
MOTIFS DE LA JUGE BICH

[5] La Cour est saisie de l'appel d'un jugement du 24 novembre 2005 par lequel la Cour supérieure, district de Drummond (l'honorable André Roy), accueille la requête des intimés en annulation de deux sentences arbitrales rendues par l'arbitre Pierre A. Michaud et rejette la requête des appelants en homologation desdites sentences.

[6] L'affaire soulève l'intéressante – et fort épineuse – question des pouvoirs de l'arbitre auquel les parties ont confié une mission d'amiable compositeur.

I. CADRE FACTUEL ET PROCÉDURAL

[7] Les appelants (« Groupe Roger ») et les intimés (« Groupe Denis ») œuvrent dans le domaine du transport routier. Après deux ans de négociations¹, ils concluent en 1998 une transaction² mettant fin à une série de litiges entre eux. Groupe Denis s'y engage à verser 2 562 500 \$ à Groupe Roger, selon une certaine formule élaborée par les comptables des deux parties. L'engagement de Groupe Denis est le suivant :

2. S.G.T. 2000 inc. s'engage à verser à St-Germain Transport Ltée (ou à toute autre personne que cette dernière pourra lui indiquer) la somme de deux millions cinq cent soixante-deux mille cinq cents dollars (2 562 500 \$) (« le capital »). Ce capital et, le cas échéant, les intérêts sur ce capital ne seront payables par S.G.T. 2000 inc. que de la façon prévue à la formule (« la Formule ») initialisée par les parties et jointe en annexe A à la présente comme pour en faire partie intégrante, et conditionnellement à ce que le Groupe S.G.T. (tel que défini en l'annexe A) rencontre le test comptable établi au sein de ladite Formule.

Toutes et chacune des autres parties composantes du Groupe S.G.T. se portent solidairement responsables des obligations financières contractées par S.G.T. 2000 inc. envers le Groupe Roger, telles que décrites à la présente ainsi qu'à l'annexe A.

[8] La formule en question prévoit que le capital et les intérêts de la somme due seront payés à même les fonds disponibles des sociétés membres du Groupe S.G.T., ces « fonds disponibles » étant définis ainsi par l'annexe A de la transaction :

¹ Notons que les parties étaient représentées par avocats lors de ces négociations et assistées d'experts-comptables.

² Transaction du 13 juillet 1998, pièce R-12.

- 1.3 Les **fonds disponibles** pour le paiement du montant convenu entre les parties seront constitués des fonds générés par les activités d'exploitation desquels on déduira les montants suivants, tels qu'ils apparaîtront à l'état de l'évolution de la situation financière, préparé sur une base consolidée ou cumulée, selon le cas, pour l'exercice financier annuel des sociétés du groupe, vérifié par les vérificateurs de SGT 2000 Inc. :
- a) les versements en capital sur les dettes à long terme;
 - b) les sommes affectées à l'acquisition d'actifs immobilisés, utilisés dans l'exploitation de Groupe SGT, déduction faite des sommes obtenues de nouveaux financements reliés à ces acquisitions au cours de l'exercice et du produit de la vente d'actifs immobilisés;
 - c) les sommes affectées à l'acquisition de placements, utiles dans la poursuite des activités de Groupe SGT, déduction faite du financement obtenu et du produit de la vente de tels placements;
 - d) les sommes exigées par les banquiers de Groupe SGT en remboursement de la marge de crédit aux fins des opérations au cours de l'exercice qui n'auraient été prises en compte dans le calcul des fonds générés par les activités d'exploitation (art. 1.2).

La somme ainsi obtenue sera désignée comme étant les **fonds disponibles**.

[9] Les paiements au Groupe Roger sont en outre régis par les dispositions suivantes de la même annexe :

2. 50% des **fonds disponibles**, sur une base annuelle, devront être versés à le Groupe Roger dans l'ordre suivant :

[...]

3. Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) de l'article 2, seulement pour la période du 1^{er} juin 1998 au 1^{er} février 1999, SGT 2000 Inc. s'engage à verser mensuellement, en sus, le cas échéant, du montant autrement payable en vertu du susdit alinéa, à le Groupe Roger un montant de 10 000 \$ à valoir sur le capital.

[...]

8. Groupe SGT s'engage à limiter, sur une base annuelle, les acquisitions de véhicules de façon à maintenir l'âge moyen de la flotte à 3,5 ans.

[...]

11. L'exigence écrite d'une institution financière ou d'une société de financement en droit d'exiger les états financiers d'une société de Groupe SGT à des fins de financement de Groupe SGT à l'effet d'interdire à SGT 2000 Inc. de payer, en totalité ou en partie, à le Groupe Roger, les sommes prévues à la présente annexe suspendra les obligations contractées par le Groupe SGT aux termes de la présente, telle exigence ne mettant pas un terme à la convention de règlement qui continuera à lier les parties.

Les paiements prévus devront reprendre dès que l'autorisation nécessaire aura été accordée par le prêteur.

[10] La transaction comporte également les stipulations suivantes, qui sont à l'origine du présent litige :

5. Dans l'éventualité où quelque différend ou litige surviendrait entre, d'une part, l'une quelconque des parties composantes du Groupe Roger et, d'autre part, l'une quelconque des parties composantes du Groupe Denis en rapport avec l'interprétation, l'application ou l'exécution de quelque disposition de la présente et de ses annexes, les parties s'engagent à ce que tel différend ou litige soit soumis à la décision finale, définitive et sans appel de M. André Saint-Michel, C.A. de Samson Bélair Deloitte & Touche et ce, à l'exclusion des tribunaux, le tout sous réserve de ce que mentionné en l'article 6 ci-après.

En cas de défaut ou d'impossibilité de M. André Saint-Michel de pouvoir agir, les parties reconnaissent qu'il sera remplacé, en cette qualité d'arbitre unique, par un associé de la firme comptable Samson Bélair Deloitte & Touche à être désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par un juge de la Cour supérieure.

[...]

7. Les conventions d'arbitrage contenues aux articles 5 et 6 doivent être considérées comme des conventions distinctes des clauses de la présente convention de règlement, le tout tel que stipulé en l'article 2642 du *Code civil* du Québec.

De plus, l'arbitre désigné dans chacune de ces conventions d'arbitrage :

- a) pourra agir en qualité d'amiable compositeur; et
- b) aura entière discrétion aux fins de disposer de la façon dont les frais relatifs à l'arbitrage, y compris, le cas échéant, ses honoraires et tous les frais d'expertise, se répartiront entre les parties.

[11] Il appert que, depuis la conclusion de cette transaction, Groupe Denis (ou plus exactement S.G.T. 2000 inc.) n'a fait aucun versement à Groupe Roger, sauf quant aux

sommes mentionnées à l'article 3 de l'annexe A³, qui ont été payées. L'application aux années 1998, 1999, 2000, 2001 et 2003 de la formule prévue par la transaction n'a pas permis de dégager de « fonds disponibles ». En 2002, quoique des fonds aient été disponibles, le prêteur de S.G.T. 2000 inc. a interdit à celle-ci de procéder au versement qui aurait pu être fait à Groupe Roger.

[12] Insatisfait de la situation, qu'il estime n'être pas conforme à l'esprit de l'entente intervenue entre les parties et à l'intention de celles-ci, Groupe Roger soumet un premier différend à l'arbitrage d'André Saint-Michel, conformément à l'article 5 de la transaction, et demande l'annulation de la transaction ou la modification de la formule et des modalités de paiement. Groupe Denis présente une requête en irrecevabilité de cette demande, estimant qu'il n'y a pas véritablement de différend entre les parties, Groupe Roger cherchant plutôt à faire modifier en sa faveur une transaction dont il estime apparemment que les termes ne lui sont pas aussi favorables qu'il l'espérait. Or, selon Groupe Denis, l'arbitre n'a pas compétence pour modifier la transaction car, en donnant raison à Groupe Roger, il se trouverait à donner une solution non pas à un désaccord issu de l'interprétation, de l'application ou de l'exécution de cette transaction mais plutôt au désaccord initial que cet instrument avait pour but de régler⁴.

[13] Saisi de cette requête en irrecevabilité, l'arbitre Saint-Michel estime qu'à première vue la demande de Groupe Roger, plutôt qu'un différend rattaché à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la transaction, constitue la manifestation d'une insatisfaction à l'endroit des résultats de l'application de celle-ci. Acceptant cependant d'examiner la notion de différend de manière plus libérale, l'arbitre se demande alors s'il a le pouvoir d'ordonner la modification ou l'annulation de la transaction, comme le réclame Groupe Roger. Jugeant qu'aucune preuve n'a été faite d'une déficience quelconque de la transaction ou de l'incapacité future de Groupe Denis de verser les sommes dues, il conclut qu'une modification de la formule acceptée par Groupe Denis remettrait en cause le consentement de celui-ci à la transaction; il conclut aussi que l'incapacité de Groupe Denis « de générer au cours des quatre premières années des liquidités [suffisantes] pour rencontrer le test de La Convention ne permet pas [...] de prononcer son annulation »⁵; finalement, il conclut, dans son dispositif, que « ni La Convention ni le Code de procédure civile ne lui confèrent le pouvoir d'ordonner l'annulation de la Convention sur la base des allégations énoncées »⁶ par Groupe Roger, dont il rejette la requête.

[14] Groupe Roger demande à la Cour supérieure d'annuler cette sentence, demande qui est accueillie par le juge Jean-Guy Dubois, le 26 avril 2004⁷, pour cause de violation de la règle *audi alteram partem*. Selon le juge, l'arbitre Saint-Michel, qui devait d'abord

³ C'est-à-dire : 10 000 \$ par mois, du 1^{er} juin 1998 au 1^{er} février 1999, pour un total de 90 000 \$.

⁴ Voir la requête en irrecevabilité de Groupe Denis, telle qu'exprimée dans la lettre adressée à l'arbitre Saint-Michel le 3 septembre 2002, pièce R-19, p. 3-5.

⁵ Sentence de l'arbitre Saint-Michel, 7 avril 2003, pièce R-20, p. 5.

⁶ *Ibid.*

⁷ Jugement du juge Dubois, pièce R-21.

se pencher sur la requête en irrecevabilité présentée par Groupe Denis à l'encontre de la demande d'arbitrage de Groupe Roger, ne pouvait que statuer là-dessus : ayant décidé qu'il existait un différend, il ne pouvait se prononcer sur le fond du litige sans d'abord entendre les parties, ce qu'il n'a pas fait. Le juge Dubois renvoie par conséquent les parties à l'arbitrage devant un autre arbitre que les parties devront désigner d'un commun accord ou, à défaut, que désignera le tribunal.

[15] C'est à la suite de ce jugement que l'arbitre Pierre A. Michaud, mis en cause, est choisi par les parties pour arbitrer la demande de Groupe Roger. Groupe Denis présente une nouvelle requête en irrecevabilité, qui est rejetée par l'arbitre Michaud (sentence du 7 octobre 2004), celui-ci estimant que le jugement du juge Dubois, qui n'a pas été porté en appel, a l'effet de la chose jugée sur la question de l'existence d'un différend et la nécessité de statuer sur le fond de celui-ci⁸. Groupe Denis (qui aurait eu l'intérêt juridique de le faire) n'a pas demandé l'annulation de cette sentence et ne conteste apparemment plus l'existence, comme telle, d'un différend arbitral (ou litige) au sens de la convention d'arbitrage. Le présent pourvoi repose donc sur le postulat de l'existence et de l'arbitrabilité de ce différend.

[16] Après cette décision arbitrale interlocutoire, l'affaire est donc entendue sur le fond et une audition est tenue le 22 novembre 2004. Y comparaissent les témoins Archer Garbuz (comptable qui a conseillé Groupe Roger lors de la négociation de la transaction), Denis Coderre (principal acteur du Groupe Denis), Roger Coderre (principal acteur de Groupe Roger) et Yvan Morin, vérificateur des entreprises de Groupe Denis.

[17] Dans une première sentence, en date du 14 décembre 2004, l'arbitre conclut que la situation découlant de l'application des termes de la transaction « est inéquitable et nécessite que l'on corrige le tir » (paragr. 57). Il s'explique ainsi :

52. Quelle était leur intention? Je retiens de la preuve les éléments principaux suivants :

- 1) il fallait éviter un long et coûteux procès qui aurait un effet encore plus divisif sur la famille et entraîné angoisse et perte de temps.
- 2) tout en reconnaissant son endettement envers le Groupe Roger, le Groupe Denis se verrait accorder un délai pour le paiement de sa dette qui ne mettrait pas en péril sa viabilité.
- 3) Le Groupe Roger anticipait recevoir paiement de la totalité de sa créance dans un délai maximum de dix ans. Le comptable Garbuz était d'avis que s'il n'y avait pas de fonds disponibles dans les deux premières années ce serait parce que le Groupe Denis n'était plus en affaires.

⁸ Sentence de l'arbitre Pierre A. Michaud, 7 octobre 2004, pièce R-24, rejetant la requête en irrecevabilité de Groupe Denis.

4) La formule comptable prévoit un escompte dans le cas où 50% du capital est payé à la fin de la cinquième année et un autre crédit est accordé si le solde du capital est acquitté avant la fin de la septième année.

53. Six ans plus tard, le Groupe Denis a progressé de façon spectaculaire, ses acquisitions le plaçant dans les trente premières entreprises de transport au pays. Les profits après taxes des trois dernières années, dépassent les 3 000 000 \$. Même si des fonds étaient disponibles en 2002, les banquiers du Groupe Denis ont refusé de donner leur accord à un paiement envers le Groupe Roger.

54. Je suis persuadé que les deux parties n'ont jamais anticipé qu'aucun versement ne serait fait après six ans. Or, selon les comptables, on ne peut même pas espérer des fonds disponibles dans un avenir prévisible.

55. La formule concoctée par les comptables a sous-estimé l'importance des acquisitions futures. Elle prévoit qu'une fois les profits nets établis, il faut déduire en plus des versements en capital sur les dettes à long terme :

3.1 b les sommes affectées à l'acquisition d'actifs immobilisés, utilisés dans l'exploitation de Groupe SGT, déduction faite des sommes obtenues de nouveaux financements reliés à ses acquisitions au cours de l'exercice et du produit de la vente d'actifs immobilisés.

56. Cette définition de « fonds disponibles » donne un résultat que ni l'une ni l'autre des parties n'avaient envisagé.

[18] Comment corriger cette iniquité? L'arbitre estime que :

60. Je suis persuadé qu'il est possible de modifier la formule de façon à permettre que l'intention des parties se réalise.

61. Les pouvoirs de l'amiable compositeur et arbitre me permettent-ils de le faire? Les procureurs du Groupe Denis plaident avec vigueur que l'article 944.10 me l'interdit.

62. Il ne s'agit pas ici de modifier la transaction mais de suppléer au défaut des parties d'anticiper l'effet des acquisitions. Il s'agit plutôt, comme le signale Antaki dans le texte cité plus haut, « de corriger l'effet d'un changement de circonstances que les parties n'avaient pas pu prévoir. »

[...]

65. Avec respect pour l'opinion contraire, je vois dans les textes qui précèdent l'autorité me permettant de modifier la formule concoctée par les comptables. Il ne s'agit pas de faire fi du contrat mais plutôt de permettre que l'intention des parties se réalise concrètement.

[19] L'arbitre conclut donc ainsi :

70. Pour ces motifs :

J'accueille en partie la réclamation du Groupe Roger;

J'accorde aux parties un délai se terminant le 1^{er} février 2005 pour me faire des suggestions quant à la modification de la formule A de façon à ce que la dette du Groupe Denis envers le Groupe Roger soit remboursée sur une période raisonnable sans pour autant mettre en péril la viabilité de l'entreprise.

Après le 1^{er} février 2005, j'émettrai l'ordonnance jugée appropriée après avoir reçu les suggestions des parties ou sans le bénéfice de celles-ci si elles ne s'entendent pas.

[20] Le 13 janvier 2005, Groupe Denis présente à la Cour supérieure une requête en annulation de la sentence reprochant essentiellement à l'arbitre d'avoir excédé sa compétence en concluant qu'il pouvait modifier la formule énoncée par la transaction, ce qui contrevient au troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c., disposition qui obligerait l'amiable compositeur à respecter les stipulations du contrat. Groupe Denis reproche également à l'arbitre d'avoir violé la règle *audi alteram partem*.

