

Zodiak International Productions Inc.*Appellant;*

and

The Polish People's Republic *Respondent.*

File No.: 16739.

1983: February 28; 1983: May 17.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Contracts — Arbitration — Undertaking to arbitrate — Validity of conclusive undertaking to arbitrate in Quebec law — Code of Civil Procedure, arts. 950, 951.**Civil procedure — Declinatory exception — Undertaking to arbitrate — Lack of jurisdiction *ratione materiae* — Exception can be raised at any time — Judgment dismissing declinatory exception can be appealed — Code of Civil Procedure, arts. 161, 163, 164.*

By a contract concluded in Montreal, a Polish business gave appellant an exclusive mandate to distribute Polish films in Canada and in certain other territories. Appellant alleged a breach of the exclusivity clause and an unauthorized rescission of the contract and, in accordance with the undertaking to arbitrate contained in the contract, applied to a Court of Arbitration in Warsaw for compensation. The Court rejected its claim but allowed a counterclaim by respondent. Appellant commenced a new action in the Superior Court, based on the same causes of action. Relying on the undertaking to arbitrate, respondent made a declinatory exception nearly seven years after the action was brought, alleging that the Superior Court lacked jurisdiction *ratione materiae*. The Superior Court dismissed the exception; the Court of Appeal reversed the judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The mere presence of an undertaking to arbitrate suffices to bar appellant's action. In adopting art. 951 C.C.P. in its present form, the legislator has recognized the validity and legality of the conclusive undertaking to arbitrate in Quebec law. The effect of such a clause is to remove the Court's jurisdiction: it cannot inquire into the merits of the contestation (art. 950 C.C.P.). In the case at bar, the clause stipulated in the contract is a conclusive undertaking to arbitrate. The language used cannot be interpreted in any other way. The Superior

Zodiak International Productions Inc.*Appelante;*

et

The Polish People's Republic *Intimée.*

N° du greffe: 16739.

1983: 28 février; 1983: 17 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Contrats — Arbitrage — Clause compromissoire — Validité d'une clause compromissoire parfaite en droit québécois — Code de procédure civile, art. 950, 951.**Procédure civile — Exception déclinatoire — Clause compromissoire — Incompétence *ratione materiae* — Exception recevable à tout moment — Jugement rejetant l'exception déclinatoire susceptible d'appel — Code de procédure civile, art. 161, 163, 164.*

Par un contrat conclu à Montréal, une entreprise polonaise a confié en exclusivité à l'appelante le mandat de distribuer des films polonais au Canada et dans certains autres territoires. Alléguant violation de la stipulation d'exclusivité et annulation non autorisée du contrat, l'appelante, conformément à la clause compromissoire incluse au contrat, s'est adressée à une cour d'arbitrage à Varsovie pour obtenir compensation. Le tribunal a rejeté sa demande mais a accueilli la demande reconventionnelle de l'intimée. L'appelante a entrepris une nouvelle demande en Cour supérieure fondée sur les mêmes causes d'action. Se basant sur la clause compromissoire, l'intimée a présenté, près de sept ans après l'institution de l'action, une exception déclinatoire. Elle a allégué l'incompétence *ratione materiae* de la Cour supérieure. La Cour supérieure a rejeté l'exception. La Cour d'appel a infirmé le jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La seule présence au contrat de la clause compromissoire suffisait à faire échec à l'action de l'appelante. En adoptant l'art. 951 C.p.c. dans sa forme actuelle, le législateur a reconnu la validité et la légalité de la clause compromissoire parfaite en droit québécois. Face à une telle clause, un tribunal se voit privé de sa compétence; il ne peut s'enquérir du fond de la contestation (art. 950 C.p.c.). En l'espèce, la clause stipulée au contrat est une clause compromissoire parfaite. Les termes utilisés ne peuvent s'interpréter autrement. L'incompétence *ratione*

Court's lack of jurisdiction can be raised at any time. On the question of the appeal, the courts have long held that an interlocutory judgment dismissing a declinatory exception can be appealed.

Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée, [1973] C.A. 971; *St. Lawrence Starch Co. v. Canada Starch Co.* (1935), 58 Que. K.B. 469, followed; *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The "Angelic Power"*, [1971] F.C. 263; *Société québécoise d'exploitation minière v. Hébert*, [1974] C.A. 78; *Liman v. K.L.M. Royal Dutch Airlines*, [1974] C.A. 505; *Commission scolaire régionale des Bois Francs v. J.H. Dupuis Ltée*, [1975] C.A. 759; *Heyman v. Lafferty, Harwood & Co.*, [1979] C.A. 231; *Prevost Silk Screen Inc. v. Produits Franco Inc.*, J.E. 80-298 (S.C.); *Herbert Matz (Canada) Ltd. v. Arnsteiner*, [1976] R.P. 22; *Lafleur v. Hillinger*, [1976] R.P. 28; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. v. Leeson Corporation*, [1976] C.A. 395; Cas. Comm., January 23, 1951, J.C.P. 1951.IV.45; Cour Paris, 4^e Ch., December 13, 1950, *Rep. Commaille*. II.146, No. 18394, approved; *Régie des installations olympiques v. D'Astous*, [1981] C.S. 258; *Guité v. Club de hockey Les Nordiques de Québec Inc.*, J.E. 81-800 (S.C.), disapproved; *Caribou Construction Inc. v. Robert McAlpine Ltd.*, [1976] C.A. 393, distinguished; *Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky*, [1962] Que. Q.B. 62; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, rendered on June 9, 1981, reversing a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Gordon Zelman, for the appellant.

Jan Zascinski, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal relates to an undertaking to arbitrate [*la clause compromissoire*], arts. 940 to 951 C.C.P., and is based on a declinatory exception.

By a contract concluded in Montreal on April 27, 1970 an enterprise known as Film Polski appointed appellant its exclusive agent to distribute Polish films in Canada and in certain other territories mentioned in the contract.

The contract contained the following clause:

materiae de la Cour supérieure pouvait être soulevée à tout moment. Quant à la question de l'appel, la jurisprudence a établi depuis longtemps qu'un jugement interlocutoire rejetant une exception déclinatoire est susceptible d'appel.

Jurisprudence: arrêts suivis: *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *St. Lawrence Starch Co. c. Canada Starch Co.* (1935), 58 B.R. 469; arrêts approuvés: *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire "Angelic Power"*, [1971] C.F. 263; *Société québécoise d'exploitation minière c. Hébert*, [1974] C.A. 78; *Liman c. K.L.M. Royal Dutch Airlines*, [1974] C.A. 505; *Commission scolaire régionale des Bois Francs c. J.H. Dupuis Ltée*, [1975] C.A. 759; *Heyman c. Lafferty, Harwood & Co.*, [1979] C.A. 231; *Prevost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc.*, J.E. 80-298 (C.S.); *Herbert Matz (Canada) Ltd. c. Arnsteiner*, [1976] R.P. 22; *Lafleur c. Hillinger*, [1976] R.P. 28; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leeson Corporation*, [1976] C.A. 395; Cas. Comm., 23 janvier 1951, J.C.P. 1951.IV.45; Cour Paris, 4^e Ch., 13 décembre 1950, *Rep. Commaille*. II.146, n° 18394; arrêts désapprouvés: *Régie des installations olympiques c. D'Astous*, [1981] C.S. 258; *Guité c. Club de hockey Les Nordiques de Québec Inc.*, J.E. 81-800 (C.S.); distinction faite avec l'arrêt *Caribou Construction Inc. c. Robert McAlpine Ltd.*, [1976] C.A. 393; arrêts mentionnés: *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu le 9 juin 1981 qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Gordon Zelman, pour l'appelante.

Jan Zascinski, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD —Ce pourvoi porte sur la clause compromissoire, art. 940 à 951 C.p.c., et procède d'une exception déclinatoire.

Par un contrat conclu à Montréal le 27 avril 1970, une entreprise du nom de Film Polski a confié en exclusivité à l'appelante le mandat de distribuer des films polonais au Canada et dans certains autres territoires décrits au contrat.

