COUR D'APPEL

2009 QCCA 861 (CanLII)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-017986-076
(500-05-076503-042)

DATE : 4 MAI 2009

CORAM : LES HONORABLES ANDRÉ BROSSARD, J.C.A.
JOSEPH R. NUSS, J.C.A.
MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

BOMBARDIER TRANSPORTATION
APPELANTE – INTIMÉE INCIDENTE / Défenderesse
c.

SMC PNEUMATICS (UK) LTD.
INTIMÉE – APPELANTE INCIDENTE / Demanderesse

ARRÊT

---

[1] LA COUR; -Statuant sur l'appel et l'appel incident d'un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Chantal Masse), qui, le 20 juillet 2007, accueille une partie seulement de l'action de l'intimée contre l'appelante, condamne celle-ci à verser 442 092,80 $ à celle-là et, pour l'autre partie de la même action, accueille l'exception déclinatoire formulée par l'appelante;

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

[3] Pour les motifs de la juge Bich, auxquels souscrivent les juges Brossard et Nuss :

[4] ACCUEILLE l'appel, avec dépens;

[5] INFIRME, pour partie, le jugement de première instance;

[6] ACCUEILLE l'exception déclinatoire formulée par l'appelante à l'encontre de l'action intentée par l'intimée, avec dépens, et, en conséquence, REJETTE cette action, avec dépens;

[7] RENVOIE les parties à l'arbitrage, selon les modalités prévues au contrat du 3 octobre 1996;

[8] REJETTE l'appel incident, avec dépens.

2009 QCCA 861 (CanLII)

ANDRÉ BROSSARD, J.C.A.

JOSEPH R. NUSS, J.C.A.

MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

M^e^ Éric C. Lefebvre
Ogilvy, Renault
Pour l'appelante/intimée incidente

M^e^ Nich Rodrigo
Davies Ward Phillips & Vineberg
Pour l'intimée/appelante incidente

Date d'audience : le 9 décembre 2008

MOTIFS DE LA JUGE BICH

2009 QCCA 861 (CanLII)

[9] Nous sommes saisis de l'appel et de l'appel incident du jugement de la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Chantal Masse), qui, le 20 juillet 2007, accueille une partie seulement de l'action de l'intimée contre l'appelante et, pour l'autre partie, accueille l'exception déclinatoire de cette dernière.

I. TRAME FACTUELLE ET PROCÉDURALE

[10] Voici les éléments essentiels de la trame factuelle et procédurale du dossier.

[11] Le 3 octobre 1996, SMC Pneumatics (UK) Ltd. (« SMC ») conclut avec Bombardier Transportation (« Bombardier ») un sous-contrat (le « Contrat ») relatif à la fourniture d'équipements (systèmes de portes) à installer sur des trains à haute vitesse destinés à la société américaine Amtrak[1]. Soulignons immédiatement que le Contrat comporte une clause d'arbitrage[2] ainsi qu'une clause d'élection de for advenant poursuite devant un tribunal judiciaire[3].

[12] SMC ayant décidé par la suite de se retirer de ce genre d'activités, le Contrat, avec l'accord de Bombardier, a été cédé à Curtis Door Systems (« Curtis »), société formée par d'anciens cadres de SMC. On a cédé en même temps à Curtis un autre contrat liant SMC et Bombardier : il s'agit du « Contrat de New York » dont l'existence est prouvée sans toutefois que son contenu précis ait été établi, le document qui le constate n'ayant pas été déposé à la Cour supérieure. La cession des deux contrats est effective à compter du 1er avril 1999, ayant été approuvée par Bombardier le 30 août 1999[4]. Le contrat de cession prévoit que SMC maintient en vigueur les lettres de garanties prévues par le Contrat (clause 105) et par le Contrat de New York. Il est admis que les coûts des lettres de garantie ainsi maintenues par SMC sont en principe assumés par Bombardier.

[13] Par la suite, SMC réalise que certaines des factures qu'elle a envoyées à Bombardier *avant* la cession du Contrat à Curtis demeurent impayées, pour un total qu'elle estime alors être de 290 225 £. Il appert aussi que certains des coûts associés aux lettres de garantie *antérieures* à la cession n'ont pas non plus été acquittés par Bombardier (118 082,94 £). Non sans difficultés, l'un des représentants de SMC réussit

---

1 Pièce P-1.

2 Combinaison des clauses 29 et 32 du Contrat. Pour ce qui est de l'arbitrage, voir principalement les clauses 32.1 à 32.3.

3 Clause 32.4 du Contrat.

4 Pièce P-3, lettre de Bombardier à SMC acceptant la cession « effective from and after April 01, 1999 ».

à rencontrer deux représentants de Bombardier, le 3 avril 2000. Au terme de cette rencontre, le représentant de SMC est convaincu de l'existence d'une entente (verbale) selon laquelle Bombardier s'est engagée à verser les frais de garantie et à verser également, en paiement final des factures d'équipement impayées, la somme de 197 000 £, SMC soutenant avoir accepté de réduire sa réclamation en vue d'acheter la paix.

[14] Bombardier paiera en effet les 118 082,94 £ de frais de garantie, mais n'acquittera jamais les 197 000 £. SMC lui écrit maintes fois, sans succès. Finalement, par mise en demeure du 7 juin 2001, sous la plume de l'avocat George J. Pollack[5], elle somme Bombardier de lui payer ces 197 000 £, à défaut de quoi « appropriate proceedings at law will be instituted against you without further notice or delay »[6].

[15] Par lettre du 13 juin 2001, Bombardier répond qu'elle n'a pas l'intention de payer la somme réclamée, dont elle retient le versement en raison de l'exécution déficiente du Contrat par SMC :

> The present is in response to the June 7th, 2001, letter Bombardier received from Sprouk & Polak *(sic)*, acting for SMC Pneumatics (UK) Limited ("SMC").
>
> By such letter SMC is claiming the sum of £197,000 from Bombardier as the agreed upon balance owed with respect to invoices rendered by SMC to Bombardier under the NEC project Subcontract.
>
> Bombardier is in fact retaining such a sum as security for the correction of defects and/or deficiencies in the Subcontract Work, per Article 62.1 of the Subcontract.
>
> Bombardier acknowledges the existence of a Letter of Guarantee number GTS21804445A issued by the Lloyds Bank. However, such a letter was issued as security of performance of the Subcontract Work as provided for in Section 105.3 of the Subcontract.
>
> As provided under Section 106.14, in the event where SMC either augments such a Letter of Guarantee by twice the amount necessary to correct the defects and/or deficiencies or if SMC provides a separate Letter of Guarantee also in an amount equal to twice the above mentioned amount, then Bombardier would not be in its right to withhold.
>
> However, until either of these actions are taken by SMC to secure performance of the obligations at hand, Bombardier will continue to exercise its right to retain the sum of £197,000 as permitted by the Subcontract Terms & Conditions.

5 Pièce D-3.
6 *Id.*

2009 QCCA 861 (CanLII)

> Please confirm withdrawal of the above mentioned June 7th letter before expiry of the therein prescribed 5 day time period.[7]

[16] Notons que les carences alléguées dans cette lettre de 2001 ne seront pas précisées ultérieurement, encore qu'on trouve au dossier des lettres par lesquelles Bombardier fait part d'un certain nombre de griefs à SMC (voir pièces D-5[8], D-7[9], D10[10], D-12[11], D-15[12], D-16[13]).

[17] SMC intente son action, devant la Cour supérieure du Québec, en juillet 2001. Elle allègue d'abord l'existence de la transaction qui aurait été conclue lors de la rencontre du 3 avril 2000 et aux termes de laquelle Bombardier se serait engagée à lui payer 197 000 £ (423 707,60 $) pour de l'équipement impayé, se réservant toutefois, subsidiairement, de réclamer le paiement des 290 225 £ (624 215,93 $) qui formaient sa demande initiale à Bombardier, advenant que l'existence de la transaction ne soit pas reconnue. Elle réclame de plus 39 360,98 £ en frais de garantie (84 657,60 $), pour la période du 26 janvier 2001 au 25 janvier 2002. Cette dernière somme est payée par Bombardier le 14 septembre 2001[14] et il n'y a plus de litige entre les parties à cet égard.