[21] Le 17 janvier 2005, estimant que « la requête [en annulation] ne laisse aucun doute quant à l'impossibilité pour les parties d'arriver à un accord »⁹ et « qu'il est dans l'intérêt des parties qu'une ordonnance finale soit rendue, ce qui permettra à la Cour supérieure de disposer complètement du litige »¹⁰, l'arbitre juge opportun de rendre immédiatement l'ordonnance remédiate annoncée dans sa sentence précédente, ordonnance dont voici les extraits pertinents :

8. Pour tous les motifs énoncés dans ma décision du 14 décembre 2004, j'estime nécessaire de supprimer de la formule comptable (annexe A) la clause 1.3b, laquelle a été identifiée comme l'obstacle principal à la réalisation de l'intention des parties.

9. De plus, il est nécessaire de radier la clause 11 de la formule puisqu'elle rend tout paiement envers la dette tributaire du bon vouloir de l'institution financière.

EN CONSÉQUENCE :

Je déclare que le solde de la dette due par le Groupe Denis au Groupe Roger devra être payée par l'application de la formule comptable identifiée comme annexe A, ladite formule étant amendée par le retrait des clauses 1.3(b) et 11 et ce, à compter de l'année financière 2004.

⁹ Sentence de l'arbitre Michaud, 17 janvier 2005, paragr. 6.

¹⁰ *Id.*, paragr. 7.

[22] Groupe Denis modifiera sa requête en annulation, de façon qu'elle vise également la seconde sentence. Groupe Roger conteste vigoureusement cette requête et présente de son côté une requête en homologation des deux sentences arbitrales.

II. JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[23] Le juge de première instance conclut que l'arbitre a outrepassé les limites de sa compétence en retranchant certaines des stipulations de la transaction. Selon le juge, le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. oblige l'amiable compositeur à respecter les termes du contrat, à moins que les parties, comme elles peuvent le faire en vertu de l'article 940 C.p.c., ne l'en exemptent, ce qui n'est pas ici le cas. Le juge ajoute que :

[71] Il est clair qu'en l'espèce l'application rigoureuse des dispositions de l'entente convenue par les parties ne conduit pas nécessairement à une solution juste et qu'elles risquent de demeurer dans une impasse. Mais vaut-il mieux risquer de créer une insécurité dans les relations contractuelles en permettant à l'amiable compositeur d'aller à l'encontre de la force obligatoire du contrat? Le législateur québécois a clairement écarté cette avenue en édictant l'article 944.10, al. 3, C.p.c. alors qu'une telle approche aurait sans doute été possible selon l'ancien article 948.

[72] Le Tribunal est donc d'avis qu'en modifiant la transaction pour en « supprimer de la formule comptable, la clause 1.3 b) » et pour en « radier la clause 11 », l'arbitre a rendu des sentences qui contiennent des décisions qui dépassent les termes de la convention d'arbitrage (article 946.4 (4) C.p.c.) et qu'en conséquence, il se doit d'intervenir pour les annuler et en refuser l'homologation.

[73] De plus, en radiant la clause 11 de l'annexe, l'arbitre affectait les droits d'un tiers qui n'était pas une partie devant lui.

[24] Cela étant, le juge estime qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur l'autre motif d'annulation allégué par Groupe Denis (violation de la règle *audi alteram partem*).

[25] Il accueille donc la requête de Groupe Denis, annule les sentences arbitrales et rejette par ailleurs la requête en homologation de Groupe Roger.

[26] Ce dernier se pourvoit à la fois sur l'annulation et sur l'homologation¹¹.

III. MOYENS D'APPEL

[27] Pour l'essentiel, et je résume ici de manière schématique, Groupe Roger reproche au juge de première instance d'avoir donné à l'article 944.10 C.p.c. une

¹¹ Voir les conclusions de l'inscription en appel (que confirme le mémoire de Groupe Roger).

interprétation fautive : d'une part, le troisième alinéa de cette disposition ne viserait que les termes de la convention d'arbitrage, mais non le contrat dans lequel s'insère cette convention (selon le principe de distinction établi par l'article 2642 C.c.Q.); d'autre part, cet alinéa n'empêcherait nullement l'arbitre investi des pouvoirs de l'amiable compositeur de modifier la lettre de la transaction afin d'en faire primer l'esprit et de répondre ainsi à l'intention des parties. Toute autre interprétation, en restreignant indûment les pouvoirs de l'amiable compositeur, laisserait par ailleurs perdurer une situation intenable et inéquitable, que les parties n'ont pas voulue.

[28] Sans surprise, Groupe Denis maintient au contraire qu'en agissant comme il l'a fait, l'arbitre aurait enfreint le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c., auquel l'entente des parties n'a pas voulu déroger. En supprimant deux des dispositions de la transaction, l'arbitre aurait dérogé à la volonté des parties, excédant la compétence que lui confèrent son rôle d'amiable compositeur et la convention d'arbitrage. Par ailleurs, ce n'est pas parce que Groupe Roger estime aujourd'hui être défavorisé par la transaction, dont tous les termes ont été longuement négociés et mis au point, que l'on doit conclure à une situation inéquitable autorisant l'arbitre-amiable compositeur à biffer une partie du contrat au nom de l'intention présumée des cocontractants.

[29] Groupe Denis fait par ailleurs valoir que l'arbitre a violé les règles de justice naturelle lors de la première sentence, ce qui justifierait son annulation et, par conséquent, l'annulation de la seconde.

IV. ANALYSE

A. Questions préliminaires

[30] Deux questions doivent être abordées de façon préliminaire : celle du caractère régulier ou irrégulier de l'appel, sur le plan procédural, et celle de la preuve nouvelle que Groupe Denis souhaite déposer au dossier.

1. Nécessité d'une permission d'appeler

[31] Les procédures des parties devant la Cour supérieure ayant pour but soit d'obtenir soit de contrer l'exécution des sentences de l'arbitre mis en cause, l'appel de Groupe Roger aurait dû faire l'objet d'une permission préalable, conformément au troisième paragraphe du second alinéa de l'article 26 C.p.c. C'est ce qu'indique la jurisprudence de notre Cour : voir par exemple *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP), section locale 145 c. Gazette (The), une division de Southam inc.*¹²; *Reny c. 9001-8722 Québec inc.*¹³ (implicitement); *Fraternité des policières et des policiers de la Sûreté régional des Riverains inc. c. Régie*

¹² 2006 QCCA 1522, J.E. 2006-2355, paragr. 3.

¹³ 2006 QCCA 1525, J.E. 2006-2357.

*intermunicipale de police des Riverains*¹⁴; *Québec c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*¹⁵; *Viandes du Breton inc. c. Notre-Dame-du-Lac (Ville de)*¹⁶.

[32] Or, que ce soit en rapport avec l'annulation des sentences arbitrales ou leur homologation (qui est toujours demandée en appel), Groupe Roger n'a ni sollicité ni obtenu la permission de faire appel, se contentant plutôt d'une inscription. Techniquement, l'appel a donc été formé irrégulièrement. Groupe Denis n'ayant pas soulevé ce moyen, il paraît opportun de se pencher néanmoins sur le fond de l'affaire, vu la nature de celle-ci.

2. Requête pour preuve nouvelle

[33] Groupe Denis a présenté une requête pour preuve nouvelle visant des documents qui démontreraient que, contrairement aux prévisions de l'arbitre¹⁷, la formule énoncée dans la transaction litigieuse permet au contraire, pour l'année 2006, de dégager des fonds disponibles et de faire un paiement de 250 000 \$ à Groupe Roger, paiement auquel l'institution financière de Groupe Denis ne s'oppose pas.

[34] Selon Groupe Denis, cette preuve, qui est manifestement nouvelle puisqu'elle n'existait ni à la date des sentences arbitrales ni à celle du jugement de première instance, devrait être reçue par la Cour car elle « comporte une importance évidente quant à l'issue du litige puisque les résultats annuels du test comptable ont été le point central des sentences arbitrales rendues par le mis en cause »¹⁸. Groupe Denis ajoute qu'« il est dans l'intérêt de la justice que cette Cour soit informée des circonstances survenues pendant l'instance d'appel, [lesquelles] jettent sur les faits un éclairage différent de celui alors envisagé par l'arbitre mis en cause »¹⁹.

[35] De façon à projeter un éclairage complet sur l'affaire, Groupe Denis a également demandé la permission de produire les résultats de la formule pour l'année 2005²⁰.

[36] La requête de Groupe Denis a été rejetée à l'audience d'appel, les motifs de ce rejet étant exposés ci-dessous.

[37] L'article 509 C.p.c. énonce que :

509. En appel, un juge entend tous les incidents prévus au Titre IV du Livre II dans la mesure où ils sont applicables.

¹⁴ 2006 QCCA 1524, J.E. 2006-2356 (*a contrario*).

¹⁵ J.E. 2002-703 (C.A.).

¹⁶ 2006 QCCA 358, B.E. 2006BE-382 (qui vise l'homologation).

¹⁷ L'arbitre a conclu au caractère inéquitable de la transaction parce que celle-ci ne permettrait pas de dégager des fonds disponibles dans un avenir prévisible (voir paragr. 54 de la sentence du 14 décembre 2004).

¹⁸ Paragr. 27 de la requête pour preuve nouvelle.

¹⁹ Paragr. 31 de la requête pour preuve nouvelle.

²⁰ Voir paragr. 33 et 34 de la requête pour preuve nouvelle.

La Cour peut, si l'intérêt de la justice le requiert, permettre à une partie, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

L'une ou l'autre de ces demandes est soulevée par requête et la procédure est la même qu'en première instance, à moins de règles de pratique contraires.

Lors de l'audition d'une telle demande, toute partie peut présenter une preuve appropriée et, le cas échéant, le juge ou la Cour, selon le cas, peut renvoyer la cause devant le tribunal de première instance pour qu'il y soit fait quelque preuve s'y rapportant.

Le juge peut déferer une demande à la Cour, s'il estime que l'intérêt de la justice le requiert.

[Je souligne.]

[38] La jurisprudence relative au second alinéa de cette disposition, seul pertinent ici, est tout aussi abondante que constante. La Cour, dans *Arthur c. Johnson*²¹, rappelle en ces termes les conditions applicables à la demande de production d'une preuve nouvelle :

[14] Les critères auxquels est soumise la demande d'autorisation pour introduire une preuve nouvelle en appel furent dégagés dans *Dimanche Matin Ltée c. Fabien* [renvoi omis] où le juge Bisson (il n'était pas encore juge en chef) écrivait :

La Cour d'appel n'emploiera sa discrétion pour permettre une preuve non admise en première instance que si cette dernière répond aux conditions suivantes:

1. Elle doit être nouvelle;
2. Elle doit être indispensable;
3. On doit être en présence de circonstances exceptionnelles; et
4. Les fins de la justice doivent requérir l'introduction de cette preuve.

En principe, la Cour d'appel doit évaluer les faits ainsi qu'ils ont été soumis à la Cour de première instance.

²¹ J.E. 2004-408 (C.A.), paragr. 14. Au même effet, voir par exemple : *Dimanche Matin Ltée c. Fabien*, [1983] C.A. 553; *Coutu c. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793 (C.A.); *Poissant c. Monette*, J.E. 97-1926 (C.A.); *Droit de la famille - 3640*, J.E. 2000-1243 (C.A.); *Gestion Pirel Ltée c. Chouinard*, [2004] R.J.Q. 80 (C.A.); *Immeubles de l'Estuaire phase III inc. c. Syndicat des copropriétaires de l'Estuaire Condo phase III*, 2006 QCCA 781, J.E. 2006-1224; *Fillion c. Chiasson*, [2007] R.J.Q. 867 (C.A.).

Il arrivera des cas où certaines circonstances survenues pendant l'instance en appel jetteront sur les faits mis en preuve un éclairage tellement différent de celui envisagé par celui du procès qu'une nouvelle preuve pourra être permise.

[39] En l'espèce, la preuve, manifestement, est nouvelle.

[40] Elle n'est cependant pas indispensable, dans les circonstances, puisqu'elle n'est pas pertinente aux questions soulevées par le pourvoi, qui sont les suivantes : l'arbitre pouvait-il, compte tenu du troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, s'autoriser de ses pouvoirs d'amiable compositeur pour retrancher deux dispositions de la transaction conclue par les parties ou a-t-il, ce faisant, excédé les termes de la convention d'arbitrage au sens de l'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 4, *C.p.c.*; l'arbitre a-t-il respecté, aux fins de sa sentence du 14 décembre 2005, les règles de justice naturelle?

[41] Pour répondre à ces questions, il n'est pas nécessaire de savoir que la formule prévue par la transaction a, contrairement aux prévisions de l'arbitre, produit des résultats qui permettent, pour 2006, le paiement d'une somme de 250 000 \$ à Groupe Roger. En effet, cet élément d'information se rattache au *fond* du différend entre les parties et à la question de savoir si la transaction est inéquitable (comme le décide l'arbitre) ou non (comme le prétend Groupe Denis). Or, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation ou d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale, la Cour supérieure ne peut examiner le fond du différend et peut encore moins statuer là-dessus. L'article 946.2 *C.p.c.* (applicable aux demandes d'annulation en raison de l'article 947.2 *C.p.c.*²²) énonce en effet que :

946.2 Le tribunal saisi d'une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend.

Cette interdiction vise également la Cour lorsqu'elle est saisie de l'appel d'un jugement statuant sur l'homologation ou l'annulation d'une sentence arbitrale²³.

[42] Bref, dans la mesure où les éléments de preuve que Groupe Denis souhaite produire visent à démontrer l'inexactitude des conclusions de fait de l'arbitre sur le fond du différend, leur production ne peut pas être permise puisque, compte tenu des articles 946.2 et 947.2 *C.p.c.*, ils ne sont pas pertinents à la résolution des questions que soulève le pourvoi et ne peuvent pas même être considérés.

²² Cette disposition énonce que :

947.2 Les articles 946.2 à 946.5 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande d'annulation de la sentence arbitrale.

²³ Sur toute la question de l'examen du fond en marge de l'homologation ou de l'annulation d'une sentence arbitrale, examen qui est en principe prohibé, voir *Desputeaux c. Éditions Chouette*, [2003] 1 R.C.S. 178, paragr. 54 et, surtout, 65-69. Voir également : *Compagnie d'assurance Standard Life du Canada c. Lavigne*, 2008 QCCA 516, paragr. 46 à 52.

B. Questions de fond

[43] L'arbitre pouvait-il, en vertu des pouvoirs d'amiable compositeur que lui confère la transaction, retrancher deux des dispositions de celle-ci et modifier en conséquence la formule établie par les parties? Ce faisant, a-t-il outrepassé les limites qu'impose le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.* et, du même coup, dépassé les termes de la convention d'arbitrage au sens de l'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 4, *C.p.c.*? A-t-il par ailleurs manqué aux règles de justice naturelle, par violation de la règle *audi alteram partem*, au sens du paragraphe 3 de cette même disposition?

1. Remarques préliminaires

[44] Tel que mentionné précédemment (voir *supra*, paragr. [15]), en raison de la façon dont l'affaire fut engagée et depuis le jugement du juge Dubois en avril 2004, l'existence d'un différend arbitral entre les parties est acquise au débat, quelles que soient les réserves que l'on pourrait être tenté d'entretenir sur ce point²⁴. Une partie de la difficulté sous-jacente à la présente affaire réside d'ailleurs dans la question de savoir comment, en pratique, solutionner un différend qui, peut-être, n'en était pas un au sens où l'entendent la jurisprudence et la doctrine majoritaires, mais qui doit néanmoins être tenu pour tel²⁵.

[45] Dans un autre ordre d'idées, l'intervention de la Cour, comme celle de la Cour supérieure, s'inscrit dans le cadre de l'application des articles 946.4 et 947.2 *C.p.c.* et diffère de celle que l'on adopte dans le cadre d'une procédure de révision judiciaire²⁶. Il

²⁴ Avec égards, on peut ainsi se demander s'il y a bien différend (ou litige) au sens de l'article 5 de la transaction, qui résulterait de l'interprétation, de l'application ou de l'exécution de celle-ci, dans la mesure où l'arbitre reconnaît que la formule comptable établie par cette transaction et dont Groupe Roger est désormais insatisfait a été scrupuleusement respectée par les parties. Dans la demande qu'elle adresse à l'arbitre, Groupe Roger demande la modification ou l'adaptation de cette formule, ce qui, *en l'absence d'une clause de modification ou d'adaptation dans la transaction ou dans la formule* elle-même ne constituerait pas un différend mais un simple désaccord issu des lacunes de la transaction. Voir à ce propos : Alain PRUJINER, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage », (1992) 37 *McGill L. J.* 428, 431-435, renvoyant notamment à *Sport Maska Inc. c. Zittler*, [1988] 1 R.C.S. 564; John E. C. BRIERLEY, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », [1987] *C.P. du N.* 507, p. 535-537, paragr. 40-47.