Au contrat se trouve la clause suivante:

16. (a) Any controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or any breach thereof, shall be settled by arbitration and judgment upon the award resulting from such arbitration may be entered in any Court having jurisdiction thereof. In case arbitration is commenced by ZODIAK against FILM POLSKI, arbitration shall take place in Poland under the Rules of the Arbitration Court at the Polish Chamber of Foreign Trade in Warsaw. In case arbitration is commenced by FILM POLSKI against ZODIAK, the arbitration shall take place in the United States under the Rules of the American Arbitration Association.

Before going any further some clarification of respondent's identity is necessary. The party signing the contract is described as follows: "Film Polski, Export and Import of Films [. . .] a State Enterprise, Polish Government-Agency". Respondent told the Court, as it has alleged in its plea on the merits, that Film Polski is a business having a distinct personality, and that any proceeding should be directed against it and not against the State, the Polish People's Republic. However, this point is not at issue in the declinatory exception here and for the purposes of this appeal it can be disregarded. For this reason, without making any ruling on the point, I will use the word "respondent" without distinction, as if Film Polski and the Polish People's Republic were the same person.

Appellant alleged a breach of the exclusivity clause and an unauthorized rescission of the contract by respondent, and applied to the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Foreign Trade in Warsaw. By a petition dated February 22, 1971, appellant and a U.S. company claimed the sum of \$643,800 damages from respondent.

Respondent filed an appearance in the arbitration, asked by a plea on the merits that appellant's claim be dismissed and by a counterclaim sought the sum of \$42,749.93 from appellant.

Appellant submitted considerable documentation and took part in the arbitration, which lasted for two days, May 19 and 22, 1972, being repre-

[TRANSLATION] 16. (a) Tout litige ou toute réclamation qui découle du présent contrat ou qui s'y rapporte, ou toute violation de ce contrat doivent être réglés par l'arbitrage, et la sentence arbitrale peut être homologuée par une cour compétente. Si l'arbitrage est demandé par ZODIAK contre FILM POLSKI, l'arbitrage a lieu en Pologne suivant les règles de la Cour d'arbitrage près la Chambre polonaise de commerce extérieur à Varsovie. Si l'arbitrage est demandé par FILM POLSKI contre ZODIAK, l'arbitrage doit avoir lieu aux États-Unis suivant les règles de l'American Arbitration Association.

Avant de poursuivre il est nécessaire d'apporter quelques précisions relatives à l'identité de l'intimée. La partie signataire du contrat est ainsi désignée: «Film Polski, Export and Import of Films, [. . .], a State Enterprise, Polish Government-Agency». L'intimée nous a indiqué, comme elle l'a plaidé au fond, que Film Polski est une société dotée d'une personnalité distincte et que toute procédure devait être dirigée contre elle et non contre l'État, la République populaire de Pologne. Toutefois cette question n'est pas en cause dans l'exception déclinatoire dont il s'agit et pour les fins de ce pourvoi il n'y a pas lieu d'en tenir compte. C'est pourquoi, sans pour autant me prononcer sur la question, j'utiliserai le mot intimée sans distinction, comme si Film Polski et la République populaire de Pologne étaient la même personne.

Alléguant violation de la stipulation d'exclusivité et annulation non autorisée du contrat par l'intimée, l'appelante s'adressa à la Cour d'arbitrage près la Chambre polonaise de commerce extérieur à Varsovie. Par requête en date du 22 février 1971 l'appelante et une société américaine réclamaient de l'intimée la somme de 643 800 \$ à titre de dommages-intérêts.

L'intimée comparut à l'arbitrage, demanda par plaidoyer au fond le rejet de la réclamation de l'appelante et par demande reconventionnelle réclama contre l'appelante la somme de 42 749,93 \$.

L'appelante soumit une documentation considérable et participa à l'arbitrage qui dura deux jours, les 19 et 22 mai 1972, et où elle fut représentée

sented by its president with the assistance of counsel.

In its award of some 121 pages (English version), dated August 15, 1972, the Court did not award appellant any compensation. However, it did allow the counterclaim by respondent against appellant in the amount of \$1,867.20.

As if nothing had transpired, appellant on April 2, 1973 commenced the action at bar in the Superior Court based on the same causes of action, claiming from respondent the sum of \$191,000. Respondent filed an appearance in the action and a plea of general denial on June 8, 1973, followed by a specific plea on July 12 of the same year. It should be noted that in its plea respondent relied on clause 16(a) of the contract, the arbitration and the award made, and alleged in consequence that the Superior Court lacked jurisdiction.