[18] Bombardier comparaît tout en réservant expressément ses droits de contester la compétence de la Cour supérieure sur une instance qui devrait plutôt être déférée à l'arbitrage. En août 2001, elle présente d'ailleurs une « requête en exception déclinatoire, requête en exclusion de la procédure par voie allégée et requête pour cautionnement pour frais ». Sur le déclinatoire, elle allègue que le litige entre les parties relève exclusivement du processus d'arbitrage prévu par le Contrat. La requête reproduit l'intégralité de l'article 32 du Contrat, dont la clause 32.4 qui stipule qu'en cas de recours devant les tribunaux judiciaires, « any such action shall be brought only in the United States District Court for the District of Columbia ». La conclusion de la requête, toutefois, demande simplement le renvoi de l'affaire à l'arbitrage.

[19] Le 28 septembre 2001, séance tenante, le juge Richard Nadeau rejette la portion déclinatoire de la requête et accueille les deux autres conclusions (cautionnement et non-assujettissement à la procédure allégée).

[20] Dans la défense qu'elle soumet par la suite, Bombardier, qui conteste l'existence de toute transaction, allègue de nouveau l'absence de compétence de la Cour supérieure, pour le double motif de l'arbitrage (paragr. 30) et, advenant poursuite

---

7 Pièce D-1, 13 juin 2001.
8 Lettre du 7 décembre 1998, avec note jointe.
9 Lettre du 2 février 1999.
10 Lettre du 13 avril 1999.
11 Lettre du 20 mai 1999.
12 Lettre du 13 août 1999.
13 Lettre du 31 août 1999. Sauf cette lettre D-16, les autres lettres sont antérieures à la date (30 août 1999) à laquelle Bombardier a approuvé la cession (voir pièce P-3).
14 Voir lettre du 14 septembre 2001, pièce D-4.

2009 QCCA 861 (CanLII)

judiciaire, de l'élection du for américain (paragr. 31). La conclusion de la défense, cependant, ne demande que le renvoi à l'arbitrage.

[21] En janvier 2007, à la fin du procès, SMC amende sa procédure introductive d'instance pour y ajouter une réclamation visant les frais de garantie couvrant la période du 26 janvier 2002 au 16 janvier 2007, que Bombardier n'aurait pas payés, soit 158 274,65 £ (364 490 $).

2009 QCCA 861 (CanLII)

II. JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[22] La juge de première instance conclut d'abord que le Contrat comporte en effet une clause compromissoire parfaite, excluant les tribunaux judiciaires en cas de différend entre les parties (paragr. 28 du jugement). Elle note également la présence de la clause d'élection de for mentionnée plus haut et qui, subsidiairement, réserve aux tribunaux du district de Columbia la compétence sur toute action intentée par les parties l'une contre l'autre en rapport avec le Contrat (paragr. 29 et 30 du jugement).

[23] Avant de déclarer ces clauses applicables au litige, elle estime toutefois nécessaire de déterminer s'il y a eu transaction ou pas entre les parties le 3 avril 2000, tant sur les factures d'équipement que sur les frais de garantie, puisque, dans l'affirmative, ni la clause d'arbitrage ni la clause d'élection de for ne s'appliqueraient, le différend résultant alors non du Contrat, mais bien de la transaction, acte juridique distinct. Se fondant notamment sur l'arrêt *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*[15], elle écrit ainsi que :

> [40] Si une entente est intervenue entre les parties, il ne subsiste plus de litige à soumettre au tribunal d'arbitrage ou au tribunal américain. La source du recours exercé n'est plus le Contrat mais la transaction alléguée. Il ne s'agit donc plus, dans son essence, d'une réclamation « *arising out of or relating to the Contract* » ou d'une réclamation visant à obtenir le paiement d'un montant d'argent en vertu du Contrat [renvoi omis].
>
> [41] En d'autres termes, l'objet du litige n'a plus trait aux obligations des parties en vertu du Contrat. Il s'agit plutôt de déterminer si la transaction existe et quelle en est la portée. Bombardier ayant son domicile au Québec, le Tribunal est compétent pour ce faire [renvoi omis].

[24] Après avoir analysé la preuve documentaire et testimoniale, la juge conclut qu'il n'y a pas eu transaction le 3 avril 2000, même si le représentant de SMC a pu croire le contraire. Au mieux, les parties se sont peut-être entendues sur le montant des réclamations de SMC, mais la preuve ne révélerait pas de manière prépondérante que Bombardier se soit engagée à payer ce montant (paragr. 46-67 du jugement).

---

[15] [2006] R.R.A. 556 (C.A.).

2009 QCCA 861 (CanLII)

[25] Puisqu'il n'y a pas eu transaction, la juge aborde ensuite, d'une part, la réclamation de SMC relative aux factures d'équipement impayées (selon le montant de 290 225 £ (624 215,93 $) demandé subsidiairement) et, d'autre part, sa réclamation relative aux frais de garantie.

[26] Quant aux factures d'équipement impayées, la juge décide que le litige ne relève pas de la compétence de la Cour supérieure et elle accueille donc l'exception déclinatoire de Bombardier (paragr. 69-76 du jugement). Au passage, elle rejette l'argument de SMC qui opposait une fin de non-recevoir à l'exception déclinatoire de Bombardier, faisant valoir que cette dernière avait par son comportement empêché SMC de recourir au processus d'arbitrage prévu par le Contrat. Selon la juge, SMC n'a jamais envoyé à Bombardier l'avis écrit requis par la clause 29 du Contrat, avis qui seul aurait pu enclencher le processus d'arbitrage prévu à l'article 32. Les factures elles-mêmes ne constituent pas un tel avis (paragr. 71-75 du jugement).

[27] Quant aux frais de garantie, la juge distingue deux types de frais : ceux qui sont liés au Contrat et font l'objet d'une réclamation de 338 630,40 $ et ceux qui sont liés au Contrat de New York et font l'objet d'une réclamation de 110 571,20 $.

[28] Quant à la première réclamation pour frais de garantie (338 630,40 $), la juge est d'avis que « [s]i Bombardier n'avait pas reconnu la juridiction du Tribunal à cet égard, son moyen déclinatoire aurait également été fondé quant à cette réclamation »[16]. Soulignant que Bombardier, dans sa défense, a reconnu « le bien-fondé de la réclamation de SMC à l'égard des frais de renouvellement de la lettre de garantie en vertu du Contrat »[17], elle écrit que :

> [82] Sur cette base, elle a plaidé qu'il n'y avait pas transaction puisque son objet aurait été divisé, ce que ne permet pas l'article 2631 du *Code civil du Québec* [renvoi omis]. Ce faisant, elle a invité le Tribunal à constater judiciairement qu'elle a reconnu devoir les frais de renouvellement de la lettre de garantie et les a payés.
>
> [83] Bref, la position de Bombardier est que le Tribunal a juridiction sur cette question lorsqu'il s'agit d'appuyer son argument voulant que la réclamation principale ne soit pas fondée au mérite.
>
> [84] Une fois la réclamation principale rejetée, cependant, le Tribunal n'aurait plus juridiction pour considérer cette même admission aux fins de la réclamation subsidiaire.

---

16 Jugement de première instance, paragr. 80.
17 Jugement de première instance, paragr. 81.

> [85] La position de Bombardier est intenable. En invoquant son admission relative aux frais de renouvellement de la lettre de garantie, elle a reconnu la juridiction du Tribunal sur la question.
>
> [86] Ce faisant, Bombardier a renoncé [renvoi omis] à l'application des clauses compromissoire et d'élection de for concernant les frais de renouvellement de la lettre de garantie dus en vertu du Contrat. Les réserves contenues aux procédures quant à la compétence du Tribunal ne tiennent plus dans ces circonstances.
>
> [87] Le Tribunal est donc compétent pour décider du bien-fondé de cette réclamation.

2009 QCCA 861 (CanLII)

[29] Se penchant ensuite sur le fond de cette réclamation, la juge conclut qu'elle doit être accueillie. Ayant reconnu, en avril 2000, devoir les frais de garantie alors exigés par SMC (118 082,94 £) et les avoir ultérieurement payés et ayant réitéré cette reconnaissance dans les paragraphes 20 à 22 de sa défense, Bombardier serait tenue de payer les frais de même nature et de même montant que réclame maintenant SMC. Il s'agirait en effet « d'un coût récurrent pour une même obligation de Bombardier »[18] et que celle-ci doit donc payer puisqu'elle est liée par son admission et n'a par ailleurs jamais fourni la moindre explication sur le non-paiement des factures qui lui ont été adressées à cet égard. La juge accorde donc la demande de SMC, sauf pour un petit montant réclamé en trop (voir paragr. 97 du jugement).