²⁵ On notera que le juge de première instance est d'avis qu'il existe bel et bien un différend entre les parties : voir le paragr. 48 du jugement.

²⁶ Voir *Desputeaux c. Éditions Chouette*, voir *supra*, note 23. Notre Cour, dans *Laurentienne-vie (La), compagnie d'assurance inc. c. Empire(L'), compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), paragr. 15 et s., reprenant un principe énoncé précédemment dans *Commission des Écoles Catholiques de Montréal c. Cité Construction Cie Ltée*, C.A.M. 500-009-000896-753, 9 janvier 1978 (REID, H., FERLAND, D., *C.P.C. ANNOTÉ*, 1981, v. 3, p. 216), rappelle que le recours régi par l'article 846 *C.p.c.* ne s'applique pas à l'arbitrage conventionnel, la seule voie de recours contre une sentence étant la demande d'annulation régie par les articles 947.2 et 946.4 *C.p.c.*

ne s'agit donc pas ici de se demander si les motifs ou les dispositifs des sentences litigieuses sont appropriés, opportuns, corrects, justes, équitables ou raisonnables, l'article 946.2 C.p.c. interdisant au tribunal de l'homologation ou de l'annulation d'examiner le fond du différend. Il s'agit uniquement de s'assurer que ces sentences ou le processus qui y a mené ne comportent pas l'un ou l'autre des vices indiqués à l'article 946.4 C.p.c. En l'occurrence, comme on le verra, sont en jeu les paragraphes 3 (violation des règles de justice naturelle) et 4 (dépassement des termes de la convention d'arbitrage) du premier alinéa de cette disposition. Dans le premier cas, il faudra pour statuer s'intéresser au seul processus arbitral; dans le second, il faudra « faire abstraction de l'interprétation qui a mené au résultat pour se concentrer sur celui-ci »²⁷.

[46] Aux fins de cet exercice, aucune déférence particulière n'est due à la sentence arbitrale. Les règles de justice naturelle tout comme celles qui régissent le respect des termes de la convention d'arbitrage sont d'ordre public, l'article 940 C.p.c. interdisant du reste qu'on y déroge. Leur violation empêche l'homologation et justifie l'annulation. Compte tenu de la façon dont l'affaire a été plaidée par les parties, nous aborderons en premier lieu la question de savoir si l'arbitre pouvait solutionner le différend comme il l'a fait, pour nous intéresser en second lieu aux règles de justice naturelle.

2. L'arbitre pouvait-il, en vertu des pouvoirs d'amiable compositeur que lui confèrent les parties ou la loi, retrancher deux des dispositions de la transaction?

a. *Observations introductives*

[47] Pour répondre à la question de savoir si l'arbitre, en tant qu'amiable compositeur, pouvait ici retrancher deux des dispositions de la transaction conclue par les parties, il faut examiner l'article 944.10 C.p.c., et plus précisément le troisième alinéa de cette disposition, dont l'interprétation et l'application sont au cœur du litige.

[48] L'article 944.10 a été introduit au *Code de procédure civile* dans le cadre de la réforme qui, en 1986, a substantiellement modernisé le droit québécois de l'arbitrage civil et commercial, l'éloignant à certains égards du droit français dont il s'était jusque-là inspiré²⁸ (mais sans rompre tous les liens) et l'accordant aux grandes tendances internationales et notamment à celles que consacrent la *Loi type de la CNUDCI sur*

²⁷ *Laurentienne-vie (La), compagnie d'assurance inc. c. Empire(L'), compagnie d'assurance-vie*, voir *supra*, note 26, paragr. 44. Dans le même sens, voir : *Gazette (The), une division de Southam inc. c. Blondin*, [2003] R.J.Q. 2090 (C.A.), paragr. 43-51.

²⁸ Voir à ce propos : *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, voir *supra*, note 24, notamment à la p. 579.

*l'arbitrage commercial international*²⁹ (la « Loi type ») ainsi que la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*³⁰. L'article 944.10 *C.p.c.* énonce que :

944.10 Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'*amiables compositeurs* que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

944.10 The arbitrators shall settle the dispute according to the rules of law which they consider appropriate and, where applicable, determine the amount of the damages.

They cannot act as *amiables compositeurs* except with the prior concurrence of the parties.

They shall in all cases decide according to the stipulations of the contract and take account of applicable usage.

[Je souligne.]

[49] Par comparaison, voici la disposition législative antérieure (modifiée en 1986) :

948. Les arbitres doivent juger suivant les règles du droit, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le compromis, ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

La sentence arbitrale doit être rendue à la majorité des voix. Elle doit, dans tous les cas, être motivée, et signée par chacun des arbitres; si l'un refuse de signer, les autres doivent en faire mention, et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous.

²⁹ Voir la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, c. 73, entrée en vigueur le 11 novembre 1986. La *Loi type* a été adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI ») le 21 juin 1985. Elle inspire particulièrement le titre I du livre VII du *Code de procédure civile* (art. 940-947.4 *C.p.c.*). On notera qu'au cours de la même période, le législateur fédéral a lui aussi adopté une loi relative à l'arbitrage, mettant en œuvre un *Code sur l'arbitrage commercial* lui aussi inspiré de la *Loi type* : voir *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985), ch. 17 (2^e suppl.), sanctionnée le 17 juin 1986. Les autres provinces canadiennes ont fait de même, du moins pour ce qui est de l'arbitrage commercial international.

³⁰ Adoptée à New York le 10 juin 1958 par la CNUDCI. Cette convention inspire particulièrement le titre II du livre VII du *Code de procédure civile* (art. 948-951.2 *C.p.c.*), portant sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales rendues hors Québec.

948. The arbitrators must decide according to the rules of law, unless by the submission they have been exempted from doing so, or have been empowered to act as mediators.

The award must be made by a majority of the arbitrators. It must in all cases give the reasons for the decision and be signed by each arbitrator; if one refuses to sign, the others must record such refusal and the award has the same effect as if it had been signed by all the arbitrators.

[Je souligne.]

[50] Quel sens donner au troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c.?

[51] Selon l'opinion qu'exprime l'arbitre dans sa sentence du 14 décembre 2004, le fait que les parties lui ont expressément confié les pouvoirs d'un amiable compositeur l'habilite à modifier la formule qu'elles ont établie dans la transaction : il ne contreviendrait pas ce faisant au troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. puisqu'il ne se trouverait pas à ignorer les stipulations du contrat, mais plutôt à donner effet à la volonté et à l'intention communes des parties, et ce, en faisant primer l'esprit du contrat sur sa lettre. Ce serait, au fond, une façon d'adapter l'exigence du troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. au rôle particulier et aux pouvoirs de l'amiable compositeur ainsi qu'à la nature spécifique du problème. C'est dans la sentence du 17 janvier 2005 que l'arbitre exercera ce pouvoir modificateur, en retranchant deux des dispositions de la formule convenue par les parties.

[52] Ce point de vue est assurément séduisant, particulièrement en l'espèce où, comme le souligne l'arbitre, seule une modification de la formule paraît à première vue permettre de résoudre le différend qui oppose les parties et de sortir celles-ci de l'impasse à laquelle elles semblent acculées. Autrement, ce différend risque de demeurer insoluble. En ce sens, on ne peut donc nier les avantages pratiques et pragmatiques de la solution élaborée par l'arbitre, ce dernier estimant par ailleurs que l'annulation de la transaction n'est pas une solution envisageable³¹.

[53] D'un autre côté, n'est pas moins intéressant le raisonnement du juge de première instance, qui estime au contraire que le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. n'habilitait pas l'arbitre à supprimer deux des dispositions de la transaction, ce qui équivaut à décider sans égard aux stipulations du contrat unissant les parties et à se substituer à elles dans la renégociation de ce dernier. Au contraire de l'ancien article 948 C.p.c., qui n'exprimait pas cette restriction, l'actuel article 944.10 C.p.c. oblige en effet l'arbitre, même lorsqu'il agit à titre d'amiable compositeur, à « décider conformément aux stipulations du contrat », privilégiant ainsi la sécurité des relations contractuelles. Le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c., toutefois, n'est pas impératif. Les parties auraient donc pu y déroger et investir l'arbitre-amiable compositeur du pouvoir de modifier le contrat, ce qu'elles n'ont pas fait. L'article 944.10 C.p.c., y inclus son troisième alinéa, supplée alors au silence de la convention

³¹ Voir sentence arbitrale du 14 décembre 2004, paragr. 58.

d'arbitrage sur ce point et se trouve implicitement intégré à celle-ci³². L'arbitre, qui ne s'est pas conformé aux stipulations du contrat, dont il a plutôt retranché deux clauses, aurait par conséquent dépassé les limites de cette convention au sens de l'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 4, *C.p.c.*

[54] Comment trancher entre ces deux points de vue? La question n'est pas simple, chaque proposition faisant appel à l'intention des parties et à celle du législateur, qui ne sont pas toujours faciles à déterminer, comme le montreront les pages qui suivent. Pour les raisons que j'expliquerai maintenant, je conclus cependant que l'approche retenue par le juge de première instance doit prévaloir. Mes motifs recourent d'ailleurs largement les siens ou, parfois, les développent et s'il m'a néanmoins paru utile de faire l'exercice, c'est afin de répondre directement aux préoccupations formulées par les parties en appel, s'agissant de questions de principe.

b. Interprétation et portée de l'article 944.10 C.p.c.

i. Obligation de l'amiable compositeur de respecter les termes du contrat

[55] L'article 2643 *C.c.Q.* énonce que :

2643. Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou, à défaut, par le Code de procédure civile.

[56] L'article 940 *C.p.c.* prévoit pour sa part que :

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.

[Je souligne.]

[57] L'article 944.10 *C.p.c.* n'étant pas de ceux auxquels il est interdit de déroger, on doit évidemment conclure qu'il a une vocation supplétive, les parties à une convention d'arbitrage étant libres de stipuler autrement à cet égard. Ainsi, elles peuvent certainement convenir de relever l'arbitre-amiable compositeur de l'obligation de respecter les termes du contrat³³ et, par conséquent, le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*; elles peuvent l'investir de tous les pouvoirs remédiateurs qu'elles

³² C'est un raisonnement semblable, quoiqu'exprimé en d'autres termes, que l'on retrouve dans *Régie intermunicipale de l'eau Tracy, St-Joseph, St-Roch c. Construction Méridien inc.*, [1996] R.J.Q. 1236 (C.S.), 1239.

³³ C'est ce qu'avaient fait les parties, plus ou moins expressément mais néanmoins clairement, dans *Concrete Column Clamps, Ltd. c. Cie de Construction de Québec ltée*, (1939) 67 B.R. 537.

souhaitent, y compris celui de résoudre le différend en révisant ou en reconfigurant, le cas échéant, le contrat litigieux³⁴ ou en comblant ses lacunes³⁵. Outre ce type d'habilitation expresse, on pourrait aussi voir une habilitation implicite de l'arbitre-amiable compositeur à agir ainsi dans les cas où la convention d'arbitrage figure dans un contrat ou se rapporte à un contrat imposant ou permettant l'adaptation, l'ajustement ou encore la modification des stipulations contractuelles en cas de changement de circonstances (clause d'imprévision, en quelque sorte) ou pourvoyant à la révision du contrat advenant certaines circonstances.

[58] En l'espèce, la convention d'arbitrage que contient la transaction de 1998 ne traite aucunement de l'article 944.10 *C.p.c.*; elle ne comporte pas de disposition autorisant expressément l'arbitre-amiable compositeur à ne pas respecter les stipulations contractuelles. Pas davantage ne détaille-t-elle formellement les pouvoirs remédiateurs dont les parties entendaient doter l'arbitre-amiable compositeur. Elle ne précise pas non plus que l'arbitre-amiable compositeur a le pouvoir de modifier la transaction (c'est-à-dire le contrat) dont l'interprétation ou l'application fait l'objet du différend entre les parties ou d'en combler les lacunes en formulant par exemple une disposition qui aurait l'effet d'une stipulation contractuelle.

[59] La transaction elle-même ne contient pas de clause de révision ou d'adaptation. Vu ce silence et vu que notre droit ne reconnaît pas la théorie de l'imprévision, ne reconnaissant pas davantage le droit unilatéral à la révision des termes d'un contrat, on ne peut par ailleurs pas voir dans l'article 8 de la transaction (« Les parties s'engagent à poser tout geste et signer tout document de façon à donner plein effet à ce que prévu à la présente ») une stipulation permettant implicitement la révision ou l'adaptation du contrat.

[60] Plutôt, la convention d'arbitrage indique simplement que l'arbitre « pourra agir en qualité d'amiable compositeur »³⁶, sa décision étant par ailleurs finale, définitive et sans appel³⁷. Cette indication suffit-elle à conférer à l'arbitre le pouvoir de modifier le contrat

³⁴ S'inscrivant dans le contexte d'un différend et l'arbitre jugeant de manière définitive après avoir entendu la preuve des parties et leurs arguments (processus comportant une similarité avec le processus judiciaire), pareille convention d'arbitrage conserverait au processus son caractère d'arbitrage juridictionnel, s'éloignant de l'« expertise » ou de l'« arbitrage contractuel », au sens où l'on entend ces termes dans *Sport Maska Inc. c. Zittner*, voir *supra*, note 24, p. 585-605 (arrêt qui se prononce toutefois sur le droit antérieur à la réforme de 1986) et dans John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, voir *supra*, note 24, p. 535-537, paragr. 40-47.

³⁵ Voir à ce sujet : Alain PRUJINER, *loc. cit.*, voir *supra*, note 24, 435 et s., particulièrement aux p. 435-440. Voir aussi : Louis Marquis, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois », (1992) 37 *McGill L.J.* 448, 456-459, notamment à la p. 458, note infrapaginale 50, où l'auteur renvoie au Code de procédure civile néerlandais qui permet aux parties à la convention d'arbitrage de demander à l'arbitre de « combler les lacunes d'un rapport de droit ou modifier ce rapport de droit ». Même si notre propre *Code de procédure civile* ne prévoit pas expressément cette possibilité, on peut l'envisager en vertu de la disposition générale de l'article 940 *C.p.c.*

³⁶ Article 7, deuxième alinéa, paragr. a, de la transaction.

³⁷ Article 5 de la transaction.

sur lequel porte le différend en retranchant certaines de ses dispositions principales, comme il l'a fait ici?

[61] Dans la législation québécoise, seul l'article 944.10 *C.p.c.* parle de l'amiable compositeur³⁸ : le second alinéa de cette disposition prévoit que les parties peuvent convenir d'habiliter un arbitre à agir à ce titre³⁹, mais ne définit pas les pouvoirs qui se rattachent à cette habilitation particulière, sinon par l'expression, au troisième alinéa, d'une réserve sur laquelle je reviendrai plus loin.

[62] L'amiable composition n'est bien sûr pas née avec l'article 944.10 *C.p.c.* Il s'agit d'une institution que reconnaissait déjà l'article 948 *C.p.c.* (voir *supra*, paragr. [49]), qui s'inspirait à cet égard du droit français. Et si le législateur n'a pas cru bon de la définir, la jurisprudence et la doctrine se sont chargées de combler cette lacune, au moins partiellement. Ainsi, dans *Sport Maska Inc. c. Zittreer*, la juge L'Heureux-Dubé, interprétant l'ancien article 948 *C.p.c.*, décrit le rôle et les pouvoirs de l'amiable compositeur :

Le statut d'amiable compositeur permet à son détenteur de statuer en équité, sans être lié par les règles du droit, substantives et procédurales, sauf évidemment les règles d'ordre public, notamment les règles de justice naturelle qui prévoient l'impartialité, l'obligation d'accorder aux parties la possibilité d'être entendues, de motiver la sentence arbitrale, etc.

L'amiable composition n'est pas en soi un concept juridique distinct de celui de l'arbitrage. L'amiable compositeur est plutôt un arbitre que l'on dispense de respecter les règles du droit conformément à l'art. 948 *C.p.c.* (Antaki, « L'amiable composition », dans Antaki et Prujiner, *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international* (1986), à la p. 153). L'amiable compositeur n'est en fait que le « bon père de famille » du *Code civil* transposé en matière d'arbitrage.

[...]

³⁸ Par ailleurs, trois règlements usent également de l'expression. Voir : *Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec*, R.R.Q. c. C-48, r.10.2, art. 21; *Code de déontologie des membres de l'Ordre des évaluateurs agréés du Québec*, R.R.Q., c. C-26, r.91.001, art. 20; *Décret concernant la publication de l'Entente concernant une nouvelle relation entre le gouvernement du Québec et les Cris du Québec*, R.R.Q., c. M-35.1.2, r.1.