On February 24, 1977 respondent made a declinatory exception, pleading its state immunity. This declinatory exception was allowed by the Superior Court on March 7, 1977 and dismissed by the Court of Appeal the following November 25.

On May 12, 1980, a few days, so we were told, before the day set for the hearing, respondent filed the declinatory exception now before the Court. It cited clause 16(a) of the contract and alleged that the Superior Court lacked jurisdiction *ratione materiae*.

By a judgment of July 25, 1980, the Superior Court dismissed the declinatory exception on the ground that clause 16(a) was not a complete undertaking to arbitrate, but merely a so-called condition precedent arbitration clause, and that accordingly it did not have the effect of ousting the jurisdiction of the Superior Court.

In its decision of June 9, 1981, the Court of Appeal reversed the Superior Court and held that clause 16(a) was a complete undertaking to arbitrate, that this type of clause is now valid in Quebec law, and that its effect is to remove from

par sa présidente assistée d'un procureur.

Par sa sentence de quelque 121 pages (version anglaise), en date du 15 août 1972, le tribunal n'accorda à l'appelante aucune compensation. Il accueillit cependant, pour une somme de 1 867,20 \$, la demande reconventionnelle de l'intimée contre l'appelante.

Comme si de rien n'était, le 2 avril 1973, l'appelante entreprit en Cour supérieure la présente poursuite fondée sur les mêmes causes d'action et par laquelle elle réclame de l'intimée la somme de 191 000 \$. L'intimée comparut à l'action et produisit un plaidoyer de dénégation générale le 8 juin 1973, suivi d'un plaidoyer spécifique le 12 juillet de la même année. Il importe de noter que par son plaidoyer l'intimée invoque la clause 16(a) du contrat, l'arbitrage et la sentence rendue et allègue en conséquence l'incompétence de la Cour supérieure.

Le 24 février 1977, l'intimée fit une exception déclinatoire invoquant son immunité d'État souverain. Cette exception déclinatoire accueillie par la Cour supérieure le 7 mars 1977 fut rejetée par la Cour d'appel le 25 novembre suivant.

Le 12 mai 1980, quelques jours nous dit-on avant la date fixée pour l'enquête et l'audition, l'intimée présenta l'exception déclinatoire dont nous sommes saisis. Elle invoque la clause 16(a) du contrat et allègue l'incompétence *ratione materiae* de la Cour supérieure.

Par jugement du 25 juillet 1980, la Cour supérieure rejeta l'exception déclinatoire pour le motif que la clause 16(a) n'est pas une clause compromissoire parfaite, mais simplement une clause dite d'arbitrage préalable et que partant elle n'a pas pour effet d'écartier la compétence de la Cour supérieure.

Par son arrêt du 9 juin 1981, la Cour d'appel infirme la Cour supérieure, déclare que la clause 16(a) est une clause compromissoire parfaite, que ce type de clause est maintenant valide en droit québécois et qu'elle a pour effet de soustraire des

the ordinary courts of law any issue arising out of obligations resulting from the contract.

Appellant submitted a number of arguments against the decision of the Court of Appeal which, for the sake of convenience, may be grouped as follows:

1. a complete undertaking to arbitrate is invalid in Quebec law;
2. the undertaking to arbitrate stipulated in the contract at bar is not a complete undertaking to arbitrate;
3. the declinatory exception is tardy and should be dismissed on that account;
4. the judgment dismissing the declinatory exception was not appealable to the Court of Appeal;
5. the undertaking to arbitrate provided for foreign arbitration and the arbitration award which resulted from that arbitration is subject to the rules of the *Code of Civil Procedure* regarding the exemplification of judgments: if these rules are not complied with the award is not enforceable;
6. the arbitration was conducted in an unfair manner contrary to the most elementary rules of public order, and the arbitration and the award are without effect.

1. VALIDITY OF A COMPLETE UNDERTAKING TO ARBITRATE IN QUEBEC LAW

A complete undertaking to arbitrate, described variously as true, real or formal, is that by which the parties undertake in advance to submit to arbitration any disputes which may arise regarding their contract, and which specifies that the award made will be final and binding on the parties.