[30] Quant aux frais de garantie liés au Contrat de New York, et dont le quantum n'est pas contesté (110 517,20 $), la juge conclut que l'exception déclinatoire de Bombardier doit être rejetée puisque ledit contrat n'a jamais été produit et que l'on n'a donc jamais prouvé qu'il comportait une clause compromissoire ou une clause d'élection de for faisant obstacle à la compétence de la Cour supérieure. Selon la juge, la réclamation de SMC est bien fondée, et ce, pour les raisons évoquées précédemment :

> [103] Le paiement par Bombardier des factures discutées lors de la rencontre du 3 avril 2000 [renvoi omis] et le témoignage de ses représentants [renvoi omis] constituent une reconnaissance suffisante pour permettre de conclure que les factures subséquentes, de la même nature, devaient être assumées par Bombardier. Compte tenu de cette reconnaissance, la production du contrat de New York au dossier n'était pas nécessaire.

* *

[31] Chacune des parties se pourvoit : selon Bombardier, qui formule l'appel principal, non seulement la réclamation relative aux factures d'équipement impayées devait-elle être rejetée, faute de compétence de la Cour supérieure, mais également — et pour la

---

[18] Jugement de première instance, paragr. 95.

même raison — l'ensemble des réclamations relatives aux frais de garantie. Dans son appel incident, SMC prétend de son côté que la juge a erré en concluant qu'il n'y avait pas eu de transaction et, subsidiairement, en concluant que la réclamation devait être portée à l'arbitrage. SMC fait notamment valoir que c'est Bombardier qui a empêché le processus d'arbitrage et qui doit de ce fait être considérée comme y ayant renoncé. SMC oppose aussi à Bombardier que son comportement constitue une fin de non-recevoir à l'exception déclinatoire.

2009 QCCA 861 (CanLII)

III. ANALYSE

[32] J'estime que la juge de première instance a eu raison d'accueillir le moyen déclinatoire de Bombardier en ce qui touche les factures impayées rattachées aux équipements dont la fourniture était prévue par le Contrat, bien qu'à mon avis il eût été préférable qu'elle ne se prononce pas sur l'existence ou l'inexistence d'une transaction entre les parties, à ce sujet, question qui aurait dû être soumise à l'instance arbitrale prévue par le Contrat. J'estime par ailleurs que la juge aurait dû également accueillir le moyen déclinatoire en ce qui touche les frais de garantie, Bombardier n'ayant jamais reconnu la compétence des autorités québécoises à cet égard.

[33] Comme le souligne la juge de première instance, le litige comporte plusieurs éléments d'extranéité, appelant potentiellement l'application de certaines règles du droit international privé. S'agissant de l'exercice d'un droit personnel à caractère patrimonial, la réclamation de SMC à l'endroit de Bombardier est régie par les articles 3111 et 3148 *C.c.Q.* :

> **3111.** L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.
>
> Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.
>
> On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.
>
> **3148.** Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :
>
> 1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;
>
> 2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

> 3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;
>
> 4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;
>
> 5° Le défendeur a reconnu leur compétence.
>
> Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.
>
> [Je souligne.]

2009 QCCA 861 (CanLII)

[34] En l'espèce, les parties reconnaissent que le Contrat (du moins en ce qui touche les réclamations reliées aux factures d'équipement impayées et aux frais de garantie autres que ceux rattachés au Contrat de New York) comporte une clause compromissoire parfaite (clauses 29 et 32 du Contrat P-1). Il comporte aussi une clause d'élection de for, en cas de débat judiciaire, et désigne alors un tribunal du district de Columbia, États-Unis. On peut voir dans cette élection de for, qu'exprime la clause 32.4 du Contrat[19], le corollaire de la désignation de loi exprimée par la clause 49.1 (« This contract shall be subject to and interpreted in accordance with the laws of the District of Columbia »), désignation que permet l'article 3111 *C.c.Q.*

[35] Personne ne conteste la validité de ces clauses ni leur caractère de clause parfaite. La seule question est celle de leur *applicabilité* au litige. Et en fait, vu ma conclusion sur l'applicabilité de la clause d'arbitrage, je n'aurai pas à discuter de la clause d'élection de for. J'examinerai la question en trois temps, me penchant d'abord sur la question des factures d'équipement impayées, sur celle des frais de garantie rattachés au Contrat, puis sur celle des frais de garantie rattachés au Contrat de New York. En dernier lieu, j'aborderai aussi la fin de non-recevoir soulevée par SMC.

A. La clause d'arbitrage est-elle applicable à la réclamation relative aux factures d'équipement impayées?

[36] Pour ce qui est des factures impayées rattachées à la fourniture d'équipements, comme on vient de le voir, la juge estime que l'applicabilité de la clause d'arbitrage (ou celle de la clause d'élection de for) dépend de la question de savoir si les parties ont ou

---

[19] Clause 32.4 : In the event that the parties are unable to resolve their dispute through negotiation or the DRB, except as set forth in Article 32.5 thereof, the parties may pursue their rights or remedies in law or in equity with respect to any Claim for which a final and binding decision has not been issued, except that any such action shall be brought only in the United States District Court for the District of Columbia.

n'ont pas conclu une transaction le 3 avril 2000 : si elles ont conclu une telle transaction, que Bombardier refuserait maintenant d'exécuter, alors le litige découlerait non plus du Contrat mais de cette transaction et, la clause d'arbitrage n'ayant pas été reprise dans la transaction (pas plus que la clause d'élection de for), elle ne s'appliquerait pas, ce qui ferait en sorte que le litige relèverait des tribunaux judiciaires; par contre, s'il n'y a pas eu de transaction, alors le litige découlerait en effet du Contrat et devrait être assujetti à la clause d'arbitrage.

[37] On sait que la juge, au vu d'une preuve contradictoire comportant des indices allant dans l'un et l'autre sens, a conclu à l'*inexistence* d'une transaction. Or, SMC ne réussit pas à démontrer que le jugement est sur ce point entaché d'une erreur manifeste et dominante, qui seule justifierait l'intervention de la Cour. La juge devait notamment apprécier les témoignages de divers individus et donner un sens à une correspondance abondante, certes, mais ambiguë, et son jugement, compte tenu de l'ensemble des éléments qu'elle devait considérer, soupeser et jauger, est suffisamment étayé par la preuve.

[38] Je n'insiste cependant pas sur ce point puisqu'à mon avis la juge aurait dû s'abstenir de statuer sur l'existence ou l'inexistence de la transaction et que la Cour devrait faire de même.

[39] Il résulte en effet des arrêts *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*[20] et *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*[21], considérés dans le cadre interprétatif très large instauré par la Cour suprême dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*[22], que la question de la validité ou de l'applicabilité d'une clause d'arbitrage doit, sauf exception, être déférée à l'instance arbitrale.

[40] Dans *GreCon Dimter*, où il est question d'élection de for, mais où l'on s'intéresse également à la clause d'arbitrage dans un cadre international, le juge LeBel, pour la Cour, souligne, notamment à la lumière de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* ou *Convention de New York*, que « [l]interprète doit donc favoriser et faciliter l'application des clauses d'arbitrage »[23] et qu'au Québec, « l'application de l'art. 940.1 *C.p.c.* est obligatoire lorsque les conditions requises sont remplies », le tribunal n'ayant alors d'autre choix que d'y acquiescer[24]. Cela s'impose au nom du principe du respect de la liberté et de l'autonomie de la volonté des parties — et par conséquent de leurs engagements contractuels —, norme dont la primauté doit être assurée.

[41] Cette vision large est celle que la juge Deschamps, au nom de la majorité, met en œuvre dans l'affaire *Dell*, lorsqu'elle écrit :

---

20 [2007] 2 R.C.S. 801.
21 [2007] 2 R.C.S. 921.
22 [2005] 2 R.C.S. 401.
23 *Ibid.*, paragr. 43.
24 *Ibid.*, paragr. 44 *in fine*.

2009 QCCA 861 (CanLII)

2009 QCCA 861 (CanLII)

11 Les questions soulevées par les parties sont nombreuses. Dans le contexte du présent litige, celle qui me paraît la plus importante touche à l'application de l'art. 3149 C.c.Q. Cette question est non seulement potentiellement déterminante pour les parties, mais elle concerne aussi l'ordonnancement des règles dans le *Code civil du Québec*; la réponse qui y sera donnée aura des répercussions sur l'interprétation des autres dispositions du titre dans lequel figure cet article et sur l'interprétation du Code en général. L'analyse de ce point m'amènera à me pencher sur l'influence des normes internationales sur le droit québécois. Ces normes sont aussi pertinentes pour répondre à une autre question, celle de l'application du principe de compétence-compétence à l'examen de la demande de renvoi à l'arbitrage. Je conclurai que l'arbitre a compétence pour évaluer la validité et l'applicabilité de la clause d'arbitrage et que, sauf exceptions, la décision sur la compétence devrait lui appartenir en premier lieu. Cependant, compte tenu de l'état du dossier, je traiterai de toutes les questions soulevées.