Il est par ailleurs intéressant de noter que la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1, établit un régime d'arbitrage qui prévoit, à l'article 243.14, une sorte d'amiable composition (sans utiliser le terme), renvoyant au pouvoir de faire « appel à l'équité lorsque les circonstances le justifient ». Les arbitres agissant en vertu de cette disposition sont soustraits par l'article 243.1 à l'application de l'article 944.10 *C.p.c.*

³⁹ Comme le souligne la Cour suprême dans *Sport Maska inc. c. Zittreer*, voir *supra*, note 24, à la p. 615 : Ceci ne signifie pas que les mots « amiables compositeurs » ou toute autre expression consacrée doivent se retrouver dans la convention d'arbitrage. Il suffit que les parties indiquent clairement leur volonté de dispenser les arbitres d'obéir aux règles de droit (*Concrete Column Clamps Ltd. v. Cie de construction de Québec Ltée*, précitée, à la p. 546; Antaki, *loc. cit.*, à la p. 155; Ferland, *op. cit.*, à la p. 84).

L'amicable composition n'est qu'une forme simplifiée d'arbitrage et, conséquemment, doit faire l'objet d'une intention claire des parties octroyant aux arbitres le statut d'amiables compositeurs. Or, la clause 2.01 de même que la lettre DP-1 ne mentionnent aucunement que les intimés sont dispensés d'obéir aux règles du droit, qu'ils doivent agir selon l'équité ou leur conscience ou encore, plus simplement, qu'ils sont amiables compositeurs. Même si l'amicable compositeur n'est pas lié par les règles du droit, il n'en demeure pas moins que les critères de distinction entre l'arbitrage et l'expertise d'appliquent à lui *mutatis mutandis* puisqu'il demeure d'abord et avant tout un arbitre.⁴⁰

[63] Le professeur Antaki souligne de son côté que :

[...] Agir en amiable composition est plus complexe que livrer une expertise à partir de connaissances personnelles, être médiateur entre deux parties qui contrôlent leur sort ou appliquer, en tant qu'arbitre, des règles de droit connues à des situations de fait prouvées. Un amiable compositeur doit avoir les connaissances du juge et son savoir-faire mais aussi la capacité d'isoler la règle de droit, initialement juste, mais devenue inéquitable à cause d'une situation particulière, et la remplacer par une décision conforme aux principes généraux du droit qu'il juge être, dans les circonstances, objectivement plus équitable. C'est tout un exercice!⁴¹

[64] Le professeur Brierley explique pour sa part que :

105. Une troisième application du principe de l'autonomie de la volonté constitue la possibilité pour les parties de prévoir les normes qui seront applicables à la solution de leur différend par les arbitres, c'est-à-dire les normes applicables au fond du litige. Encore ici, la plus grande liberté leur est traditionnellement accordée en droit civil et le droit nouveau ne fait que confirmer cette vieille tradition civiliste.

106. C'est ainsi que les parties peuvent déterminer la loi, locale ou étrangère, qui sera appelée à régir le fond du différend. Elles peuvent aussi prévoir que les arbitres sont autorisés à désigner la loi positive applicable ou encore l'exclusion de la loi positive étatique par la directive donnée aux arbitres selon laquelle ceux-ci sont habilités à agir comme « amiables compositeurs ». Certes, cette dernière possibilité, voulant que les arbitres décident *ex æquo et bono*, c'est-à-dire selon les normes extra-juridiques, n'est pas une innovation dans la loi de 1986. L'amicable composition s'inscrit dans une tradition déjà très ancienne dans les systèmes civilistes en matière d'arbitrage.

[...]

⁴⁰ *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, voir *supra*, note 24, p. 614-615.

⁴¹ Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 1998, 110 (paragr. 192).

108. Les arbitres sont donc tenus de juger selon les règles substantielles de droit, à moins qu'ils n'en aient été dispensés par les parties elles-mêmes. Il sera intéressant, dans les années à venir, d'observer si, en fait, l'exception – c'est-à-dire la nomination d'arbitres dispensés de juger selon le droit – ne l'emportera pas sur le principe. Or il est, à l'heure actuelle, difficile de voir juste sur ce point, et la réalité, dans la pratique, peut varier d'un contexte à l'autre. C'est dans le domaine de l'arbitrage commercial que la dispense de juger selon une stricte observation de la loi a, probablement, son sens le plus actuel. Les parties, en effet, peuvent préférer que leur différend soit régi par une application exclusive des usages observés dans leur milieu. Même là, cependant, on a de sérieuses raisons de douter que les arbitres, affranchis en théorie de faire appliquer la loi, s'en dispensent entièrement dans la pratique. Il semble bien que les arbitres, tout en étant dispensés, s'inspirent en fait de solutions du droit positif, en tenant compte aussi des usages commerciaux applicables.⁴²

[65] Et le professeur Brierley de préciser ailleurs :

The equity clause [clause d'amiable composition] in Civilian legal theory may thus be viewed as the device whereby the arbitrator is invited to exercise discretion in the selection and application of the rules of positive law. The zone in which this discretion may be exercised lies within the range of those rules that fall short of being characterized as rules of public order at one end of the spectrum but which, at the other end, can go beyond the non-observance of mere "technicalities" or "formalities" of the rules of positive law. It can be exercised with regard to the rules governing the arbitral process (even those rules characterized *prima facie* as protective if the parties are found to have waived them) or rules of substantive character (when they are only suppletive).⁴³

[...]

The burden of this comment has been to show that the equity clause in the context of the Model Law, as in that of the modern franco-Civilian tradition, is not a licence to the arbitrator to indulge in purely subjective decision-making or to proceed in disregard of any law whatsoever, as its designation might seem to imply. The arbitrator functioning as *amiable compositeur*, just as much as the ordinary arbitrator, is constrained as a matter of necessary principle to apply fundamental law by virtue of the possibility that judicial control, in the light of considerations of public policy or public order, may be exercised. The two forms of arbitration are not to be distinguished therefore on the basis of the remedies lying against the awards because, in either case, the public policy/*ordre public* defence will lie.

[...]

⁴² John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 24, p. 557-558.

⁴³ John E. C. BRIERLEY, « "Equity and Good Conscience" and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law », (1991) 19 *Canadian Business L. J.* 461, 480.

A second concluding observation is that the concept of *amiable composition* has, in itself, no specific substantive content. It is not a short-hand designation for an existing body of norms. It is, rather, a device for investing an arbitrator with a measure of discretion about *which* rules of law to apply in the case where a legal system does not suppose that all legal rules are mandatory. Its presence in the Model Law is thus explained, in part at least, by the wish of its drafters that it be able to accommodate those legal systems deciding to adopt it in order to modernize their arbitration laws (such as Quebec) and in which, for historical reasons, *amiable composition* is known and assumes, in the modern era of enacted law, the specific role of a technique for distinguishing between imperative and suppletive law. [...]⁴⁴

[Je souligne.]

[66] La différence entre l'arbitre « ordinaire » et l'arbitre-amiable compositeur réside donc principalement dans le fait que le premier est tenu d'appliquer les règles de droit, au premier chef desquelles « la loi positive étatique », pour reprendre l'expression du professeur Brierley, que cette loi soit impérative ou supplétive, alors que le second, qui est tenu par les règles d'ordre public, incluant les règles de justice naturelle, peut, au nom de l'équité, moduler l'application des règles supplétives ou peut-être même les écarter en décidant de manière « conforme aux principes généraux du droit », pour paraphraser le professeur Antaki. Cela le dispense-t-il du coup de l'obligation de respecter la loi contractuelle, c'est-à-dire les stipulations du contrat qui fait l'objet du différend?

[67] Certains sont d'avis que c'est le cas. Dans un passage que cite l'arbitre mis en cause⁴⁵ et auquel renvoie le juge de première instance⁴⁶, le professeur Antaki opine en ce sens (non sans nuances) :

La stipulation d'amiable composition comporte une renonciation à l'application du droit. Il faut se demander si elle constitue aussi une renonciation au respect du contrat.

Deux thèses opposées s'affrontent. La première s'appuie sur l'autonomie de la volonté et la maxime *pacta sunt servanda* pour soutenir que le respect des engagements est d'ordre public. L'autre, défend le caractère supplétif des dispositions contractuelles pour reconnaître à l'amiable compositeur à leur égard un pouvoir modérateur ou un pouvoir de modification. Cette dernière thèse semble actuellement favorite.

On peut aussi recourir à la théorie de l'autonomie de la volonté pour justifier le pouvoir que s'attribuent les amiables compositeurs sur le contrat. Il a été en effet avancé qu'en signant un contrat non aléatoire – c'est le cas de la plupart des contrats à long terme – les parties entendent exclure l'aléa de leur

⁴⁴ *Id.*, 483-484.

⁴⁵ Sentence arbitrale du 14 décembre 2004, paragr. 63.

⁴⁶ Jugement de première instance, paragr. 66.

entente. L'amiable compositeur respecte donc leur volonté en utilisation sa discrétion pour atténuer l'effet du déséquilibre créé par une situation imprévue. À l'inverse, on peut penser que les parties à un contrat aléatoire – tel un contrat à court terme portant sur des biens fongibles – ont considéré et accepté l'aléa. L'amiable compositeur doit donc respecter les termes du contrat.

Un argument plus général en faveur du pouvoir modérateur de l'amiable compositeur peut être tiré de la nature même de la clause d'amiable composition. Celle-ci a pour fonction naturelle de permettre une solution équitable du litige contractuel. Il est de son essence même de permettre à l'amiable compositeur d'écarter les obligations devenues inéquitables. C'est le seul moyen dont il dispose pour remplir son devoir de tempérer les conséquences inéquitables de l'application stricte du droit. L'arbitre peut refuser de tenir compte de certaines clauses contractuelles qui ne sauraient s'imposer à lui avec plus de force que le droit qui confère au contrat son existence même.⁴⁷

[Je souligne.]

[68] Un peu plus loin, après avoir rapporté deux arrêts de la Cour d'appel de Paris, il ajoute que :

Les pouvoirs de l'amiable compositeur sur le contrat sont toutefois limités par la nature juridictionnelle de la fonction. Ainsi, il lui est interdit, sans mandat explicite, d'adapter le contrat aux circonstances futures. Il ne pourra agir ainsi que s'il est titulaire d'un double mandat et la pratique arbitrale lui nie ce pouvoir qui ne porte pas sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Cette situation doit toutefois être distinguée de celle où le litige porte sur un droit déjà né mais dont les effets sont échelonnés dans le temps, comme une clause conventionnelle de non-concurrence.⁴⁸

[69] Cette opinion, largement fondée sur la jurisprudence française de l'époque, n'était cependant pas le reflet du droit positif québécois de l'époque, pratiquement muet sur la question, et le professeur Antaki exprimait d'ailleurs la réserve suivante :

Malgré l'absence, à notre connaissance, d'autorités directes sur le pouvoir de l'amiable compositeur de modifier le contrat, il nous semble que dans l'état actuel du droit, les tribunaux du Québec ne suivraient pas les précédents français sur cette question. Les arguments favorables à de tels pouvoirs sont indirects et découlent plutôt de principes généraux tels que *pacta sunt servanda* ou celui qui précise que « l'interprétation du contrat dont dépend l'issue du litige constitue le fond du litige ». Il est possible que le précédent le plus utile soit celui où la Cour d'appel a accordé l'homologation à une sentence concernant un

⁴⁷ Nabil ANTAKI, « L'amiable composition », dans *Actes du 1^{er} Colloque sur l'arbitrage commercial international*, sous la dir. de Nabil ANTAKI et d'Alain PRUJINER, Montréal : Wilson & Lafleur Ltée, 1985, 151, 165-166.

⁴⁸ *Id.*, 167.

contrat de fourniture qui prévoyait que le prix devait être fixé selon une certaine modalité. À notre avis, la modalité retenue par les arbitres était différente de celle prévue par le contrat. La Cour n'y a pas vu un dépassement de mandat.⁴⁹

[70] Ce passage renvoie à un jugement de la Cour d'appel, désigné ainsi à la note infrapaginale 84 du texte : « *St-Raymond Paper c. Campeau Corp.*, C.A. Mtl, 17 novembre 1976, dans H. REID et D. FERLAND, *supra*, note 80, p. 622 ». En fait, l'arrêt auquel renvoie cette note décide plutôt du caractère obligatoire d'une certaine clause d'arbitrage permettant, vu le désaccord des parties, de fixer le prix de vente des copeaux de bois devant être fournis pendant 10 ans, selon le contrat général, par l'intimée à l'appelante, ce prix de vente n'ayant été fixé par les parties elles-mêmes que pour la première année. L'affaire ayant été déférée à l'arbitrage, une sentence est rendue dont l'homologation est demandée par l'intimée. L'appelante conteste cette demande au motif que la sentence arbitrale a été rendue après l'expiration du délai de six mois fixé par ce qui était à l'époque l'article 941 C.p.c.⁵⁰. La Cour supérieure lui donne tort et homologue la sentence :

[...] The reopening of the hearing on May 20th, in the view of this Court, probably constituted a new "seizing" of the board, within the meaning and intent of Art. 941 C.P., whatever being "seized" may mean in other connections. The board was, on May 20th, in the opinion of the Court, resealed, at least with respect to the new evidence, after the hearing had already been declared closed by Respondent on March 10th, 1977 [...] and that consequently either the award was in fact rendered within the six months provided in Art. 941 C.P., or, in any event, the six month delay did not expire prior to September 16th, 1977, in view of the tacit waiver and renunciation by Respondent of said delay. The Court is also of the view that Respondent, by its own conduct, has been estopped from raising this objection in the present proceedings to homologate the arbitration award.⁵¹

[71] Saisie de l'appel, la Cour décide que :

CONSIDÉRANT que le délai prévu par les articles 940 et suivants du Code de procédure civile n'est pas d'ordre public;

⁴⁹ *Id.*, 167 *in fine* et 168.

⁵⁰ L'article 941 C.p.c. disposait alors que :

941. Le compromis doit être constaté par écrit; il doit contenir les noms et qualités des parties, désigner un ou trois arbitres et indiquer les objets en litige; s'il ne fixe pas d'autre délai, la sentence arbitrale doit être rendue au plus tard six mois après que les arbitres ont été saisis.

⁵¹ *St-Raymond Paper Ltd. c. Campeau Corporation*, C.S.M. 500-05-7402-769, 4 octobre 1977 (M. le j. Perry Meyer).

CONSIDÉRANT que dans les circonstances propres à la présente affaire les dispositions de l'article 944-2⁵² ne s'appliquent pas;

CONSIDÉRANT qu'en conséquence, le juge de première instance a eu raison d'accueillir la requête;

PAR CES MOTIFS : REJETTE l'appel avec dépens.

[72] Tant devant la Cour supérieure que la Cour d'appel, cependant, le débat n'a porté que sur cette question du délai et, avec égards, on ne peut voir dans l'arrêt de la Cour, même implicitement, une consécration du pouvoir dont disposeraient les arbitres-amiables compositeurs quant à la modification du contrat.

[73] En outre, comme le note le juge de première instance au paragraphe 66 de son jugement, ces propos du professeur Antaki portent sur l'état du droit tel qu'il existait *avant* 1986, c'est-à-dire avant la réforme du régime d'arbitrage québécois. À cette époque, l'amiable composition, comme on l'a vu, était régie par l'article 948 *C.p.c.* dont le premier alinéa énonçait simplement ce qui suit et pouvait peut-être s'accorder, en effet, avec une telle interprétation des pouvoirs de l'amiable compositeur :

948. Les arbitres doivent juger suivant les règles du droit, à moins qu'ils n'en soient dispensés par le compromis, ou qu'ils n'aient reçu pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

[...]

[74] Or, l'article 944.10 *C.p.c.* n'a pas repris ce libellé, ajoutant plutôt en son troisième alinéa une réserve qui ne figurait pas dans le texte de l'ancien article 948 *C.p.c.* Cette réserve, inspirée de la *Loi type* de la CNUDCI, ne peut pas ne pas être considérée en vue de déterminer ce en quoi consistent les pouvoirs de l'amiable compositeur, lorsque ceux-ci n'ont pas été précisés par les parties.

[75] Parlant de cette *Loi type*, il faut signaler que son effet interprétatif n'est pas limité à l'article 940.6 *C.p.c.*, qui y renvoie directement :

940.6 Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte :

⁵² Disposition qui se lisait à l'époque comme suit :

944. Le compromis est sans effet :

1. au cas de décès, de refus, de déport ou d'empêchement d'un des arbitres, s'il n'y a clause qu'il sera passé outre, ou que le remplacement sera fait au choix des parties, ou de l'arbitre, ou des arbitres restants, ou autrement;
2. au cas d'expiration du délai fixé avant que la sentence ne soit prononcée;
3. au cas de perte de la chose ou d'extinction de l'obligation qui en fait l'objet.