This may be contrasted, first, with a clause which is purely optional. It may also be contrasted with a "pre-judicial" or "condition precedent" arbitration clause, which requires the parties to submit their dispute to arbitration, but does not preclude an action in the ordinary courts of law once the arbitration is completed. It may further be contrasted with the submission defined as fol-

tribunaux de droit commun le litige né des obligations découlant du contrat.

L'appelante invoque à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de nombreux moyens que pour commodité il convient de regrouper de la façon suivante:

1. La clause compromissoire parfaite est invalide en droit québécois.
2. La clause compromissoire stipulée au contrat en l'espèce n'est pas une clause compromissoire parfaite.
3. L'exception déclinatoire est tardive et doit être rejetée pour ce motif.
4. Le jugement rejetant l'exception déclinatoire n'était pas susceptible d'appel à la Cour d'appel.
5. La clause compromissoire stipule un arbitrage à l'étranger et la sentence arbitrale qui résulte de cet arbitrage est soumise aux règles du *Code de procédure civile* relatives à l'exemplification des jugements. A défaut de se conformer à ces règles la sentence est sans effet.
6. L'arbitrage a procédé de façon illégale à l'encontre des règles les plus élémentaires d'ordre public et cet arbitrage et la sentence rendue sont sans effet.

1. LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE PARFAITE EN DROIT QUÉBÉCOIS

La clause compromissoire parfaite, qualifiée tour à tour de réelle, formelle, complète, véritable est celle par laquelle les parties s'obligent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui comporte que la sentence rendue sera finale et liera les parties.

Elle se distingue notamment d'une clause qui serait purement facultative. Elle se distingue aussi d'une clause dite préjudicielle ou d'arbitrage préalable qui oblige les parties à soumettre leur dispute à l'arbitrage, mais qui n'exclut pas le recours aux tribunaux de droit commun une fois que l'arbitrage a eu lieu. Elle se distingue encore du compro-

laws by art. 1431 of the 1897 *Code of Civil Procedure*:

Submission is an act by which persons, in order to prevent or to put an end to a lawsuit, agree to abide by the decision of one or more arbitrators whom they agree upon.

A submission applies only to existing disputes, while an undertaking to arbitrate also extends to future disputes.

Under the 1897 *Code of Civil Procedure*, and before the new Code came into effect on September 1, 1966, a complete undertaking to arbitrate was ruled invalid as contrary to public policy. The Code made no mention of such an undertaking. It mentioned only the submission.

By its decision in *Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky*, [1962] Que. Q.B. 62, the Court of Appeal put an end to a controversy of more than sixty years' standing by ruling a complete undertaking to arbitrate to be invalid.

This decision was approved by this Court in *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144. In that case, the Exchequer Court for the Quebec Admiralty District had dismissed a declinatory exception based on the following contractual clause:

*NEW YORK PRODUCE EXCHANGE
ARBITRATION CLAUSE*

Should any dispute arise between owners and the Charterers, the matter in dispute shall be referred to three persons at New York, one to be appointed by each of the parties hereto, and the third by the two so chosen; their decision or that of any two of them, shall be final and for the purpose of enforcing any award, this agreement may be made a rule of the Court. The Arbitrators shall be commercial men.

Fauteux J., as he then was, who wrote the majority judgment, first considered art. 94 *C.C.P.*, then in effect, which dealt with the place where an action should be instituted:

94. In matters purely personal, other than those mentioned in Articles 96, 97, 98, 103 and 104, the defendant may always, notwithstanding any stipulation, agreement or undertaking to the contrary, be summoned;

mis que l'art. 1431 du *Code de procédure civile* de 1897 définissait ainsi:

Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent.

Le compromis ne vise que les litiges nés tandis que la clause compromissoire vise aussi les litiges futurs.

Sous le *Code de procédure civile* de 1897 et avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, le 1^{er} septembre 1966, le clause compromissoire parfaite était jugée invalide comme contraire à l'ordre public. Le Code d'ailleurs ne faisait aucune mention d'une telle clause. Il n'était question que du compromis.