[…]

82 Un auteur suggère que les tribunaux québécois font preuve de plus de respect envers la compétence de l'arbitre lorsqu'ils sont simplement saisis d'une contestation fondée sur l'applicabilité de la clause d'arbitrage, alors que si la question porte sur la validité de cette même clause, ils semblent avoir pour règle de trancher cette question de façon immédiate : F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, p. 190-191. Je reconnais qu'une distinction pourrait être faite entre les cas de validité et d'applicabilité. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est uniformément utilisée ou identifiée par les tribunaux québécois comme critère d'intervention. Je remarque aussi qu'elle n'est pas retenue dans le reste du Canada où l'analyse sommaire est également étendue aux cas d'applicabilité de la clause d'arbitrage : *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A. Ont.). C'est pourquoi j'estime nécessaire de pousser la recherche au-delà de cette distinction.

83 L'article 940.1 C.p.c. ne mentionne que les cas de nullité de la convention d'arbitrage. Cependant, comme cette disposition fait partie de la mise en œuvre de la Convention de New York (dont les termes utilisés à l'art. II(3) sont « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »), je ne crois pas qu'une interprétation littérale soit indiquée. Il est possible, tout en incorporant les données empiriques qui ressortent de la jurisprudence québécoise, de formuler un critère d'examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage qui soit fidèle à l'art. 943 C.p.c. et au critère de l'analyse sommaire de plus en plus retenu à l'échelle internationale.

2009 QCCA 861 (CanLII)

84 Tout d'abord, il convient de poser la règle générale que, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation se justifie par l'expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum auquel les parties s'adressent lorsqu'elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire. De cette façon, l'argument de droit relatif à la compétence de l'arbitre sera tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d'un débat strictement juridique. De plus, le risque de manipulation de la procédure en vue de créer de l'obstruction est amenuisé du fait que la décision du tribunal quant à la compétence arbitrale ne doit pas mettre en cause les faits donnant lieu à l'application de la clause d'arbitrage.

85 Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.

86 Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. Cette dernière exigence signifie que, même si le tribunal est en présence d'une des situations d'exception, il peut décider qu'il est dans l'intérêt du processus arbitral de laisser l'arbitre se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence.

87 Ainsi, la règle générale du critère québécois est conforme au principe de compétence-compétence prévu à l'art. 16 de la Loi type et incorporé à l'art. 943 C.p.c. Quant à la dérogation permettant aux tribunaux de trancher de façon initiale les questions de droit relatives à la compétence de l'arbitre, il s'agit d'un pouvoir prévu à l'art. 940.1 C.p.c., qui reconnaît justement aux tribunaux le pouvoir de constater eux-mêmes la nullité de la convention au lieu de renvoyer cette question à l'arbitrage.

88 En l'espèce, les parties ont soulevé des questions de droit portant sur l'application des dispositions du droit international privé québécois et le caractère d'ordre public du recours collectif. Plusieurs autres moyens requéraient cependant une analyse des faits pour déterminer l'application à l'espèce des règles de droit. Il en va ainsi de la recherche de l'élément d'extranéité dans les faits de l'affaire. De même le caractère externe de la clause d'arbitrage requiert

2009 QCCA 861 (CanLII)

> non seulement l'interprétation du droit mais aussi l'examen de la preuve documentaire et testimoniale présentée par les parties. En vertu du critère décrit ci-dessus, l'affaire aurait dû être renvoyée à l'arbitrage.
>
> 89 Vu l'état du dossier, il serait contre-productif pour notre Cour de renvoyer le dossier à l'arbitrage et d'exposer ainsi les parties à une nouvelle série de procédures. Il est donc souhaitable de traiter ici de toutes les questions. J'ai déjà discuté de l'application de l'art. 3149 C.c.Q. et de la recherche du facteur d'extranéité. J'examine maintenant la question de la clause externe.
>
> [Je souligne.]

[42] Les juges Bastarache et LeBel, dissidents, écrivent pour leur part que :

> 149 Au sujet de la question principale de savoir si les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en refusant de renvoyer les parties à l'arbitrage, les intimés ne contestent pas que, si la convention d'arbitrage est valide et s'applique au litige, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ne doivent pas refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage. Sur ce point, l'art. 940.1 C.p.c. semble clair : si les parties ont conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, le tribunal *renvoie* les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins que la cause n'ait été inscrite ou que le tribunal ne constate la nullité de la convention. Il est bien établi qu'en employant le verbe « renvoie » au présent de l'indicatif, le législateur a signalé que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer l'affaire à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties, lorsque les conditions requises sont remplies (voir *GreCon Dimter*, par. 44; *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), p. 277). Une simple lecture de l'art. 940.1 C.p.c. démontre que trois conditions doivent être remplies; (i) les parties doivent avoir conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, (ii) la cause ne doit pas être inscrite, et (iii) le tribunal ne doit pas constater la nullité de la convention. Dans le cas de la dernière condition, il nous semble évident que la mention de la nullité de la convention vise également le cas où la convention d'arbitrage, sans être nulle, ne peut être opposée au demandeur.
>
> 150 Il est également bien établi qu'une convention d'arbitrage valide a pour effet de soustraire le litige à la compétence des tribunaux de droit commun (voir *Zodiak International Productions*, art. 940.1 C.p.c. et art. 3148, al. 2 C.c.Q.). Il est aussi reconnu que la compétence à l'égard des recours individuels sur lesquels repose le recours collectif est une condition préalable à l'exercice de la compétence à l'égard de l'instance (*Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19). Il ne fait alors aucun doute que, si la convention d'arbitrage est valide et s'attache au litige, la Cour supérieure ne connaît pas de l'affaire et doit renvoyer les parties à l'arbitrage.

2009 QCCA 861 (CanLII)

[…]

165 Il est relativement bien accepté que le principe de compétence-compétence s'applique aux contestations de la compétence relatives à l'*applicabilité* de la convention d'arbitrage (voir par exemple *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. n^{o} 5922 (QL) (C.A.)). Dans toute contestation relative à la compétence arbitrale où il est allégué que le litige n'est pas visé par la clause d'arbitrage, il a été établi que les tribunaux doivent renvoyer l'affaire à l'arbitrage et permettre à l'arbitre de trancher la question, à moins qu'il soit évident que le litige échappe à sa compétence. (Voir L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143, p. 146; P. Bienvenu, « The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region » (1999), 59 *R. du B.* 705, p. 721; J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 64; L. Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990), 21 *R.D.U.S.* 303, p. 318-319.) Toutefois, la question de savoir si, en général, les tribunaux doivent renvoyer l'affaire à l'arbitrage lorsque la contestation vise la validité de la convention d'arbitrage est elle-même plus controversée.

[Je souligne.]

[43] Et ils ajoutent plus loin :

176 L'adhésion à une approche fondée sur une compétence concurrente à l'égard des questions portant sur la validité de la convention peut se défendre dans une logique d'« économie de moyens » et reste compatible avec le principe général favorisant l'autonomie de la volonté des parties. Bien que l'art. 940.1 C.p.c. manque de précision quant à l'étendue de l'examen auquel devrait se livrer le tribunal, nous croyons qu'une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l'arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l'intention claire du législateur de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure. Lorsqu'il est saisi d'un moyen déclinatoire, le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l'arbitrage que s'il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer de conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci.

[Je souligne.]

