrabilité dans le cadre de l'article 946.5 C.P. et leurs implications internationales», (1988) *R.J.E.L.* 31, 36.

⁴⁹ M.A., p. 1666.

⁵⁰ M.A., p. 160, par. 10.

dommages qui sont la conséquence directe ou indirecte de l'embargo, ce qui est cohérent avec le but poursuivi par le Conseil de Sécurité des Nations Unies et le Conseil de l'Union européenne.

Interpréter autrement la lettre et l'esprit de ces textes conduiraient à instituer une immunité juridictionnelle absolue et rétroactive au profit des cocontractants des parties libyennes et au profit de celles-ci, ce qui serait contraire non seulement au droit et à l'équité, mais encore au simple bon sens⁵¹.

93. [93] Dans le présent cas, l'intimée a présenté une requête en arbitrage qui comprend deux volets⁵². Elle allègue que le contrat conclu entre les parties aurait été interrompu une première fois le 1^{er} novembre 1985 pour ensuite subir une cessation complète le 16 avril 1992. À première vue, les arbitres ne pouvaient donc pas mettre totalement de côté la demande d'arbitrage de l'intimée au motif qu'elle était interdite par les mesures onusiennes. Il appartiendra évidemment à l'intimée de faire la preuve devant l'instance arbitrale qu'effectivement une partie de sa réclamation est née avant l'arrivée de l'embargo.

94. [94] Quant à l'effet de la suspension de l'embargo, il ne m'apparaît pas que la Cour doive trancher cette question qui est, disons-le encore une fois, à ce stade des procédures, du ressort du tribunal arbitral.

95. [95] Conséquemment, l'argument voulant que le tribunal arbitral n'ait pas respecté l'ordre public transnational n'est pas fondé et la Cour supérieure ne pouvait donc pas annuler la sentence arbitrale en se fondant sur ce moyen.

96. [96] En conclusion, après analyse des diverses mesures onusiennes et des pouvoirs qui sont spécifiquement conférés aux tribunaux étatiques québécois, je suis d'avis que la Cour ne doit pas intervenir à l'égard du jugement entrepris. La juge de première instance a tranché selon les règles prévues dans le *Code de procédure civile* et, en conséquence, l'appel devrait être rejeté avec dépens.

LOUISE MAILHOT J.C.A.

⁵¹ Opinion de Philippe Le Boulanger le 27 avril 1999, M.A., p. 255.

⁵² Pièce R-8, M.A., p. 568.