Par son arrêt dans l'affaire *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62, la Cour d'appel mettait fin à une controverse vieille de plus de soixante ans en prononçant la nullité de la clause compromissoire parfaite.

Cet arrêt fut approuvé par cette Cour dans *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144. Dans cette affaire la Cour de l'Échiquier pour le district d'amirauté de Québec avait rejeté une exception déclinatoire fondée sur la clause contractuelle suivante:

[TRADUCTION]

*CLAUSE COMPROMISSOIRE DU NEW YORK
PRODUCE EXCHANGE*

En cas de litige entre les propriétaires et les affréteurs, la question en litige doit être soumise à trois personnes à New York, une personne nommée par chacune des parties et la troisième choisie par les deux premières; leur décision majoritaire est définitive et, aux fins de l'exécution de la sentence, cette décision constitue le jugement de la Cour. Les arbitres doivent être des hommes d'affaires.

Le juge Fauteux, plus tard Juge en chef, qui écrit le jugement majoritaire, considère en premier lieu l'art. 94 *C.p.c.* alors en vigueur qui traitait du lieu d'introduction de l'action:

94. En matières purement personnelles, autres que celles mentionnées dans les articles 96, 97, 98, 103 et 104, le défendeur peut toujours nonobstant toute stipulation, convention ou engagement contraire, être assigné;

1. Before the court of his real domicile, or in the cases provided by Article 85 of the Civil Code before the court of his elected domicile;

2. Before the court of the place where the action is personally served upon him;

3. Before the court of the place, where the whole cause of action has arisen, or if it concerns a suit for libel published in a newspaper, before the court of any district in which such paper is circulated, and in which the plaintiff resides;

4. Before the court of the place where the whole or part of his property is situated, when he has left his domicile in the Province, or has never had such domicile, but has property therein, and the cause of action has not arisen therein;

5. Before the court of the place where the contract was made.

In matters of contract by agency, or resulting from an order given to or received by an agent, mandatary or representative, the place where the contract was made is that where the consent of the party, to whom the thing forming the object of the contract is deliverable, was given, or that where the order was given to or received by the said agent, mandatary or representative.

(Emphasis added.)

The place where the action was instituted in that case was where the whole cause of action arose, while in the case at bar it is where the contract was made, but this distinction is immaterial here.

The preamble to art. 68 of the present Code is to the same effect as that of the old art. 94:

68. Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted:

(Emphasis added.)

Concerning art. 94 *C.C.P.*, Fauteux J. wrote at p. 150:

That, under the *Code of Civil Procedure*, such a clause, even if valid, is ineffective to preclude the institution of this action before the Court in the territorial jurisdiction of which the whole alleged cause of action has arisen is settled by art. 94, para. 3, of the *Code of Civil Procedure*. In *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.*, (1940), 68 Que. K.B. 428, where the effect of art. 94 was considered by the Court of Appeal, St-Jacques J., with the concur-

1. Devant le tribunal de son domicile réel, ou dans les cas prévus par l'article 85 du code civil, devant le tribunal de son domicile élu;

2. Devant le tribunal du lieu où la demande lui est signifiée personnellement;

3. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance ou, s'il s'agit d'une poursuite pour diffamation publiée dans un journal devant le tribunal de tout district où circule ce journal, et dans lequel réside le demandeur;

4. Devant le tribunal du lieu où se trouvent ses biens, en tout ou en partie, lorsqu'il a laissé son domicile dans la province ou n'y a jamais eu de domicile, mais y a des biens et que la cause d'action n'y a pas pris naissance;

5. Devant le tribunal du lieu où le contrat a été fait.

En matière de contrat par agence, ou résultant d'une commande donnée à ou reçue par un agent, mandataire ou représentant, le lieu où le contrat a été fait est celui où a été donné le consentement de la partie à laquelle la chose faisant l'objet du contrat est livrable, ou celui où la commande a été donnée à ou reçue par ledit agent, mandataire ou représentant.

(C'est moi qui souligne.)

Le lieu d'introduction de l'action dans cette affaire était celui où toute la cause d'action avait pris naissance tandis qu'en l'espèce c'est celui où le contrat a été conclu, mais cette différence est sans conséquence ici.