[44] Dans *Rogers Sans-fil*[25], où l'on se demandait qui, du tribunal de droit commun ou de l'instance arbitrale, devait statuer en premier sur une clause d'arbitrage dont la nullité était alléguée, la Cour suprême, sous la plume de la juge en chef McLachlin, renchérit :

> 11 Dans l'arrêt *Dell*, notre Cour conclut à l'unanimité qu'en vertu de l'art. 940.1 C.p.c., les arbitres ont compétence pour se prononcer sur leur propre compétence (le « principe compétence-compétence »). Les juges majoritaires ont conclu qu'en présence d'une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être renvoyée à l'arbitre. Les tribunaux judiciaires ne devraient déroger à cette règle générale et se prononcer en premier sur cette question que dans le cas où la contestation de la compétence de l'arbitre ne comporte qu'une question de droit seulement. Lorsqu'une question soulevant la compétence de l'arbitre nécessite l'admission et l'examen des faits, les tribunaux sont normalement tenus de renvoyer ces questions à l'arbitrage. Quant aux questions mixtes de droit et de fait, les tribunaux doivent également privilégier le renvoi à l'arbitrage; n'y font exception que les situations où les questions de fait ne nécessitent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire versée au dossier et où le tribunal est convaincu que la contestation ne se veut pas une tactique dilatoire ou qu'elle ne met pas en péril le recours à l'arbitrage.
>
> 12 Dans cette même affaire, les juges Bastarache et LeBel ont proposé une autre solution, une approche discrétionnaire qui privilégie le recours à l'arbitrage dans la plupart des cas : « le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l'arbitrage que s'il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer des conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci » (par. 176).
>
> 13 En appliquant la norme approuvée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Dell*, la juge de première instance a donc eu raison de renvoyer la question à l'arbitrage dès lors que la nature de la contestation et ses répercussions sur la preuve ne justifiaient pas une dérogation à la règle générale de déférence à l'égard de la compétence arbitrale.
>
> [Je souligne.]

[45] Bref, la question de la validité ou de l'applicabilité d'une clause d'arbitrage relève en principe de l'instance arbitrale et doit normalement lui être déférée. Il peut à cela y avoir exception, lorsque la nullité ou l'inapplicabilité dépend d'une question pure de droit ou ne nécessite qu'un examen superficiel de la procédure et de la preuve documentaire. Autrement, l'instance arbitrale doit prévaloir et le litige doit lui être renvoyé. Le tout est d'ailleurs conforme à la logique présidant aux articles 940.1, 940.6

[25] Voir *supra*, note 21.

2009 QCCA 861 (CanLII)

(dans le cas où, comme ici, le litige met en cause des intérêts du commerce international[26]) et 943 *C.p.c.*

[46] Les extraits ci-dessus des arrêts *Dell* et *Rogers Sans-fil* dictent, me semble-t-il, la voie à suivre en l'espèce, où il n'est aucunement question de la validité de la clause d'arbitrage, mais seulement de son applicabilité. SMC prétend que la clause est inapplicable parce que, en ce qui touche les factures impayées pour les équipements, le différend qui oppose les parties ne découle pas du Contrat stipulant cette clause, mais bien d'une transaction, acte juridique distinct. Bombardier, de son côté, conteste l'existence de cette transaction et prétend que, quoi qu'il en soit, le différend, qui relève bel et bien du Contrat, est donc assujetti à la clause d'arbitrage. Or, comme le jugement de première instance permet de le constater, la question de l'existence de la transaction, qui n'est pas une question de droit, mais une question de fait, vigoureusement débattue du reste, ne pouvait être résolue par l'examen superficiel des actes de procédure et de la preuve documentaire[27] et elle n'avait rien d'évident. Comme le démontre éloquemment le jugement de première instance, une preuve complète était nécessaire et devait de surcroît être soumise à une analyse fouillée. Dans ces circonstances, la question de l'existence ou de l'inexistence de la transaction et, en réalité, la question de l'effet même de celle-ci sur la possibilité de recourir à l'arbitrage, vu la nature et le contenu de la transaction alléguée, auraient dû être déférées à l'arbitrage. La proposition déclinatoire que soutient Bombardier depuis le moment de sa comparution est donc bien fondée : SMC aurait dû recourir au processus d'arbitrage et accomplir les démarches prévues par le Contrat à cet égard.

[47] Rien dans l'arrêt *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*[28] ne permet de conclure autrement. Dans cette affaire, d'une part, l'existence de la transaction était admise. D'autre part, par leur comportement et leurs tergiversations tout au long de l'instance judiciaire, les parties avaient montré qu'elles renonçaient en réalité à l'arbitrage. Ce n'est pas le cas ici et il n'est par ailleurs pas utile de se prononcer sur la question de savoir si, dans les circonstances, l'existence d'une

---

[26] Ainsi, l'article 16, paragr. 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, loi à laquelle renvoie le paragr. 1 de l'article 940.6 *C.p.c.*, prévoit que :

> 16. 1) Le tribunal arbitrale peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

Voir aussi les commentaires de travail sur cette disposition de la Loi type aux paragr. 149 à 169 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 (art. 940.6, paragr. 2, *C.p.c.*), ainsi qu'à la p. 121 du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (art. 940.6, paragr. 3), *C.p.c.*).

[27] Voir les arrêts *Dell*, paragr. 85 (juge Deschamps) et 176 (juges Bastarache et LeBel); *Rogers Sans-fil*, paragr. 11.

[28] Voir *supra*, note 15.

2009 QCCA 861 (CanLII)

transaction eut privé l'arbitre désigné par le Contrat de toute compétence sur le différend.

B. Les frais de maintien/renouvellement des lettres de garantie

[48] À mon avis, la même solution doit être retenue dans le cas de la réclamation de SMC relative aux frais de garantie. J'aborderai la question d'abord au regard des frais rattachés au Contrat et ensuite au regard des frais rattachés au Contrat de New York.

1. Les frais de garantie rattachés au Contrat

[49] Les motifs qui précèdent sont applicables aussi bien à la réclamation de SMC relativement aux frais de garantie découlant du Contrat et dont le maintien était assuré accessoirement à la cession à Curtis. Le Contrat comportant une clause compromissoire applicable à ce genre de réclamation, l'affaire, y compris sous le rapport de l'existence de la transaction, aurait dû être déférée à l'arbitrage.

[50] Cela dit, il peut être fait échec à une clause d'arbitrage (ou à une clause d'élection de for) autrement applicable par la renonciation (explicite ou implicite) ou encore par la reconnaissance (explicite ou implicite) de la compétence du tribunal judiciaire devant lequel est assignée la partie défenderesse. C'est là une règle établie, mais appliquée avec prudence : voir par exemple *GreCon Dimter inc. c. J. R. Normand inc.*[29], paragr. 26 (il y s'agissait d'une clause d'élection de for, mais les propos du juge LeBel sont applicables à la clause d'arbitrage); *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Moody Industries Inc.*[30], paragr. 102; *Ville de La Sarre c. Gabriel Aubé Inc.*[31]*; Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*[32]; *Zodiak International c. Polish People's Republic*[33]. En droit international privé, c'est une règle que consacre le second alinéa*, in fine*, de l'article 3148 *C.p.c.*[34].

[51] C'est justement sur la foi d'une telle reconnaissance de la compétence de la Cour supérieure que le jugement de première instance rejette l'exception déclinatoire de Bombardier en rapport avec les frais de garantie. Comme on l'a vu plus haut[35], la juge, au paragraphe 80 de son jugement, écrit que :

> [80] Si Bombardier n'avait pas reconnu la juridiction du Tribunal à cet égard, son moyen déclinatoire aurait également été fondé quant à cette réclamation.

---

29 Voir *supra*, note 22.
30 Voir *supra*, note 15.
31 [1992] R.D.J. 273 (C.A.).
32 [1987] R.D.J. 402 (C.A.).
33 [1983] 1 R.C.S. 529, p. 550-551.
34 Reproduit au paragr. [33], *supra*.
35 Voir *supra*, paragr. [28].

2009 QCCA 861 (CanLII)

2009 QCCA 861 (CanLII)

[52] Or, Bombardier a-t-elle vraiment renoncé à invoquer la clause d'arbitrage au chapitre des frais de garantie prévus par le Contrat et reconnu la compétence de la Cour supérieure?

[53] En tout respect, je ne partage pas sur ce point l'opinion de la juge de première instance et j'estime qu'on ne peut répondre à cette question que par la négative.

[54] Bombardier a comparu sous réserve de formuler une exception déclinatoire fondée sur la clause d'arbitrage, exception visant l'entièreté de la réclamation de SMC. Rappelons qu'au chapitre des frais de garantie, cette dernière n'exigeait alors que le paiement des frais de garantie prévus par le Contrat et afférents à la période du 26 janvier 2001 au 25 janvier 2002. Une semaine plus tard, Bombardier a présenté son exception déclinatoire, par voie de requête. Celle-ci ayant été rejetée séance tenante, Bombardier est revenue à la charge dans sa défense du 13 mai 2003, cette fois sur le double front de la clause d'arbitrage et, subsidiairement, de la clause d'élection de for. Il est vrai qu'ignorant ce que serait le sort de son déclinatoire au terme du procès, elle a aussi, dans cette même défense puis au procès, contesté la demande de SMC sur le fond et nié l'existence de la transaction alléguée. Dans la même défense, de même qu'au procès, elle reconnaissait aussi avoir fait droit et par conséquent acquitté les frais de garantie réclamés par SMC (118 082,94 £) lors de la rencontre du 3 avril 2000, versement fait avant l'institution de l'action[36]. Elle déclarait aussi avoir payé les frais de garantie de 39 360,98 £ (84 657,60 $) réclamés par la déclaration du 20 juillet 2001. Il faut souligner ici, cependant, que dans la lettre accompagnant ce versement (lettre à laquelle renvoie la défense), en septembre 2001 (donc après l'institution de l'action), elle déclare n'avoir pas payé cette somme plus tôt parce qu'elle n'en avait jamais reçu la facture[37].