[Je souligne.]

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.

Or, s'il est vrai que cet article fait expressément de la *Loi type* une source supplétive du droit dans le cas où l'arbitrage met en cause des intérêts commerciaux extraprovinciaux ou internationaux, il n'en reste pas moins que la réforme de 1986, *dans l'ensemble*, a été inspirée (moyennant certaines adaptations, bien sûr) par cette même *Loi type*, dont l'esprit imprègne les dispositions que le *Code civil*⁵³ et le *Code de procédure civile* (et dans ce dernier cas, les articles 940 à 947.4 *C.p.c.* plus précisément) consacrent à l'arbitrage, comme on peut le constater en lisant ces instruments. Ainsi que le soulignait le ministre de la Justice du Québec :

L'importance de l'arbitrage se retrouve aussi dans les travaux de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international qui a adopté, le 21 juin 1985, la Loi type sur l'arbitrage commercial international que l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies a recommandée aux États du monde le 1^{er} novembre 1985. Cette loi représente un consensus mondial sur les principes que devrait contenir toute loi sur l'arbitrage. Ces principes sont généraux et peuvent s'appliquer tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international. [...] ⁵⁴

Par ailleurs, les parties conviennent souvent de référer leur problème à l'arbitrage sans plus de précision, soit parce qu'elles n'ont pas cru bon d'élaborer une procédure spéciale, soit parce qu'elles ont considéré nos règles suffisantes. Pour répondre à cet état de fait, il est nécessaire de prévoir un corps de règles supplétives adapté à l'arbitrage moderne et généralement accepté. Le projet de loi s'inspire pour cela de la loi type préparée par la commission des Nations Unies pour le droit commercial international et il contient, dirais-je, des règles précises sur la teneur de l'arbitrage. [...] ⁵⁵

Au niveau international, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté le 21 juin 1985 la loi type sur l'arbitrage commercial international que l'assemblée générale des Nations unies a recommandée aux États du monde le 1^{er} novembre 1985. Cette loi représente un

⁵³ Voir le chapitre dix-huitième du livre cinquième du *Code civil du Québec* (art. 2638-2643 *C.c.Q.*).

⁵⁴ *Journal des débats*, Assemblée Nationale, 16 juin 1986, vol. 29, no 46, p. 2975 (le ministre de la Justice, M. Herbert Marx).

⁵⁵ *Id.*, p. 2976.

consensus mondial sur les principes que devrait contenir toute loi sur l'arbitrage. Ces principes sont généraux et peuvent s'appliquer tant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international.

Toujours au niveau international, un très grand nombre d'États ont adhéré à la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères aussi appelée la convention de New York de 1958.

[...]

Ces deux textes internationaux ont servi d'assise au projet de loi 91. Le projet de loi s'inspire principalement de la loi type de l'ONU et comprend aussi des dispositions pour mettre en œuvre au Québec la convention de New York.⁵⁶

[76] On peut donc certainement user de la *Loi type* comme instrument ou guide d'interprétation des dispositions du *Code de procédure civile* en matière d'arbitrage, s'ajoutant aux autres instruments ou guides ordinaires d'interprétation.

[77] Le recours à la *Loi type* paraît particulièrement pertinent dans le cas de l'article 944.10 *C.p.c.*, celui-ci reprenant partiellement l'article 28 de celle-là. Ainsi, si le premier alinéa de l'article 944.10 s'inspire plus ou moins de la solution du droit français⁵⁷, le second alinéa, lui, est modelé sur le paragraphe 3 de l'article 28 de la *Loi type* et son troisième alinéa est un quasi-calque du paragraphe 4 de cette même disposition :

Code de procédure civile

944.10 Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Loi type

28. 1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État

⁵⁶ *Journal des débats*, Assemblée Nationale, 30 octobre 1986, vol. 29, no 55, p. 3672 (le ministre de la Justice, M. Herbert Marx – adoption du projet de loi). Voir aussi les propos du député Claude Filion (pour l'Opposition), p. 3675. Dans le même sens, voir également le *Journal des débats*, Commission parlementaire, Commission permanente des institutions, étude détaillée du projet de loi 91 - *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, 16 septembre 1986, no 17, p. CI-549.

⁵⁷ L'article 1496 du nouveau *Code de procédure civile* français en serait l'inspiration, quoique cette disposition, il faut le préciser, se trouve dans le titre que cette loi réserve à l'arbitrage international (titre V, art. 1492 à 1497), ce qui n'est pas le cas de l'article 944.10 *C.p.c.*, qui vise aussi bien l'arbitrage purement interne. L'article 1496 du nouveau *Code de procédure civile* français énonce que :

1496. L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.
Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

2. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3. Le tribunal arbitral statue *ex æquo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

[Je souligne.]

[78] Quelle est l'interprétation communément donnée au paragraphe 28(4) de la *Loi type*?

[79] Dans *L'amiable composition en arbitrage commercial international*, l'auteure Johanne Pelletier répond ainsi à cette question :

L'arbitre doit, dans tous les cas, trancher le litige en se conformant aux règles du contrat et en *tenant compte* des usages du commerce. Ainsi, la CNUDCI a-t-elle posé une exigence plus stricte à l'égard du respect des stipulations du contrat que des usages. Cette approche fournit une solution au problème de hiérarchie que nous avons précédemment soulevé, lors d'un conflit entre les dispositions du contrat et les usages du commerce, voire avec le contenu du droit applicable au fond du litige, sous réserve de ses dispositions d'ordre public. Si le contrat est clair, les usages du commerce ne pourront en justifier une déviation. Cette règle s'imposant tant à l'arbitre amiable compositeur qu'à l'arbitre en droit, on peut se demander si une telle adhérence rigide au contrat n'enlève pas la souplesse inhérente nécessaire à un arbitrage en équité et ne risque pas de rendre plus difficile l'exercice par l'amiable compositeur de son pouvoir de modérer les effets de certaines clauses jugées excessives. Cette

disposition reflète toutefois la pratique arbitrale générale qui met une plus grande emphase sur les termes du contrat et l'intention apparente et claire des parties que sur les usages du commerce.⁵⁸

[80] J'estime que la même proposition vaut pour le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, qui s'applique tant aux arbitres *stricto sensu* qu'aux arbitres-amiabes compositeurs. La structure et la facture de la disposition indiquent bien la vocation générale du troisième alinéa. Ainsi :

- le premier alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.* établit le principe général : les arbitres jugent selon les règles de droit (ou du moins celles qu'ils estiment appropriées).
- le second alinéa énonce une exception à ce principe ou, plus exactement, une extension de la norme décisionnelle générale établie au premier alinéa : si les parties en ont ainsi convenu, l'arbitre peut agir comme amiable compositeur;
- réabordant le plan général, le troisième alinéa conclut que « dans tous les cas », c'est-à-dire ceux dont il est question au premier et au second alinéas, « ils », c'est-à-dire les arbitres du premier et du second alinéas, décident conformément aux stipulations contractuelles et, le cas échéant, tiennent compte des usages.

[81] Autrement dit, lorsque le législateur, qui parle des arbitres « ordinaires » au premier alinéa et des arbitres-amiabes compositeurs au second, ajoute que « [d]ans tous les cas, ils doivent décider conformément » au contrat (et aux usages, s'il en est), il est manifeste que ce « ils » jumelé à « tous les cas » désigne tous les arbitres, qu'ils agissent en vertu du premier ou du second alinéa de la disposition.

[82] C'est également là la conclusion à laquelle vient l'auteure Johanne Pelletier, lorsqu'elle écrit ce qui suit à propos de l'article 944.10 *C.p.c.* et de l'amiable compositeur :

Dans tous les cas, l'arbitre doit trancher le litige conformément aux termes du contrat et en tenant compte des usages. À cet égard, la Loi type reprend textuellement l'alinéa 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI que nous avons commenté précédemment. Le *Code de procédure civile* reproduit substantiellement cette disposition en énonçant : « Dans tous les cas, [les arbitres] décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables. »⁵⁹

⁵⁸ Johanne PELLETIER, *L'amiable composition en arbitrage commercial international*, Montréal : Les Éditions Thémis inc., 1998, p. 22.

⁵⁹ Johanne PELLETIER, *op. cit.*, voir *supra*, note 58, p. 29-30.

[83] Le seul fait de conférer à l'arbitre la qualité d'amiable compositeur, ce qui est expressément permis et envisagé par le second alinéa de l'article 944.10 C.p.c., ne suffit donc pas à l'exempter de l'obligation de se conformer au troisième alinéa de la disposition. Conclure autrement équivaldrait à neutraliser partiellement le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c., ce qui ne peut être envisagé. Autrement dit, s'il est vrai, comme l'écrit le professeur Nabil Antaki, que « [l]a clause d'amiable composition est, pour sa part, la renonciation supplémentaire au bénéfice de l'application de la règle de droit au fond du litige »⁶⁰, cela n'inclut pas la renonciation à l'application des règles contractuelles. Selon Alain Prujiner :

Ce dossier pose aussi la délicate question de la relation de l'arbitre avec le texte même du contrat. En principe, l'amiable compositeur ne peut pas ne pas respecter intégralement le contrat, comme tout arbitre, d'autant qu'au Québec l'article 944.10 du *Code de procédure civile* précise bien : « Dans tous les cas, ils [les arbitres] décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables » juste après avoir mentionné la qualité d'amiable compositeur. Ce texte est directement inspiré de la loi type de la CNUDCI et correspond à une approche doctrinale assez restrictive sur ce point.⁶¹

[84] Dans son article précité sur l'arbitrage et l'amiable composition, le professeur Brierley ajoute dans le même sens que :

First of all, it must be observed that the existence of an equity clause in the arbitration agreement in the Civil law tradition and in the Model Law does not authorize the arbitrators to abandon the terms of the contract in relation to which the dispute has arisen. To paraphrase the language of s. 4 of art. 28 of the Model Law, the arbitrators, whether or not empowered to act as *amiables compositeurs*, always have the mission of deciding in accordance with the terms of the contract.⁶²

[85] L'auteur Raymond Tremblay partage cet avis :

2° La seconde proposition de cet article est à l'effet que les arbitres n'agissent comme amiables compositeurs que si les parties le leur en donnent le mandat. Il faut alors se demander en quoi consiste le mandat des amiables compositeurs. Bien qu'il soit presque impossible de le définir d'une façon précise, on peut généralement dire que les amiables compositeurs n'ont pas à appliquer strictement les règles de droit pour trancher les obligations des parties. Les arbitres peuvent alors décider du différend et être souples face à la preuve mais ne peuvent décider sans celle-ci. Ils peuvent atténuer l'application d'une règle de

⁶⁰ Nabil ANTAKI, *loc. cit.*, voir *supra*, note 47, 153.

⁶¹ Alain PRUJINER, « L'arbitre, le droit et l'amiable composition », dans *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 1997, 27, 38. Ce passage est suivi de commentaires qui, sans remettre en cause l'application du troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. aux amiables compositeurs, nuancent la portée de cette disposition. Il en sera question plus loin : voir *infra*, paragr. [100].

⁶² John E. C. BRIERLEY, *loc. cit.*, voir *supra*, note 43, 471.

droit choisie par les parties mais non l'effet d'une clause contractuelle car en vertu du troisième paragraphe de l'article 944.10, ils doivent, eux aussi, décider conformément aux stipulations du contrat. De même, il est hors de question qu'ils procèdent à une révision du contrat pour l'adapter à de nouvelles circonstances survenues depuis la conclusion du contrat ou pour le compléter si les parties ne les ont pas autorisés expressément. Comme tout autre arbitre, ils doivent se préoccuper de rendre une sentence exécutoire qui respecte l'ordre public.⁶³

[86] C'est ce point de vue qu'adopte le juge de première instance et que j'adopte également.

[87] Bref, et si l'on récapitule tout ce qui précède :

- lorsque la convention d'arbitrage est muette sur la question précise des pouvoirs de l'arbitre ou de l'arbitre-amiable compositeur, elle se trouve implicitement à renvoyer aux dispositions pertinentes du *Code de procédure civile*, en l'occurrence à l'article 944.10 *C.p.c.*, la mission arbitrale se trouvant alors, pour ce qui est de la façon de trancher le différend, définie de manière supplétive par cette disposition.

- ainsi, à moins que les parties ne lui aient clairement permis de passer outre ou de se soustraire au troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, cette disposition s'applique à l'arbitre-amiable compositeur et l'oblige à respecter les stipulations du contrat en cause;

- si l'arbitre-amiable compositeur ne respecte pas les stipulations contractuelles, contrevenant donc au troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, il se trouve par le fait même à enfreindre la convention d'arbitrage ou, plus justement, à en dépasser les termes au sens de l'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 4, *C.p.c.*, l'habilitation d'amiable compositeur ne suffisant pas, à elle seule, à autoriser l'arbitre à ignorer ou modifier la substance des stipulations contractuelles.

[88] Quelle est, cependant, la portée exacte de l'obligation faite à l'arbitre, incluant l'amiable compositeur, de « décider conformément aux stipulations du contrat »? C'est la question que j'aborderai maintenant.

ii. **Portée exacte du troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.***

[89] Groupe Roger soutient tout d'abord que l'expression « les stipulations du contrat » dans l'article 944.10 *C.p.c.* renvoie aux seuls termes de la convention

⁶³ Raymond TREMBLAY, « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage », (1988) 90 R. du N. 394, p. 427-428. Dans le même sens, voir aussi : Louis MARQUIS, « L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 *C.p.c.* », [1991] 22 R.D.U.S. 219, aux p. 222-223, où l'on mentionne que même l'amiable compositeur doit respecter le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*

d'arbitrage et non au contrat dans lequel s'insère ou auquel s'ajoute cette convention et qui fait l'objet du différend. À mon avis, cet argument ne peut être retenu, du moins pas intégralement.

[90] L'arbitre, amiable compositeur ou ordinaire, est certes lié par les stipulations de la convention d'arbitrage : tout dépassement de celle-ci est d'ailleurs expressément sanctionné par le législateur qui en fait une cause d'annulation ou de refus d'homologation de la sentence, aux termes mêmes des articles 946.4 et 947.2 *C.p.c.*, dispositions auxquelles les parties ne peuvent déroger, selon l'article 940 *C.p.c.* :

946.4 Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi :

[...]

4° que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes; [...]

[...]

Toutefois, dans le cas prévu au paragraphe 4°, seule une disposition de la sentence arbitrale à l'égard de laquelle un vice mentionné à ce paragraphe existe n'est pas homologuée, si cette disposition peut être dissociée des autres dispositions de la sentence.

947.2 Les articles 946.2 à 946.5 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande d'annulation de la sentence arbitrale.

[91] Le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, toutefois, ne parle pas de la « convention d'arbitrage », mais bien du « contrat » et l'on ne peut voir une erreur terminologique dans l'emploi de ce mot par le législateur, qui écrit ceci à l'article 2642 *C.c.Q.* :

2642. 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.

Lorsque le même législateur, à l'article 944.10 *C.p.c.*, parle du « contrat », on ne peut donc le soupçonner d'avoir voulu désigner en réalité la seule convention d'arbitrage, bien que le terme puisse, dans une situation comme celle de l'espèce, inclure la convention d'arbitrage.

[92] Par ailleurs, l'article 944.10 *C.p.c.* concerne la décision des arbitres *sur le fond*, les questions procédurales étant réglées ailleurs (et notamment à l'article 944.1 *C.p.c.*) : en principe, selon le premier alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, les arbitres « tranchent le différend » (« settle the dispute ») selon les règles de droit appropriées, à moins qu'en

vertu du second alinéa ils n'aient été autorisés par les parties à agir comme amiables compositeurs, la décision devant dans l'un et l'autre cas être rendue « conformément aux stipulations du contrat », compte tenu des usages applicables. La logique sous-jacente à la disposition en est donc une de fond et le « contrat » dont on parle ici ne désigne pas la seule convention d'arbitrage, mais bien l'ensemble du contrat source du différend.