[55] Tout cela signifie-t-il, comme l'écrit la juge de première instance, que Bombardier a ce faisant « invité le Tribunal à constater judiciairement qu'elle a reconnu devoir les frais de renouvellement de la lettre de garantie »[38] (paragr. 82 du jugement)?

[56] Dans son mémoire principal, Bombardier admet s'être engagée à assumer les coûts des lettres de garantie prévues par le Contrat à la suite de la cession à Curtis :

> 8. Le 1er avril 1999, le Contrat ainsi qu'un autre contrat relatif à l'achat d'un système de portes (« Contrat de New York ») conclu entre les parties ont été cédés à la compagnie Curtis. Le consentement de Bombardier à cette cession était toutefois conditionnel à ce que SMC maintienne en vigueur les lettres de garantie prévues aux deux contrats, le coût de ces lettres de garantie devant être assumé par Bombardier.

---

[36] On notera qu'au paragr. 20 de sa défense, Bombardier allègue n'avoir pas payé cette somme parce que SMC avait omis de la lui facturer depuis mars 1998.

[37] Voir pièce D-4.

[38] Paragr. 82 du jugement, reproduit *in extenso* au paragr. [28], *supra*.

[57] Mais que Bombardier admette avoir contracté l'obligation d'assumer ces coûts ne signifie pas qu'elle a renoncé à l'application de la clause d'arbitrage en cas de litige portant sur le paiement de ces sommes. En effet, son refus de payer (qui pourrait, mais ce n'est qu'une hypothèse, être fondé sur la prescription) ou sa négligence à payer ce que SMC estime lui être dû engendre un différend, ou plus exactement un « claim » au sens de la clause 29.1 du Contrat, répondant par ailleurs aux conditions prescrites par la clause 32 pour l'arbitrage, et notamment par la clause 32.3, s'agissant d'une réclamation totalisant moins que 50 % de la valeur du Contrat :

> 29.1 A "Claim" is a demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right: (i) an adjustment or an interpretation of Contract terms, (ii) payment of money, (iii) an extension of time; (iv) other relief with respect to the terms of the Contract, or (v) a resolution of all other disputes and matters in question between Contractor and Subcontractor arising out of or relating to the Contract. Claims must be made by written notice. The responsibility to substantiate Claims shall rest with the party making the Claim.
>
> 32.3 Within ten days of the filing of a notice by Subcontractor as contemplated by Article 32.1, Subcontractor shall provide a copy of such notice to the Chairman of the DRB[39], provided, however that at the request of either party to the other, submission of the notice to the Chairman of the DRB may be delayed for up to 30 days after filing of the notice contemplated by Article 32.1. Within seven days of receipt of the notice, the Chairman shall contact the parties to arrange for a hearing, at which time the parties will have an opportunity to present their respective positions on the merits of the disagreement before the DRB. The procedures to be followed by the parties at or in connection with the hearing shall be as determined by the DRB. In the event of any disagreement among the members of the DRB with respect to any matter, a majority of the members shall govern with respect to such matters. Within 30 days after the DRB has concluded its hearing of the parties' positions on the merits of the dispute, the DRB shall issue its ruling on the matter. The decision of the DRB shall be binding and final upon the parties with respect to all disputes involving amounts of less than 50% of the Contract Amount. With respect to disputes involving amounts of 50% of the Contract Amount or more, the decision of the DRB shall not be binding unless agreed to by the parties. The amount involved in a dispute will be determined by reference to the claim amount; except that to the extent the DRB determines that a claim amount was not stated in good faith, the DRB may determine the amount involved in the dispute. A decision of the DRB as to whether a claim amount was stated in good faith, and a decision of the DRB as to the amount involved in the dispute shall be final and binding upon the parties.
>
> [Je souligne.]

[39] « Dispute Resolution Board », dont la constitution est prévue à la clause 32.2 du Contrat.

2009 QCCA 861 (CanLII)

2009 QCCA 861 (CanLII)

[58] On peut supposer qu'en arbitrage SMC ferait la preuve de l'« aveu » de Bombardier et tenterait ainsi de récupérer son dû. Bombardier, de son côté, aurait sans doute des moyens de défense à faire valoir pour justifier son refus ou son abstention de paiement[40]. Mais, on ne peut pas conclure que le fait d'avoir judiciairement admis l'existence d'une obligation d'assumer les frais de garantie prévus par le Contrat constitue une renonciation à l'arbitrage et un acquiescement à la compétence de la Cour supérieure du Québec, du moins pas dans les circonstances où Bombardier a procédé à cette admission, c'est-à-dire de manière subsidiaire et sous réserve de l'exception déclinatoire formulée à répétition (comparution, requête pour déclinatoire, défense, plaidoirie) de manière explicite et sans équivoque.

[59] On ne peut pas non plus, au contraire de ce qu'a décidé la juge de première instance, considérer que Bombardier a acquiescé à la compétence de la Cour supérieure et renoncé à l'arbitrage du fait qu'elle a cherché à tirer argument de certains aspects du débat relatif aux frais de garantie afin de contester l'existence de la transaction sur les factures d'équipement impayées, tout en prétendant en même temps que la Cour supérieure n'avait pas compétence sur la réclamation relative auxdits frais de garantie. Comme on l'a vu, Bombardier a, au stade de la défense, réitéré son exception déclinatoire et, puisqu'elle ne pouvait savoir comment la juge statuerait sur ce point, elle a subsidiairement présenté preuve et arguments sur le fond. On ne saurait conclure de cela qu'elle a agi d'une manière qui lui ferait perdre le bénéfice de la clause d'arbitrage. On ne saurait non plus statuer sur la compétence de la Cour supérieure en tenant compte du résultat sur le fond (c'est-à-dire que les sommes seraient dues), ce qui serait contraire à l'enseignement de la Cour suprême dans les arrêts *Dell* et *Rogers Sans-fil*, précités.

2. Les frais de garantie rattachés au Contrat de New York

[60] Qu'en est-il finalement des frais de garantie prévus par le Contrat de New York cédé à Curtis avec le consentement de Bombardier, consentement « toutefois conditionnel à ce que SMC maintienne en vigueur les lettres de garantie prévues aux deux contrats, le coût de ces lettres de garantie devant être assumé par Bombardier »[41]. Y a-t-il lieu de renvoyer cette réclamation à l'arbitrage?

[61] La juge de première instance a conclu par la négative, d'abord pour la raison suivante :

> [101] Cette réclamation est de 110 517,20 $ et le quantum n'en est pas contesté. Le contrat de New York n'a pas été produit au dossier par les parties. Les répercussions sont claires quant au moyen déclinatoire proposé par Bombardier : elle n'a invoqué aucune clause compromissoire ou d'élection de for

---

40 Encore qu'elle ne l'ait pas fait lors du procès.

41 Mémoire de l'appelante (appel principal), paragr. 8.

applicable à cette partie de la réclamation. Le moyen déclinatoire de Bombardier n'a donc aucun fondement en ce qui a trait à cette réclamation de SMC.

[62] Dans son mémoire principal, Bombardier répond à cela que :

> 64. Il n'était pas nécessaire pour Bombardier de produire le Contrat de New York puisque SMC a fondé cette réclamation sur le Contrat, Pièce P-1, et les provisions générales qui s'y rattachent (lesquelles prévoient des clauses compromissoire et d'élection de for aux clauses 29 et 31[42]).
>
> 65. En effet, plutôt que de produire le Contrat de New York, SMC a choisi de fonder sa réclamation portant sur les frais de renouvellement de la lettre de garantie, pièce P-7, sur les provisions générales faisant partie du Contrat, Pièce P-1.
>
> 66. SMC ayant reconnu que les provisions générales du Contrat, Pièce P-1, étaient standards, elle n'a pas tenté de faire la preuve que les provisions générales applicables au Contrat de New York étaient différentes. (Notes sténographiques, 19 janvier 2007, MA, vol. V, p. 1057-1058 et 1089-1091).
>
> […]
>
> 68. Compte tenu de la reconnaissance par SMC de l'application des provisions générales du Contrat, Pièce P-1, à la réclamation pour remboursement de frais relatifs à la lettre de garantie liée au Contrat de New York, Bombardier était bien fondée d'invoquer les clauses compromissoire et d'élection de for prévues aux clauses 29 et 32 des provisions générales du Contrat, Pièce P-1, en guise de moyen déclinatoire.

[63] Il est vrai que la procédure introductive d'instance amendée de SMC (produite au moment du procès, le 19 janvier 2007) ne mentionne pas le Contrat de New York et se contente d'alléguer ceci, comme si toute la réclamation relative aux frais de garantie découlait du Contrat (lequel comporte, comme on le sait, une clause compromissoire) :

> 14. In addition to claiming the sum of £197,000 (or £290,225 as the case may be), Plaintiff hereby claims the further sum of £39,360.98 - equivalent to CAN $84,657.60 - on account of guarantee fees for the period January 26, 2001 to January 25, 2002 - plus £158,274.65 - equivalent to CAN $364,490 at an exchange rate of 2.3029 (the noon exchange rate of the Bank of Canada on January 16, 2007) - <u>which amount Defendant remains liable to pay to Plaintiff pursuant to the Agreement notwithstanding the Assignment</u>, the whole as more fully appears form Plaintiff's invoice number KJD/204, copies of which are included in the documents communicated as Exhibit P-4, and invoices KJD/01-

[42] Il s'agit plutôt de la clause 32.

2009 QCCA 861 (CanLII)

> 01, KJD/02-01, KJD/04-01, KJD/205, KJD/246 and KJD/256 which are communicated as Exhibit P-8[43].
>
> [Je souligne.]

[64] Or, l'« Agreement » auquel renvoie ce paragraphe est celui que décrit le paragraphe 3 de la même procédure, à savoir le Contrat du 3 octobre 1996.

[65] Il y a donc un certain mérite à plaider, comme le fait Bombardier, que la réclamation de SMC en rapport avec les frais de garantie associés au Contrat de New York est fondée sur le Contrat, lequel comporte bel et bien une clause compromissoire. SMC aurait dû produire le Contrat de New York. À défaut, on doit la tenir liée par l'allégation du paragraphe 14 de sa déclaration amendée du 19 janvier 2007 que les sommes réclamées à cet égard (factures KJD/01-01, KJD/02-01 et KJD/04-01[44]) sont dues par Bombardier en vertu du Contrat. Cela est justifié d'autant que le jugement de première instance, comme le souligne Bombardier, fonde lui-même sur le Contrat l'obligation de cette dernière d'assumer les frais de la garantie maintenue par SMC postérieurement à la cession des deux contrats (c'est-à-dire le Contrat et le Contrat de New York) à Curtis. Voici en effet le paragraphe 10 du jugement :

> [10] Le consentement de Bombardier est toutefois conditionnel à ce que SMC maintienne en vigueur les lettres de garantie prévues aux deux contrats[2]. Le coût de ces lettres de garantie devait toutefois être assumé par Bombardier[3].
>
> 2 Lettre de Pierre Décarie à Pierre Tremblay, 30 août 1999, pièce P-3.
> 3 Contrat, GP (II) p. 7, art. 105.3.

[66] La clause 105.3 du Contrat prévoit en effet l'obtention par le « Subcontractor » (initialement SMC) de lettres de garantie « at Contractor's expense » (le « Contractor » étant Bombardier). Ce sont ces lettres que SMC s'est engagée à maintenir, toujours aux frais de Bombardier, après la cession à Curtis.

[67] Par ailleurs, le jugement se poursuit ainsi, et c'est l'autre raison invoquée au soutien du rejet de l'exception déclinatoire de Bombardier :

> [102] La preuve faite devant le Tribunal le convainc que Bombardier a également reconnu le bien-fondé de la réclamation liée aux frais de renouvellement de la lettre de garantie en vertu du contrat de New York.

---

43 La facture KJD/204 (voir à la fin de la pièce P-4) est celle dont le paiement était déjà réclamé par la procédure introductive d'instance initiale et que Bombardier a acquittée en septembre 2001 (pièce D-4).

4). Le paiement a toutefois été appliqué par SMC à une autre facture, la KJD/201 (voir le jugement de première instance, paragr. 91 à 93; voir le témoignage de M. Steven Bangs, annexe du mémoire de l'appelante, p. 648-652).

44 Voir pièce P-8 et voir note infrapaginale 82 du jugement de première instance.

2009 QCCA 861 (CanLII)

2009 QCCA 861 (CanLII)

> [103] Le paiement par Bombardier des factures discutées lors de la rencontre du 3 avril 2000 [renvoi omis] et le témoignage de ses représentants [renvoi omis] constituent une reconnaissance suffisante pour permettre de conclure que les factures subséquentes, de la même nature, devaient être assumées par Bombardier. Compte tenu de cette reconnaissance, la production du contrat de New York au dossier n'était pas nécessaire.
>
> [104] Le témoignage de M. Bangs ainsi que les factures et les lettres de la Lloyds [renvoi omis] démontrent que SMC a assumé son obligation de maintenir la lettre de garantie en vigueur.
>
> [105] Les représentants de Bombardier n'ont fourni aucune explication du défaut de Bombardier d'assumer ces coûts.
>
> [106] Cette partie de la réclamation subsidiaire sera donc accueillie. Le Tribunal considère toutefois que les remarques de Bombardier sur la question des intérêts sont également bien fondées en ce qui concerne cette réclamation.

[68] Encore une fois, on doit, pour les motifs développés dans la section précédente, conclure que même si Bombardier avait reconnu avoir accepté d'assumer, en principe, le paiement des frais de garantie associés au Contrat de New York, après la cession de ce dernier à Curtis, cela ne constitue pas une renonciation à la clause d'arbitrage applicable de par le Contrat.

C. Fin de non-recevoir

[69] SMC oppose finalement à Bombardier une fin de non-recevoir générale, qui se révélerait déterminante. Je résume ainsi son argument : Bombardier aurait, selon SMC, agi de telle façon qu'elle a empêché le recours à l'arbitrage; ce faisant, elle a renoncé à invoquer cette clause ou, encore, elle est forclose de le faire, son comportement engendrant une fin de non-recevoir.

[70] À supposer que la fin de non-recevoir puisse être invoquée en pareil cas et puisse être décidée par l'instance judiciaire plutôt que l'instance arbitrale (considérant que les faits qui la sous-tendent ont dû être établis et ne s'imposaient pas à l'évidence à la seule lecture des procédures et des éléments de preuve documentaires), il n'y a pas matière à l'appliquer ici.

[71] Tant pour les factures d'équipement que pour les factures de frais de garantie, toutes impayées, la réclamation de SMC à l'endroit de Bombardier constitue un « claim » au sens de la clause 29.1 du Contrat, dont je me permets de reproduire de nouveau le texte :

> 29.1 A "Claim" is a demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right : (i) an adjustment or an interpretation of Contract terms, (ii)

> payment of money, (iii) an extension of time; (iv) other relief with respect to the terms of the Contract, or (v) a resolution of all other disputes and matters in question between Contractor and Subcontractor arising out of or relating to the Contract. Claims must be made by written notice. The responsibility to substantiate Claims shall rest with the party making the Claim.
>
> [Je souligne.]

[72] La réclamation de SMC, à tous égards, est un « claim » au sens de cette disposition, étant une « demand or assertion by one of the parties seeking as a matter of right […] payment of money ».

[73] Suivent ensuite les articles 29.2 et 29.3 :

> 29.2 Claims, including those alleging an error or omission shall be referred, initially, to the Contractor's Representative for action, as appropriate. A decision by the Contractor's Representative, as applicable, shall be required as a condition precedent to seeking further relief.
>
> 29.3 If Subcontractor disagrees with the Contractor's Representative's decision, then Subcontractor, subject to its compliance with the terms of Article 29.4 hereof, may pursue the Claim in accordance with the provisions of Article 32 herein.