[93] Cela dit, il faut encore répondre à la question de savoir si l'obligation faite à l'amiable compositeur de « décider conformément aux stipulations du contrat » (tenant par ailleurs compte des usages, qui ne sont pas en cause ici) l'empêche de remodeler le contrat de façon à respecter l'esprit des stipulations en question, plutôt que leur lettre. C'est à dessein que je formule ainsi la question : vu la façon dont le litige se présente, je ne crois pas prudent de tenter de fixer ici de façon exhaustive ce que peuvent être les pouvoirs de l'amiable compositeur, institution qui demeure entourée d'un certain flou⁶⁴ et qui, malgré la différence théorique, n'est pas toujours facile à distinguer, *in concreto*, de celle de l'arbitre « ordinaire ». C'est ce qu'écrivait d'ailleurs le professeur Antaki en 1985 – et ses propos ne sont pas moins vrais aujourd'hui :

L'opposition entre l'arbitrage selon le droit et l'amiable composition est finalement un leurre. En dehors de cas spéciaux, dont on ne saurait nier l'existence, il est permis de dire que tous les arbitres sont, dans une large mesure des amiables compositeurs, par ce que leur préoccupation conforme à la volonté des parties, est d'arriver à une solution de justice plus que d'appliquer rigoureusement un droit étatique donné. Ce rapprochement entre les deux arbitrages est aussi accentué par le fait que seule la limite de l'ordre public ou de dépassement de mission, permet de sanctionner la liberté que l'arbitre a prise par rapport à la règle de droit ou du contrat.⁶⁵

[94] Revenant à notre question, il s'agit donc de décider si, en agissant comme il l'a fait et en apportant au litige une solution consistant à retrancher deux des dispositions du contrat, l'arbitre a outrepassé le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.* et, ce faisant, dépassé les termes de la convention d'arbitrage au sens de l'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 4, *C.p.c.*, disposition impérative?

[95] Les conventions d'arbitrage et les pouvoirs des arbitres doivent être interprétés de façon large et généreuse⁶⁶, ce qui s'impose avec plus de vigueur encore dans le cas

⁶⁴ Un flou que le professeur Brierley tente de démystifier dans son article précité, voir *supra*, note 43, mais qui perdure. Le professeur Brierley lui-même est du reste d'avis que le régime de l'arbitrage ordinaire et celui de l'amiable composition finissent par se rejoindre, notamment en raison de l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de réviser le fond des décisions arbitrales.

⁶⁵ Nabil ANTAKI, *loc. cit.*, voir *supra*, note 47, à la p. 168. Dans le même sens, on consultera : John E. C. BRIERLEY, *loc. cit.*, voir *supra*, note 43, 483 *in fine* et 484.

⁶⁶ Principe que la Cour suprême rappelle et applique notamment dans *Desputeaux c. Éditions Chouette*, précité, note 23. Voir aussi : *Laurentienne-vie (La), compagnie d'assurance inc. c. Empire(L'), compagnie d'assurance-vie*, voir *supra*, note 26, et la jurisprudence qu'on y cite sur ce sujet.

des amiables compositeurs. J'irais même jusqu'à dire que l'obligation, issue du troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, de respecter les dispositions du contrat doit, dans le cas de l'amiable compositeur, être interprétée avec une souplesse certaine puisqu'autrement on risquerait d'enfermer l'arbitre dans un carcan dont les parties ont voulu le libérer en lui conférant les pouvoirs de l'amiable compositeur. Ainsi que l'explique l'auteur Tremblay :

3° La troisième proposition de l'article exige des arbitres qu'ils décident conformément aux clauses du contrat et les incite à tenir compte des usages applicables. Le contrat est la loi des parties et les arbitres ont l'obligation de le respecter. Cette exigence, toutefois, ne va pas jusqu'à empêcher des arbitres ayant reçu le mandat d'agir comme amiables compositeurs d'atténuer les exigences des règles de droit que peuvent avoir choisi les parties, car une telle autorisation n'aurait plus de sens. [...]⁶⁷

[96] C'est donc avec une certaine largeur de vues qu'il faut interpréter et appliquer l'injonction faite à l'arbitre par le troisième alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.*, particulièrement lorsque l'arbitre est investi de la qualité d'amiable compositeur : il ne peut être question de le confiner à la seule lettre du contrat. Ainsi, en certaines circonstances, l'arbitre-amiable compositeur pourrait, sans enfreindre l'article 944.10, troisième alinéa, *C.p.c.*, pratiquer un exercice d'interprétation contractuelle qui le conduirait à ignorer une stipulation et donc à la biffer, pratiquement : tel serait par exemple le cas du contrat comportant des clauses contradictoires. L'arbitre-amiable compositeur ne dépasserait pas les termes de sa mission en identifiant celle de ces clauses, que ce soit en vertu du droit ou de l'équité, qui doit l'emporter sur l'autre, et ce, afin de donner effet à la véritable intention des parties. À vrai dire, cependant, un arbitre ordinaire et même un tribunal judiciaire, en vertu des règles d'interprétation contractuelle usuelles, pourraient faire ce genre d'exercice, y compris, dans une certaine mesure, sous le double rapport de l'équité, source d'obligations contractuelles implicites en vertu de l'article 1434 *C.c.Q.*, et de la bonne foi, principe cardinal en matière d'obligations, selon l'article 1375 *C.c.Q.* Comme l'écrit le professeur Paul-André Crépeau à propos de l'article 1024 *C.c. B.-C.*, ancêtre de l'article 1434 *C.c.Q.* :

Très souvent, en effet, l'accord intervenu ne porte que sur quelques éléments essentiels d'une affaire; les parties ont pu oublier ou négliger de préciser les obligations qu'elles ont voulu assumer; elles ont pu aussi ne pas prévoir les conséquences, les « suites » naturelles qui découlent de l'entente; elles ont pu enfin ne pas tenir compte du milieu dans lequel l'accord a été réalisé.

Dans tous ces cas, il incombe à l'interprète et aux tribunaux, se conformant en cela à l'ordre du législateur, de suppléer au silence, au laconisme des parties en « dépliant » le contrat, en l'auscultant pour y déceler les

⁶⁷ Raymond TREMBLAY, *loc. cit.*, voir *supra*, note 63, p. 428. Dans le même sens, voir également : Johanne PELLETIER, *op. cit.*, voir *supra*, note 58, p. 7 *in fine*.

obligations implicites qui découlent de la nature même du contrat ou qui résultent de l'équité, des usages, ou de la loi.⁶⁸

[97] Plus encore, en droit civil, le tribunal judiciaire est en principe tenu de préférer l'esprit du contrat à sa lettre, principe interprétatif fondamental que consacre l'article 1425 C.c.Q. et qui conduit parfois à relativiser la lettre. C'est la règle de la primauté de la volonté réelle sur la volonté exprimée⁶⁹, règle qui, pour n'être pas absolue, ne saurait être moins vraie dans un contexte d'arbitrage, que les arbitres soient des amiables compositeurs ou n'en soient pas. On peut même être prêt à concéder aux arbitres en général une mesure supplémentaire de liberté interprétative au regard du contrat, qui se justifie encore davantage dans le cas des amiables compositeurs au nom du principe d'équité qui doit sous-tendre leurs décisions et qui est inhérent à leur statut.

[98] Je doute tout de même que cette licence interprétative aille jusqu'au point d'autoriser un arbitre-amiable compositeur à pratiquer, au nom de la primauté de l'intention des parties et donc de l'esprit de leur contrat, un remodelage qui, en l'absence d'une habilitation conventionnelle claire⁷⁰, consiste à *radier purement et simplement* certaines dispositions essentielles du contrat.

[99] À mon avis, la souplesse et la latitude inhérentes au rôle de l'amiable compositeur ne saurait, *en l'absence d'une habilitation des parties*, l'amener à réécrire le contrat dans sa substance. Ce qu'écrit à ce sujet l'auteur Johanne Pelletier, dans le contexte de l'arbitrage commercial international, peut être transposé à l'arbitrage interne :

Le principe *pacta sunt servanda*, selon lequel les contrats doivent être exécutés conformément à leurs termes, part de la présomption que les commerçants internationaux négocient leurs conventions en toute connaissance de cause. Ils doivent donc veiller, de façon diligente, utile et raisonnable, à la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en prévoyant explicitement dans leurs contrats le réajustement de ces derniers advenant un changement dans les circonstances extérieures. En effet, on ne peut conclure à l'existence d'un principe général de révision des contrats, puisque les droits nationaux divergent quant à l'existence et à la portée d'une obligation de renégociation en cas d'imprévision (*rebus sic stantibus*), en l'absence d'une clause expresse à cet effet, même quand le bouleversement invoqué par une partie entraîne des pertes insupportables ou conduit à un déséquilibre grave des relations entre les parties. [...] Selon certains, ce dernier principe devrait même être considéré comme étant d'ordre

⁶⁸ Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1, 6.

⁶⁹ Règle étudiée notamment dans : *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, [2006] R.J.Q. 100 (C.A.), paragr. 47 et s.; *Bédard c. Québec (Procureur général)*, [2005] R.J.Q. 1436 (C.A.); *Banque Toronto-Dominion c. Banque Nationale de Paris (Canada) (BNP Paribas (Canada))*, 2005 QCCA 426, J.E. 2005-910, [2005] R.R.A. 334, notamment au paragr. 35; *Caisse populaire St-Louis-de-France c. Productions Mark Blandford inc.*, [2000] R.J.Q. 1696 (C.A.); *Droit de la famille — 2831*, J.E. 97-2122 (C.A.).

⁷⁰ Habilitation explicite ou implicite.

public international. En déviant de la loi contractuelle, l'amiable compositeur violerait une règle fondamentale du commerce international. Mais lorsque les parties prévoient une clause de révision, les arbitres lui accorderaient les plus larges effets, « l'usage venant [...] renforcer et compléter une volonté exprimée de façon positive », sous réserve des difficultés d'interprétation de ces clauses.

En adhérant trop rigoureusement au principe *pacta sunt servanda*, l'amiable compositeur ne s'expose-t-il pas à devenir caution d'un déséquilibre contractuel contraire à un comportement de bonne foi et d'équité, ainsi qu'au pouvoir accru de souplesse que lui ont accordé les parties? L'amiable composition est une invitation à élargir les sources du droit, pour solutionner un litige le plus adéquatement possible, permettant d'aller rechercher, au besoin, des règles juridiques en cours de formation ou incluses dans la *lex mercatoria*, telle celle du maintien de l'équilibre initial du contrat. C'est pourquoi l'amiable compositeur devrait se permettre de mitiger l'effet de certains événements, lorsque ceux-ci risquent de perturber la proportionnalité des prestations prévues à l'origine. En effet, règle générale, les parties acceptent de s'engager moyennant absence de changement majeur de circonstances pendant l'exécution du contrat. On pourrait par ailleurs soutenir qu'en accordant un mandat d'amiable composition, les parties ont non seulement renoncé à la sanction stricte du droit, mais également à celle des droits nés du contrat, si l'équité l'impose. Selon Derains, chacune des clauses contractuelles ne peut s'imposer à l'amiable compositeur avec plus de force que le droit qui confère au contrat son existence même. Dans les faits, les quelques sentences qui s'écartent du principe *pacta sunt servanda* sont empreintes de beaucoup de prudence, faisant référence le plus souvent à un pouvoir « modérateur » propre à l'amiable composition, permettant « de ne pas appliquer les dispositions contractuelles dans toute leur rigueur dès lors que pareille application heurterait l'équité [...] », sans toutefois « procéder à une révision du contrat c'est-à-dire se substituer aux parties pour renégocier le contrat ». L'amiable compositeur ne se sent pas investi d'un pouvoir d'exception lui permettant d'écarter une disposition contractuelle devenue inopportune et de lui en substituer une autre plus adaptée aux circonstances. Il s'oblige à respecter les termes du contrat, tels qu'exprimés initialement par les parties. « L'amiable composition ne permet pas d'écarter et *a fortiori* d'anéantir la règle contractuelle; elle se limite à donner une liberté d'appréciation à l'arbitre ». L'amiable compositeur pourrait-il aller au-delà d'une simple « modération » sans risque de dépasser les termes de sa mission? Il « transformerait » en quelque sorte le contrat, pour en corriger les effets devenus pervers et l'adapter à l'évolution des circonstances, sans pour autant modifier l'économie de la convention. Mais où se situe la frontière entre l'affranchissement du contrat, dans l'unique but de solutionner équitablement un litige, et la réfection de ce contrat? La faculté d'amiable composition ne peut, ni ne doit, remettre en cause le fait que la fonction première d'un arbitre est de trancher un différend et non de se substituer aux parties dans la renégociation des clauses litigieuses.

*

* * *

Quoique l'on ne puisse prétendre qu'il y ait accord sur le sujet, dans les faits, la tendance dominante de la jurisprudence arbitrale va vers une conception plutôt étroite et conservatrice des pouvoirs de l'amiable compositeur dans l'application du contrat. Il va de soi qu'un arbitre, même amiable compositeur, ne peut faire, écrire ou réécrire, ni même parfaire un contrat, au risque d'excéder les limites de sa fonction juridictionnelle. Toutefois, nous nous serions attendu, en raison des pouvoirs exceptionnels qui lui sont dévolus par les parties, à ce qu'il soit moins réticent à adapter sa sentence en fonction de circonstances nouvelles ou changeantes survenant en cours d'exécution du contrat. N'a-t-on pas affirmé que l'amiable composition était « l'instrument idéal de la théorie de l'imprévision »? En effet, toute la problématique du changement de circonstances revêt un caractère empreint d'équité. De simples remèdes, comme l'attribution de dommages, la rescision du contrat ou l'obligation à une performance spécifique, ne sont pas toujours adéquats et peuvent détruire à tout jamais une relation d'affaires. Il conviendrait davantage de résoudre véritablement le litige, en rétablissant l'équilibre initial voulu par les parties, ce qui n'exclurait pas, selon certains auteurs, l'hypothèse d'une révision pour imprévision, dans le seul but de rendre au contrat son efficacité perdue. Si les prestations prévues ne servent plus le but commun de l'opération commerciale envisagée, l'amiable compositeur devrait tenter de solutionner le problème à l'avantage de la continuation du contrat. Toutefois, toute adaptation allant à l'encontre de la force obligatoire du contrat risque de créer une insécurité dans les relations contractuelles. D'autre part, l'application « mécanique » des stipulations contractuelles ne conduit pas nécessairement à une solution juste. L'amiable compositeur devra donc réussir à concilier la lettre du contrat, afin de respecter l'autonomie de la volonté des parties, et l'exécution de bonne foi du contrat, dans un souci d'équité contractuelle.⁷¹

[Je souligne.]

[100] Le professeur Alain Prujiner, plus brièvement, explique pour sa part que :

En fait, de nombreux auteurs admettent que les amiables compositeurs peuvent « écarter l'application des droits nés du contrat ou encore en diminuer la rigueur, voire en étendre les effets ». La pratique arbitrale est plutôt en ce sens, avec l'approbation de la jurisprudence. En France, par exemple, la Cour d'appel de Paris a admis que les amiables compositeurs « avaient le pouvoir de modérer les droits créés par le contrat, d'écarter les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles [...] ». La Cour supérieure est donc en bonne compagnie à cet égard. Les limites à ce pouvoir de s'affranchir des dispositions du contrat sont cependant de ne pas affecter l'équilibre de la relation contractuelle en établissant « des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties ».

⁷¹ Johanne PELLETIER, *op. cit.*, voir *supra*, note 58, p. 85-94.

Bien que la frontière ne soit pas facile à fixer entre cette interprétation souple du contrat et une véritable révision aux fins d'adaptation à de nouvelles circonstances, il faut préciser que l'octroi du pouvoir d'amiable composition n'entraîne pas *ipso facto* celui d'adaptation. Et que les parties doivent l'explicitier si elles entendent donner aussi cette fonction à l'arbitre. D'ailleurs cette adaptation peut aussi être confiée à un arbitre en droit, même si le statut d'amiable compositeur semble plus approprié en ce cas.⁷²

[Je souligne.]

[101] Le premier paragraphe de ce passage renvoie à un jugement fort intéressant de la Cour supérieure : il s'agit de l'affaire *Beudry c. 151444 Canada Inc.*⁷³, où se posait la question de l'homologation et de l'annulation d'une sentence arbitrale octroyant au demandeur, en marge d'un congédiement sans cause, certaines sommes visant à réparer le préjudice subi. L'employeur et la mise en cause reprochaient à l'arbitre, doté par la convention d'arbitrage des pouvoirs d'un amiable compositeur, d'avoir, en accordant ces dommages-intérêts, fait fi du contrat, qui ne les prévoyait pas. La Cour supérieure ne retient pas cette prétention, soulignant ce qui suit quant à la première des sommes contestées :

Le contrat n'ayant pas prévu l'hypothèse d'un congédiement sans cause, les arbitres, qui avaient mandat de trancher tous litiges auxquels la convention pouvait donner droit, devaient fixer une indemnité juste et équitable pour tenir lieu du délai-congé. Ayant le pouvoir d'agir à titre d'amiables compositeurs, ils ont dû suppléer au silence du contrat. Dans ce contexte, le Tribunal ne voit pas comment il pourrait valablement intervenir sur cette conclusion, sans se pencher sur le fond du litige.⁷⁴

[102] Quant à l'autre somme (octroyée au titre de l'abus de droit), la Cour supérieure note que, le premier alinéa de l'article 944.10 *C.p.c.* permettant l'octroi de dommages-intérêts, les arbitres, qui ont conclu à l'existence d'un abus de droit lors du congédiement, n'ont ni erré ni dépassé les limites de leur mission en accordant la somme litigieuse, et ce, malgré que le contrat d'emploi et la convention d'arbitrage qui y était stipulée n'aient pas traité du sujet :

Les arbitres ont donc correctement identifié les règles de droit applicables. Le Tribunal reconnaît que la preuve des dommages moraux est mince, mais il ne peut voir comment il pourrait intervenir sans pour autant se pencher sur le fond de la question. Les arbitres ont agi à l'intérieur de leur juridiction. Ils ont accordé une somme de 50 000 \$ après avoir conclu que l'employeur était de mauvaise foi. Ils ont peut-être fait une erreur en fixant le montant des dommages mais le Tribunal ne siégeant pas en appel de la décision des arbitres ne peut intervenir.⁷⁵

⁷² Alain PRUJINER, *loc. cit.*, note 61, p. 38-39.

⁷³ J.E. 90-1257 (C.S.).

⁷⁴ *Id.*, p. 18.

⁷⁵ *Id.*, p. 21.

[103] Ce jugement, qui montre que l'arbitre ou, du moins, l'arbitre-amiable compositeur, peut suppléer au *silence* du contrat sur un point particulier (s'autorisant d'ailleurs en l'espèce pour ce faire des règles de droit applicables au délai de congé et à l'abus de droit), ne permet cependant pas de soutenir que l'arbitre-amiable compositeur, sauf à y être clairement autorisé par la convention d'arbitrage ou le contrat, peut réécrire ce dernier ou en supprimer certaines stipulations explicites et non contradictoires⁷⁶.

[104] En l'espèce, la solution retenue par l'arbitre, qui a retranché deux des dispositions de la transaction, va au delà de la « modération contractuelle » apparemment inhérente à l'amiable composition et dépasse l'action supplétive qui pourrait lui être reconnue : il a plutôt écarté des dispositions contractuelles jugées inopportunes, défaisant ainsi « l'équilibre initial du contrat », perturbant « la proportionnalité des prestations prévues à l'origine » et, enfin, modifiant l'économie du contrat dans un contexte où, pourtant, les parties ont longuement mûri chacun des termes de leur entente. L'arbitre, tout en affirmant qu'« [il] ne s'agit pas ici de modifier la transaction mais de suppléer au défaut des parties d'anticiper l'effet des acquisitions »⁷⁷, a en réalité fait plus que d'atténuer la rigueur des droits contractuels, choisissant plutôt, en l'absence d'une habilitation claire, de réformer le contrat en substance.

[105] L'amiable composition ne doit pas, il me semble, devenir l'occasion de permettre à une partie d'échapper aux conséquences d'un choix contractuel malavisé ou dont elle n'aurait pas considéré tous les effets futurs. Le professeur Antaki, partisan d'une vision large de l'amiable composition, écrit pourtant que :

191. Il arrive fréquemment que l'arbitrage d'amiable composition soit réclamé avec énergie par un entrepreneur malchanceux qui avait mal calculé ses coûts ou son risque commercial et qui souhaite que l'arbitre modifie les effets du contrat initial bien rédigé. C'est méconnaître la nature de l'institution. L'arbitre n'a pas pour fonction de transférer les risques du contrat ou de venir en aide aux personnes ayant mal préparé leur soumission.⁷⁸

⁷⁶ En ce sens, quoique dans un contexte légèrement différent, voir : Alain PRUJINER, *loc. cit.*, voir *supra*, note 24. L'auteur y écrit ce qui suit à la p. 435 :

[...] L'amiable composition introduit l'équité dans le mode de résolution des conflits mais non dans le cœur de la relation contractuelle. En l'absence d'autres indications, il n'est pas possible d'inférer de sa seule présence dans la clause d'arbitrage une obligation générale, indéterminée, d'adaptation du contrat aux changements de circonstances. Or, l'absence de cette obligation enlève la possibilité juridique d'un litige, condition nécessaire à l'intervention de l'arbitre amiable compositeur, à moins que ce contrat ne soit soumis à un droit qui pratique la théorie de l'imprévision, mais en ce cas l'obligation provient de la loi et non de l'amiable composition. [...]

⁷⁷ Sentence arbitrale du 14 décembre 2004, paragr. 62.

⁷⁸ Nabil ANTAKI, *op. cit.*, voir *supra*, note 41, 109.

[106] L'arbitre-amiable compositeur demeure en effet un arbitre, exerçant une fonction juridictionnelle et, comme le rappelle le professeur Antaki, « [i]l n'est pas un médiateur, un conciliateur ou un mandataire commun [...] »⁷⁹.

[107] De ce point de vue, la situation de Groupe Roger au regard de la transaction n'en est pas une d'imprévision au sens propre, c'est-à-dire d'un « [c]hangement de circonstances que l'une des parties ne pouvait prévoir lors de la formation du contrat et qui a pour effet d'en rendre l'exécution plus onéreuse »⁸⁰. Plutôt, Groupe Roger paraît avoir mal évalué, au moment de la conclusion du contrat, les effets potentiels (et logiquement prévisibles) des termes sur lesquels les parties se sont entendues.

[108] La preuve retenue par l'arbitre révèle en effet que les parties ont discuté tous et chacun des termes de la transaction et que c'est délibérément qu'elles n'ont pas fixé d'échéance précise à l'obligation de Groupe Denis de rembourser sa dette à Groupe Roger. Les modalités de la formule comptable ont été minutieusement examinées par les parties qui les ont assurément voulues : et c'est parce qu'elles obéissaient à un objectif précis (celui de ne pas mettre en péril la viabilité de Groupe Denis⁸¹) que les clauses 1.3b) et 11 de la formule comptable établie par la transaction y ont été incluses. Il se trouve, dit l'arbitre, que le résultat n'est pas conforme à l'intention des parties en ce que la formule comptable ne produit pas le résultat escompté (du moins par Groupe Roger)⁸², engendrant une situation inéquitable⁸³ (constats de fond par lequel la Cour est liée). Que devait ou que pouvait faire l'arbitre en vue de résoudre ce problème? Quoi qu'il ait pu faire, j'estime que, vu le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c., il ne pouvait, dans les circonstances, compte tenu des termes du contrat et, en particulier, de ceux de la convention d'arbitrage, retrancher deux des dispositions de la formule mise au point par les parties, et d'autant moins que l'une de ces dispositions concerne un tiers (à savoir l'institution financière de Groupe Denis).

[109] À première vue, cette réponse ne paraît pas très satisfaisante car elle laisse sous-entendre que le différend pourrait ne pas connaître de solution (d'où l'attrait, d'ailleurs, du remède proposé en l'espèce par l'arbitre). Mais est-ce bien le cas?

iii. Autres solutions envisageables

[110] Je précise d'emblée que je n'entreprends pas ici de me substituer à l'arbitre ou de suggérer aux parties ce qu'aurait dû être la solution appropriée au différend soumis à l'arbitre : je n'ai en effet pas à me préoccuper du fond de l'affaire autrement que pour

⁷⁹ *Id.*, 108, paragr. 187. Dans le même sens, voir aussi : John E. C. BRIERLEY, *loc. cit.*, voir *supra*, note 43, 472-473, où l'auteur précise que « [m]ediation and *amicable composition* are thus distinct functions ».

⁸⁰ *Les obligations*, Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville : Les Éditions Yvon Blais inc., 2003, p. 175, « imprévision ».

⁸¹ Voir la sentence arbitrale du 14 décembre 2004, paragr. 52, point 2.

⁸² Voir notamment les paragraphes 54 à 56 de la sentence arbitrale du 14 décembre 2004.

⁸³ Voir la sentence arbitrale du 14 décembre 2004, paragr. 57.

statuer sur la question de savoir si l'arbitre a dépassé ou non les termes de la convention d'arbitrage (en l'occurrence en enfreignant le troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c.). Il me semble cependant que n'est pas dépourvue d'intérêt la question de savoir si d'autres solutions auraient pu être envisagées ici afin de permettre à l'arbitre-amiable compositeur d'exercer son pouvoir réparateur et d'éviter, si je puis dire, un cul-de-sac décisionnel.

[111] Dans son mémoire, Groupe Roger soutient que la solution appliquée par l'arbitre⁸⁴ était la seule qui soit raisonnablement envisageable en vue de régler le différend, vu la nature de celui-ci. On notera par ailleurs que Groupe Denis se contente de contester la validité de la solution imposée par l'arbitre, mais qu'il ne suggère aucun autre palliatif, sauf celui qui consiste à rejeter la demande de Groupe Roger. Qu'aurait donc pu faire l'arbitre, sauf à faire ce qu'il a finalement ordonné?

[112] L'arbitre lui-même évoque la possibilité d'annuler la transaction, annulation qui ne lui paraît cependant pas une solution véritable et qu'il écarte donc. Que la solution n'ait pas été retenue ne signifie cependant pas qu'elle n'ait pas été envisageable.

[113] Il ne semble par ailleurs pas que les parties aient invité l'arbitre à considérer l'article 1512 C.c.Q., et ce, en vue de fixer un terme à l'engagement de Groupe Denis. L'article 1512 C.c.Q. dispose que :

1512. Lorsque les parties ont convenu de retarder la détermination du terme ou de laisser à l'une d'elles le soin de le déterminer et qu'à l'expiration d'un délai raisonnable, elles n'y ont point encore procédé, le tribunal peut, à la demande de l'une d'elles, fixer ce terme en tenant compte de la nature de l'obligation, de la situation des parties et de toute circonstance appropriée.

Le tribunal peut aussi fixer ce terme lorsqu'il est de la nature de l'obligation qu'elle soit à terme et qu'il n'y a pas de convention par laquelle on puisse le déterminer.

[114] Dans la mesure où la Cour est liée par la détermination de l'arbitre, qui estime que les parties n'avaient pas l'intention que la dette ne soit pas payée six ans après la conclusion de la transaction⁸⁵, l'arbitre aurait-il pu conclure que la formule mise au point par les parties a, au sens du premier alinéa de l'article 1512 C.c.Q., l'effet de laisser en pratique à Groupe Denis le soin de déterminer le terme (puisqu'il contrôle en partie les fonds disponibles, en raison des montants qu'il décide de consacrer chaque année à l'acquisition d'actifs et par ses relations avec l'institution financière détentrice du droit de veto énoncé par l'article 11 de la formule comptable)? Dans l'affirmative, il aurait pu alors fixer un terme à l'exécution de l'obligation de Groupe Denis, « en tenant compte de la nature de l'obligation, de la situation des parties et de toute circonstance

⁸⁴ Et qui correspondait largement à sa propre demande, comme on le constate à la lecture du paragr. 21 de la sentence arbitrale du 14 décembre 2004.

⁸⁵ Sentence arbitrale du 14 décembre 2004, notamment au paragr. 54.

appropriée ». Sinon, s'autorisant du second alinéa de l'article 1512 C.c.Q., l'arbitre aurait pu décider que la nature de l'obligation est telle qu'il ne peut s'agir que d'une obligation à terme (c'est ce qu'implique sa décision⁸⁶) et il aurait pu fixer ce terme en l'absence d'une convention permettant de le déterminer. Cette solution aurait en tout cas été envisageable puisqu'il est loisible à l'arbitre-amiable compositeur de recourir à une règle de droit pour en arriver à une solution équitable.

[115] Je n'affirme aucunement que cette solution eût été parfaite (notamment au regard de l'article 11 de l'annexe A – qui réserve un droit de veto à l'institution financière de Groupe Denis) ou même simplement opportune, mais on peut à tout le moins penser qu'elle eût été conforme au troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c.

[116] Enfin, on ne peut pas exclure non plus que la dispute entre les parties puisse en effet n'avoir aucune solution au sens où le voudrait Groupe Roger, les parties n'ayant pas doté l'arbitre des outils qui lui auraient permis de modifier le contrat : la seule réponse à la demande de Groupe Roger consisterait alors à rejeter celle-ci.

[117] Quoi qu'il en soit, je ne poursuis pas l'exercice plus loin, puisqu'il ne s'agit pas de comparer les mérites pratiques respectifs des solutions envisageables ni de dicter celles-ci (qui n'ont d'ailleurs pas été débattues en appel, quoique la question ait été soulevée par la Cour), mais simplement de vérifier qu'elles s'inscrivent potentiellement dans le cadre de la convention d'arbitrage. En l'occurrence, la solution choisie par l'arbitre dépassait les limites de la convention d'arbitrage conclue par les parties, dont les termes n'étaient pas suffisamment clairs pour permettre de passer outre au troisième alinéa de l'article 944.10 C.p.c. Par conséquent, comme le juge de première instance, j'estime que la demande d'homologation devait être rejetée, aux termes de l'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 4, C.p.c. et la demande d'annulation accueillie. Le pourvoi sera donc rejeté pour cette raison.

[118] Dire cela, je le précise au passage, n'est pas dire que les parties ne pourraient pas elles-mêmes décider de retenir la solution proposée par l'arbitre et de transiger de nouveau, cette fois sur cette base, mettant ainsi un terme à un conflit acharné qui a plus d'une décennie et qui, littéralement, s'éternise, sans nul doute à grands frais.

3. Violation de la règle *audi alteram partem*

[119] L'arbitre aurait par ailleurs, selon Groupe Denis, violé doublement la règle *audi alteram partem* : d'abord en ne permettant pas à Groupe Denis de faire la preuve qu'il souhaitait présenter au sujet de l'intention des parties à la transaction; ensuite en ne tenant pas compte d'éléments de preuve cruciaux. Les sentences arbitrales ne sauraient donc, vu ce vice fondamental, être homologuées.

⁸⁶ Voir le paragraphe 52 de la sentence arbitrale du 14 décembre 2004, qui renvoie notamment au fait que « [l]a formule comptable prévoit un escompte dans le cas où 50% du capital est payé à la fin de la cinquième année et un autre crédit est accordé si le solde du capital est acquitté avant la fin de la septième année » (ce qui correspond aux articles 5 et 6 de l'annexe A de la transaction).

[120] Ce moyen doit être rejeté.

a. Premier reproche : l'arbitre n'a pas permis à Groupe Denis de faire une certaine preuve au sujet de l'intention des parties

[121] Groupe Denis prétend que l'arbitre a violé la règle *audi alteram partem* en indiquant aux parties, lors d'une conférence téléphonique préparatoire tenue le 13 octobre 2004, qu'il n'était pas intéressé par la question de l'intention des parties alors que sa première sentence arbitrale est justement fondée là-dessus. À la p. 23 du mémoire, on reproche également à l'arbitre d'avoir pour la même raison « refusé aux intimés le droit de faire entendre [...] les représentants légaux des parties qui avaient négocié et rédigé la Convention de Règlement ».

[122] Je comprends que, vu la nature du différend décrit par Groupe Roger, la question de l'intention ait paru à tous, dès le départ, cruciale à la résolution du litige. Le 6 octobre 2006, les avocats de Groupe Denis ont donc fait savoir à ceux de Groupe Roger qu'ils avaient l'intention de les assigner comme témoins et de faire entendre également leur propre avocat⁸⁷. Les avocats de Groupe Roger refusant de témoigner, l'affaire a été soumise à l'arbitre lors d'une conférence téléphonique tenue le 13 octobre 2004. À cette occasion, selon Groupe Denis, l'arbitre aurait déclaré n'être pas intéressé par la question de l'intention des parties et n'avoir donc pas besoin d'entendre, comme témoins, les avocats ayant participé à la négociation de la transaction. Il aurait également indiqué que les seules questions qui lui semblaient pertinentes au débat étaient les suivantes :

- La Formule comptable décrite à l'Annexe « A » de la Convention a-t-elle été correctement appliquée par les vérificateurs de SGT depuis 1998?
- La Formule comptable peut-elle générer des fonds disponibles?
- Est-il possible d'envisager que la Convention puisse, effectivement, au cours des cinq prochaines années, générer des fonds disponibles?
- Quels sont les pouvoirs d'un amiable compositeur?⁸⁸

[123] Groupe Roger, tout en reconnaissant qu'effectivement les questions ci-dessus ont été formulées lors de cette conférence téléphonique, nie que l'arbitre ait indiqué n'être pas intéressé par le débat sur l'intention des parties⁸⁹.