[74] La clause 32.1 du Contrat prévoit la première étape du processus menant à l'arbitrage (qu'elle fasse double emploi avec les clauses 29.1 et 29.2, les complète ou s'y ajoute) :

> 32.1 Subject to Article 29 hereof, any Claim relating to this Contract which is not disposed of by agreement of the parties shall be referred to and decided by the Contractor's Representative, who shall reduce his decision to writing and mail it or otherwise furnish a copy thereof to Subcontractor. The decision of the Contractor's Representative shall be final and binding on the parties unless Subcontractor files a notice, in writing, within 20 days from the date of Subcontractor's receipt of such decision with the Contractor's Representative, indicating that Subcontractor disagrees in whole, or in part, with the Contractor's Representative's decision. Subcontractor's notice shall specify in detail the basis for his disagreement with the Contractor's Representative's decision. Subcontractor, with his notice, shall provide Contractor with copies of all documents upon which he bases his position. In any event the scope of review and remedy available to Subcontractor, whether a dispute is pursued before the DRB or a court as provided below, shall be limited to (i) money damages and (ii) rulings as to whether or not services or work required by one or more Change Orders is outside the general scope of the Contract. The Contractor's Representative's decisions shall be final and binding with respect to all non-

2009 QCCA 861 (CanLII)

> monetary issues other than the issue described in clause (ii) of the preceding sentence.

[75] Selon la juge de première instance, qui n'envisage l'argument qu'en rapport avec les factures d'équipement impayées :

> [71] Selon SMC, l'envoi des factures constituait une réclamation au sens du Contrat. Elle argumente que l'omission ou le refus de Bombardier de rendre une décision à la suite de cette réclamation empêche les mécanismes prévus aux articles 29 et 32 de jouer. SMC plaide donc que le refus ou l'omission de Bombardier de rendre une décision constituerait une sorte de fin de non-recevoir l'empêchant d'invoquer les clauses d'arbitrage et d'élection de for prévues au Contrat.
>
> [72] Cet argument de SMC ne peut être retenu. L'envoi des factures ne constituait pas une réclamation au sens du Contrat. Une telle réclamation doit en effet faire l'objet d'un avis écrit. Or, les factures ne sauraient constituer un avis écrit obligeant Bombardier à prendre une décision sur réception de chacune d'entre elles [renvoi omis].
>
> [73] Au surplus, les factures elles-mêmes indiquent qu'elles ne sont dues (« *due date* ») qu'à l'expiration d'un délai d'au moins 30 jours suivant leur envoi [renvoi omis]. Au moment de l'envoi des factures, SMC n'a donc pas droit au paiement. Ce n'est qu'à l'expiration du délai prévu pour permettre à Bombardier de les payer qu'une réclamation, « *a demand or assertion by one of the parties seeking,* ***as a matter of right****: […] payment of money […]* » [renvoi omis], peut être faite.

[76] Ce raisonnement est conforme aux clauses du Contrat et vaut tout aussi bien pour la réclamation relative aux frais de garantie : les factures elles-mêmes ne sont pas des « written notices » au sens de la clause 29.1 et ne sont pas non plus des « claims » adressés au « Contractor's Representative » au sens des clauses 29.2 et 32.1.

[77] Autrement dit, ne s'étant pas conformée à ces dispositions, c'est SMC qui a empêché l'arbitrage et non Bombardier.

[78] À l'audience d'appel, il a été question de la clause 62.9, que Bombardier n'aurait pas respectée :

> 62.9 Contractor shall pay undisputed charges when such payments are due for the Work. Contractor may withhold payment of particular charges that Contractor disputes in good faith, and in that case Contractor shall advise Subcontractor, in writing, of the nature of the dispute and, at Subcontractor's request, the parties shall immediately commence resolution of the issue under the Disputes Article of the General Provisions. If any amount is wrongfully withheld by Contractor,

2009 QCCA 861 (CanLII)

> Subcontractor shall be entitled to interest on any amounts so withheld, which interest shall accrue at an annual rate equal to the prime rate in effect at the time such funds were withheld.

[79] Or, même si Bombardier ne s'était pas conformée à cette disposition, ainsi que le prétend SMC, cela n'empêchait nullement cette dernière de se plier aux exigences et de profiter ainsi des clauses 29.1 et suivantes ainsi que des clauses 32.1 et suivantes. Au contraire, si Bombardier retenait le paiement des factures sans se conformer à la clause 62.9, cela ne faisait qu'ajouter au « claim » de SMC, qui pouvait alors fonder son droit au paiement (c'est-à-dire sa « demand or assertion as a matter of right ») sur le défaut de Bombardier de respecter cette disposition.

[80] Bref, SMC n'ayant jamais envoyé l'avis écrit requis par la clause 29.1 du Contrat ni référé son « claim » au « Contractor's Representative », selon la clause 32.1, elle ne peut reprocher à Bombardier d'avoir indûment omis d'y répondre. La même conclusion vaut pour ce qui est de la clause 32, SMC ne s'étant pas même conformée à la clause 32.1, première étape du processus d'arbitrage.

[81] Cela dit, on pourrait aussi, du moins quant aux factures d'équipement impayées, raisonner autrement, pour en arriver toutefois au même résultat.

[82] Ainsi, quant aux factures en question, on pourrait considérer que la mise en demeure envoyée au nom de SMC par M^{e} Pollack, le 7 juin 2001, constitue le « written notice » qu'exige la clause 29.1 et constitue un « claim » au sens de cette disposition. Voici le texte de cette mise en demeure :

> We act for SMC who has instructed us to write you in connection with the above-referenced matter. SMC has instructed us to claim from Bombardier Inc. ("Bombardier") the sum of £197,000 being the agreed upon balance owed in respect of invoices rendered by SMC to Bombardier in connection with the NEC contract. We are informed by SMC that notwithstanding its undertaking to do so, Bombardier has failed to pay the said sum of £197,000.
>
> We are advised by SMC that Bombardier has failed to pay the said amount on the pretext that it purports to have certain warranty and other claims against SMC in relation to the NEC contract. For the record, SMC states to the extent that Bombardier purports to have any such claims, the same should be made against the performance bond bearing number GTS21804445 issued by Lloyds Bank, and not withheld from amounts that Bombardier owes to SMC.

2009 QCCA 861 (CanLII)

> Be advised that unless your cheque for the sum of £197,000, or its Canadian funds equivalent, payable to the order of our firm "in trust", is received at our offices within five business days of the date hereof, appropriate proceedings at law will be instituted against you without further notice or delay.[45]

[83] À une telle demande, Bombardier était tenue de répondre, conformément à la clause 29.2 ou à la clause 32.1, *ce qu'on peut considérer qu'elle a fait* par sa lettre du 13 juin 2001, que je reproduis une nouvelle fois (voir *supra*, paragr. [15]) :

> The present is in response to the June 7th, 2001, letter Bombardier received from Sprouk & Polak *(sic)*, acting for SMC Pneumatics (UK) Limited ("SMC").
>
> By such letter SMC is claiming the sum of £197,000 from Bombardier as the agreed upon balance owed with respect to invoices rendered by SMC to Bombardier under the NEC project Subcontract.
>
> Bombardier is in fact retaining such a sum as security for the correction of defects and/or deficiencies in the Subcontract Work, per Article 62.1 of the Subcontract.
>
> Bombardier acknowledges the existence of a Letter of Guarantee number GTS21804445A issued by the Lloyds Bank. However, such a letter was issued as security for performance of the Subcontract Work as provided for in Section 105.3 of the Subcontract.
>
> As provided under Section 106.14, in the event where SMC either augments such a Letter of Guarantee by twice the amount necessary to correct the defects and/or deficiencies or if SMC provides a separate Letter of Guarantee also in an amount equal to twice the above mentioned amount, then Bombardier would not be in its right to withhold.
>
> However, until either of these actions are taken by SMC to secure performance of the obligations at hand, Bombardier will continue to exercise its right to retain the sum of £197,000 as permitted by the Subcontract Terms & Conditions.
>
> Please confirm withdrawal of the above mentioned June 7th letter before expiry of the therein prescribed 5 day time period.[46]

[84] SMC devait alors, dans les 20 jours, envoyer un avis de son désaccord et réclamer ensuite l'arbitrage (voir les clauses 32.1, 32.2 et 32.3), *ce qu'elle n'a pas fait*, préférant plutôt intenter une action devant la Cour supérieure. À cet égard, encore une fois, ce n'est donc pas Bombardier qui ne s'est pas conformée au Contrat, mais SMC.

---

[45] Pièce D-3.
[46] Pièce D-1.

2009 QCCA 861 (CanLII)

IV. CONCLUSION

[85] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel avec dépens, de rejeter l'appel incident avec dépens, d'infirmer le jugement de première instance, d'accueillir l'exception déclinatoire de Bombardier et, en conséquence, de rejeter en totalité l'action de SMC, avec dépens, pour enfin renvoyer les parties à l'arbitrage, sur l'ensemble des réclamations de SMC.

MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

2009 QCCA 861 (CanLII)