[124] Quoi qu'il en soit, il y a eu audition, le 22 novembre 2004, et les avocats qui avaient participé à la négociation de la transaction n'ont pas témoigné.

⁸⁷ Voir lettre adressée par l'avocat de Groupe Denis aux avocats de Groupe Roger, le 6 octobre 2004, pièce R-26.

⁸⁸ Mémoire de Groupe Denis, p. 23.

⁸⁹ Sur le contenu de la conférence téléphonique du 13 octobre 2004, voir les versions qu'en donnent les avocats des parties dans les affidavits R-48 M-16.

[125] MM. Denis Coderre et Roger Coderre ainsi que leurs comptables respectifs ont cependant témoigné. La lecture des transcriptions de leurs témoignages montrent que la question de l'intention des parties fut abordée explicitement à l'audience. Ainsi, lors du témoignage de M. Asher Garbuz (comptable de Groupe Roger - interrogé par l'avocat de ce dernier) :

Q- And going back to your submission, Mr. Garbuz, under GR-1, would you please, in your own words, just tell the Arbitrator about the spirit of the formula in terms of what it meant vis-à-vis the group of Roger, and vis-à-vis the group of Denis. What was the spirit at the time of its creation?

A- The time of its creation, I believe, was in nineteen-ninety-seven (1997), this — the intention at that time was that Groupe Roger would see a reasonable return on its debt, and that it would not harm the viability of Groupe Denis. That was the intention at that time. But, obviously, it hasn't worked out in the last six, seven (6-7) years. But the intention was that Roger — Groupe Roger would get a reasonable return on its money, or debt, and that it would not harm the viability of Groupe Denis.

Q- Okay, and when you say "It hasn't worked out," has it worked out vis-à-vis Groupe Denis, as far as you can see?

A- As far as I can see, he has not — he has made one (1) payment in nineteen...

THE ARBITRATOR

Nineteen...

A- ...ninety-seven (1997), of ninety...

Q- The ten thousand — ninety thousand (\$90,000) back in nineteen...

A- That was the only payment it made, right.

Me ROBERT PANCER

Okay.

Q- Okay, I have no further questions for this witness, thank you.⁹⁰

[126] En contre-interrogatoire, on note l'échange suivant :

Q- Avant que la convention soit signée par votre client, monsieur Roger Coderre, vous aviez eu l'occasion de vérifier la formule comptable?

A- C'est correct.

⁹⁰ Annexes du mémoire de Groupe Roger (« MA »), p. 297-298.

Q. D'accord. Elle était conforme à votre intention à ce moment-là?

A- C'est correct.

Q- D'accord. Dans votre document, GR-1...

A- Just a minute, I've got to find it.

THE CLERK

Je vais vous prêter le mien en attendant.

A- Yes, okay.

Q- C'est correct?

A- No.

Q- Je vais vous donner le mien en attendant, vous me le remettrez.

A- Yes, okay.

Me CHRISTIAN TRÉPANIÉ

Q- Au point 1(b), vous parlez de "Spirit and intention in relation to the preparation of the formula."

A- 1(b), yes.

Q- Okay, 1(b):

"To provide for payment to Groupe Roger over a reasonable period of time."

A- That's correct.

Q- Qu'est-ce que vous voulez dire par là, une période raisonnable de temps, est-ce qu'il y avait un nombre d'années d'identifié?

A- I would think reasonable would be over a period of three to five (3-5) years. I would presume that would be a reasonable...

Q- C'était...

THE ARBITRATOR

You mean three to five (3-5) years for the payment of the whole...

A- No, no, not for the whole debt. A reasonable amount each year. But...

Q- I don't understand your answer. You say...

A- To pay the whole debt over five (5) years?

Q- "To provide for payment over a reasonable period of time..."

A- Oh, I see what you mean. Yes, I understand.

Q- So you said three to five (3-5) years.

A- No, no, I take that back. What I — your — I said here to pay the full debt...

Q- Yes.

A- ... two point five six — over a reasonable — I would say ten (10) years would be a reasonable time.

Q- Vous avez — ça va?

Me CHRISTIAN TRÉPANIÉ

Ça va.

Q- Est-ce que — et vous pouvez répondre en anglais aussi.

A- Okay.

Q- Est-ce que vous êtes au courant que, dans la convention, il n'y a aucun délai maximum de prévu pour payer la dette?

A- You're telling me there's no...

THE ARBITRATOR

Q- You know, of course, having participated to the formula itself, you know that there is no time...

A- Limit.

Q- ... period foreseen in the formula?

A- That's right. It's based upon the yearly results.

Q- Yes.

Me CHRISTIAN TRÉPANIÉ

Q- Est-ce que vous savez pourquoi aucun délai n'a été inclus dans la convention?

A- Why there was no set time put in? I believe so that it would let Denis be viable and not to hurt him if anything happens to the company, if it gets into very big difficulties. So that's the reason why that was put in, as far as I recall.

THE ARBITRATOR

That was not put in?

A- That's right, that there would be — have to be paid in five (5) years or some — because we didn't want to hurt the Denis company, and have — his company have problems, so that's why that was put in.⁹¹

[127] On peut lire aussi le témoignage (très spontané) de M. Denis Coderre au sujet des circonstances dans lesquelles il a été amené à conclure la transaction de 1998⁹².

[128] On peut voir encore le témoignage de M. Roger Coderre :

Q- Pour revenir en quatre-vingt-dix-huit (98), Monsieur Coderre, qu'est-ce qui vous a motivé, quelle raison, pour quelle raison avez-vous signé la convention? Pourquoi vous vous êtes engagé dans cette convention-là?

R- Ça faisait déjà cinq (5) ou six (6) ans qu'on était en négociation et quand ça venait à bout d'aboutir, il y avait quelque chose qui bloquait. Et pis sur les représentations de Monsieur St-Michel dans le temps pour garder l'amour de la famille, les relations familiales pour la famille et pour la viabilité de ses compagnies, c'était mieux de prendre un arrangement pis laisser aller Denis à son rythme pour que sa compagnie voltige à mettre des fonds suffisants sans embûches.

Q- Il n'y a pas de terme spécifique, de délai de paiement spécifique dans la convention, à quoi vous attendiez-vous?

R- Ben je m'attendais que, selon les représentations de Monsieur St-Michel, qui avait dit qu'abord que, d'ici deux (2) ans, je devais recevoir des montants d'argent régulièrement et si, dans deux (2) ans, j'avais pas reçu des montants d'argent la compagnie serait fermée.

Et pis sur ces recommandations-là, ces représentations-là, on a signé l'entente. Ça a été, la réponse de Monsieur St-Michel a été suite à la question qui a été demandée par monsieur Robert Pancer « Qu'est-ce qui arrive si, dans deux (2) ans, il n'a pas payé »? Pis ç'a été la réponse de Monsieur St-Michel.

Pis je m'attendais à un délai raisonnable sans y toucher, délai raisonnable ça peut vouloir dire une dizaine d'années peut-être, « t'sais », cinq (5) ans, dix (10) ans. Mais je suis pas au courant d'aucun de ses chiffres, aucun de ses bilans ni aucun de ses revenus.

⁹¹ MA, p. 300 *in fine* à 304.

⁹² voir MA, p. 375 et s., particulièrement aux p. 381-384.

Alors moi je suis bien mal placé pour prendre des décisions pour savoir s'il est capable de payer ou pas. Mais il me semble, moi, que si je recevais un certain montant aux deux (2) mois, ça serait beaucoup plus favorable pour tous mes enfants qui sont alentours de moi.⁹³

[129] Considérons enfin les extraits suivants du témoignage de M. Yvan Morin, comptable de Groupe Denis (interrogé par l'avocat de ce dernier) :

PROCUREUR DU GROUPE DENIS

Q- Alors Monsieur Morin on sait que vous avez été impliqué dans les négociations des parties, en quatre-vingt-seize (96), dix-sept (97), dix-huit (98), également dans la détermination de la formule qu'on prévoit à l'annexe A de la convention. Pouvez-vous nous expliquer dans vos mots votre rôle et comment vous en êtes arrivé à déterminer et choisir cette formule-là exactement?

R- On est en quatre-vingt-dix-huit (98), cinq (5) ans plus tard que quatre-vingt-treize (93) où il y a des premières procédures qui sont faites par Monsieur Coderre, père, à SGT. Et en quatre-vingt-dix-huit (98) SGT reconnaissait une dette qui était inscrite aux états financiers expliqués, de cinq cent vingt-quatre mille (524 000,00), de mémoire, on me pardonnera la précision des chiffres là, j'ai rien devant moi, avait une dette donc envers Monsieur Coderre, père, ou ses compagnies de cinq cent vingt-quatre mille (524 000,00).

Ça faisait déjà quatre (4) ou cinq (5) ans que, ce que Denis expliquait tantôt, que les procédures dureraient et perduraient, Denis était déjà rendu à près de sept cent mille piastres (700 000 \$) d'honoraires dans cette seule cause-là et il y avait une négociation qui avait été entreprise et Monsieur St-Michel était présent à ce moment-là et on était pris toujours devant, quand je dis « on » je parle toujours de SGT, toujours devant cette réclamation de dix millions (10 M) et plus.

Des expertises ont été demandées et ont été faites pour évaluer la valeur des réclamations de Monsieur Coderre, malgré ces expertises qui donnaient des résultats qui, c'est-à-dire malgré les expertises qui annulaient une très très grande partie de la réclamation, on se préparait à aller en Cour avec tout ce que ça implique, et avec Monsieur St-Michel on cherchait la formule qui aurait évité les procédures de Cour.

La compagnie ne pouvait même pas offrir de payer à ce moment-là le cinq cent vingt-cinq mille (525 000,00) qu'elle reconnaissait, elle était déjà sous respirateur artificiel à la Banque Nationale, le compte était, à cette époque, déjà rendu au bureau-chef pour fins de « collection » et de fermeture de compte.

⁹³ MA, p. 396-397. Voir aussi les cinq dernières lignes de la p. 398. Il n'y aura pas de contre-interrogatoire (MA, p. 399, l. 24 et 25).

Les négociations nous ont amenés à ce moment-là à accepter ce que je pense Monsieur St-Michel avait proposé, par négociations entre les parties un montant quelconque, deux millions (2 M), à ajouter au cinq cent mille (500 000,00), ce que la compagnie ne pouvait pas payer non plus.

Et je me rappelle être celui qui a proposé à Denis d'accepter le montant de deux millions (2 M), parce qu'on trouverait une formule qui lui permettrait de respirer pis qui lui permettrait de régler ce que les deux (2) parties avaient accepté de montant sans toucher personne.

C'est là que la formule, et dans nos termes, sans aller dans les détails de la composition, on se dit « s'il a cent mille (100 000,00) la moitié ira au paiement de la dette ». Maintenant ce profit-là était décrit à l'époque comme étant les fonds générés, c'est un terme comptable qui est différent des profits dans une entreprise, les fonds générés serviront au service de la dette et aux autres, au paiement des autres dépenses à long terme, à l'achat d'équipements, tenant compte des financements à obtenir sur cet achat d'équipements-là et le solde, s'il en reste, sera partagé en deux (2).

Il y a une formule très complexe qui amène le calcul des fonds générés, si c'est nécessaire d'aller dans les détails j'irai. Donc c'est comme ça que la formule a été établie et bâtie. Le payeur s'en satisfaisait parce qu'il ne paierait pas s'il n'a pas les argents à la fin de l'année.

S'il n'a pas d'argent, c'est tant pis. S'il en a, quel que soit le montant, il sera partagé en deux (2). Que ce soit cent mille (100 000,00) ou deux millions (2 M), il sera partagé en deux (2). Ça semblait à l'époque très équitable, Denis n'avait pas d'autre source de fonds que les opérations de sa compagnie, il n'avait pas de cagnotte.

C'est comme ça que la formule a été bâtie, tenant compte des capacités de payer et tenant compte de l'équité aussi. Il ne pourra pas payer s'il ne fait pas de profit, s'il n'a pas de fonds générés il ne paiera pas quels que soient les contrats qui seront faits.

Q- Est-ce que la formule permet ou, en tout cas, selon la conception que vous aviez à l'époque où vous avez travaillé sur la composition de la formule, est-ce qu'elle permettait ou est-ce qu'elle permet encore de tenir compte des changements économiques de la situation financière du Groupe Denis, année après année, on parle dans le temps là?

R- Ben oui, dans la mesure où les fonds générés prennent leur source dans les profits de l'entreprise. Les profits personne ne les connaissait, ils auraient pu monter, ils ont descendu. Ils ont été très inégaux comme vous pouvez le constater. La question était quoi?⁹⁴

⁹⁴ MA, p. 418-422.

[130] On notera également qu'en fin d'audition, l'avocat de Groupe Denis dépose des documents signés par les avocats des parties, en 1998, déclarant que la transaction reflète bien l'intention des parties⁹⁵.

[131] Dans ces circonstances, étant à même de constater que la question de l'intention faisait l'objet d'une preuve, les avocats de Groupe Denis n'auraient-ils pas dû y faire objection ou tenter de faire eux-mêmes une preuve contradictoire ou alors demander le report de l'audience de façon à compléter leur preuve sur l'intention? N'auraient-ils pas dû au moins demander à l'arbitre ce qu'il en était de sa décision antérieure de ne pas se préoccuper de la question de l'intention (si l'on retient cette version)? Ils n'en ont rien fait. Peuvent-ils alors se plaindre de ce qu'on ait violé leur droit de faire une preuve sur la question de l'intention? Une réponse négative s'impose.

b. Second reproche : l'arbitre a ignoré tout un pan de la preuve

[132] Groupe Denis reproche également à l'arbitre d'avoir ignoré de grands pans de la preuve qui lui a été soumise. L'arbitre aurait notamment ignoré les documents présentés par Groupe Denis et faisant foi du déroulement et de l'évolution des négociations ayant mené à la transaction :

Or, à l'examen de la sentence arbitrale du 14 décembre 2004, on ne peut retrouver aucune trace de toute cette preuve documentaire plus que pertinente relative aux négociations entre les parties préalablement à la signature de la Convention de Règlement. Au contraire, lorsque le mis en cause indique le contenu de la « **preuve documentaire** » qu'il considère, **il ne fait mention que des éléments de preuve produits par le comptable des appelants lors même de l'audition** (M.A., Vol. II, pp. 135-136) **omettant la preuve déposée par les intimés.**⁹⁶

[133] Deux observations à ce sujet.

[134] Tout d'abord, ce reproche jette une ombre sur l'argument précédent de Groupe Denis : si vraiment Groupe Denis croyait n'avoir pas à faire la preuve de l'intention des parties ou avait compris qu'il ne serait pas question de celle-ci à l'audience du 22 novembre 2004, il est difficile de voir pourquoi ses avocats ont cru bon de déposer en preuve les documents relatifs à la négociation de la transaction et qui n'avaient apparemment d'autre but que de montrer ce qu'était l'intention véritable des cocontractants.

[135] Ensuite, je ne crois pas que l'on puisse conclure de la sentence du 14 décembre 2004 que l'arbitre a ignoré ces éléments de preuve. Il n'en parle peut-être pas de façon explicite, mais on ne peut conclure pour autant qu'il a omis de les considérer. Au contraire, même s'il est vrai que quelques-uns des documents soumis par Groupe

⁹⁵ Extraits de la transcription relatifs à la production de cette pièce : MA, p. 443-444. Voir également les documents eux-mêmes, pièce R-43.

⁹⁶ Mémoire de Groupe Denis, p. 26.

Denis pouvaient laisser entendre certaines choses quant à l'intention des parties, d'autres éléments laissent entendre autrement et vont dans le sens des déterminations de l'arbitre. La sentence de celui-ci est suffisamment étayée sur ce point pour qu'on puisse conclure qu'il a examiné toute la preuve, y compris celle que Groupe Denis lui reproche d'avoir ignorée.

[136] L'article 946.4, 1^{er} al., paragr. 3, *C.p.c.* (disposition applicable à l'homologation comme à l'annulation d'une sentence arbitrale⁹⁷) énonce que :

946.4 Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi :

[...]

3° que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

[...]

5° que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté.

[Je souligne.]

En l'espèce, paraphrasant la Cour suprême dans *Desputeaux c. Éditions Chouette*⁹⁸, je conclus que le dossier n'établit aucun grief de cette nature.

V. CONCLUSION

[137] Je suggère donc le rejet du pourvoi, avec dépens.

MARIE-FRANCE BICH J.C.A.

⁹⁷ Voir l'article 947.2 *C.p.c.*, qui renvoie à l'article 946.4 *C.p.c.* en cas de demande d'annulation.

⁹⁸ Voir *supra*, note 23, paragr. 71.