Le préambule de l'art. 68 du Code actuel est au même effet que celui de l'ancien art. 94:

68. Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

(C'est moi qui souligne.)

Au sujet de l'art. 94 *C.p.c.*, le juge Fauteux écrit à la p. 150:

[TRANSLATION] Le paragraphe 94(3) du *Code de procédure civile* dispose que, en vertu du *Code de procédure civile*, une clause de ce genre, même si elle est valide, n'a pas pour effet d'empêcher l'introduction de la présente action devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance. Dans l'arrêt *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.*, (1940), 68 B.R. 428, dans lequel la Cour d'appel a examiné l'effet de l'art. 94, le juge St-Jacques,

rence of Létourneau, Bond and Galipeault JJ., said at p. 431:

[TRANSLATION] The Code says, with a finality which in my opinion is not subject to question: henceforth the courts of the province, which have been created under the royal prerogative and the provisions of the Code of Civil Procedure, shall not take into account the "stipulations, agreements or undertakings" which might have the effect of removing a litigant from the jurisdiction of the courts which have been created in that province.

Then, going on to consider the actual validity of the arbitration clause, Fauteux J. continued:

The Court below being properly seized with this action, its jurisdiction to try the merits of the case cannot be interfered with by the arbitration clause and the Court cannot be asked to enforce it if, as contended for by respondent and held by the Court of first instance, this arbitration agreement is invalid as being against public policy under the *lex fori*, to wit, the law of the Province of Quebec.

After a review of the law in France and in Quebec, and in particular a reference to *Vinette Construction (supra)*, Fauteux J. wrote at p. 151:

After anxious consideration, I have formed the opinion that the *Vinette* case, *supra*, expresses the law of the Province in the matter and the arbitration clause pre-cited must, therefore, be held invalid as being against public policy.

Before arriving at this conclusion, Fauteux J. made the following observation in the course of his comments:

Desirable as it may be in private international law, with respect to commercial matters, the Quebec legislature has not yet seen fit to make any enactment substantially similar to the one made in France to *le Code du Commerce*.

In 1964, shortly after this judgment was rendered on December 16, 1963, the Commissioners responsible for drafting a new *Code of Civil Procedure* submitted a final draft. In the accompanying report, they wrote regarding the undertaking to arbitrate:

The Commissioners felt obliged to complete and modernize the present provisions of the *Code of Procedure*

aux motifs duquel ont souscrit les juges Létourneau, Bond et Galipeault, a dit à la p. 431:

La loi a dit, et ce, d'une façon définitive qui ne me paraît pas souffrir de doute: Désormais, les tribunaux de la province, qui ont été institués en vertu de la prérogative royale et des dispositions du Code de procédure civile, ne tiendront aucun compte des «stipulations, conventions ou engagements» qui auraient pour objet de soustraire un litigant à la juridiction des tribunaux qui ont été institués dans cette province.

Plus bas et s'interrogeant cette fois sur la validité même de la clause d'arbitrage, le juge Fauteux poursuit:

[TRADUCTION] Puisque la Cour d'instance inférieure est valablement saisie de la présente action, la clause compromissoire ne peut lui enlever sa compétence d'entendre l'action au fond et on ne peut demander à la Cour d'appliquer cette clause si, comme l'a fait valoir l'intimée et comme a décidé la Cour de première instance, la sentence arbitrale est invalide parce qu'elle est contraire à l'ordre public en vertu de la *lex fori*, savoir le droit de la province de Québec.

Après une revue du droit en France et au Québec, et en particulier un renvoi à l'arrêt *Vinette Construction* (précité), le juge Fauteux écrit à la p. 151:

[TRADUCTION] Après un examen attentif, je conclus que l'arrêt *Vinette*, précité, expose avec justesse le droit de la province sur cette question et la clause compromissoire précitée doit en conséquence être déclarée invalide parce qu'elle enfreint l'ordre public.

Avant de conclure ainsi, le juge Fauteux fait dans le cours de ses remarques l'observation suivante:

[TRADUCTION] Si souhaitable que ce soit en matières de commerce en droit international privé, le législateur québécois n'a pas encore jugé bon d'adopter une disposition similaire à celle que la France a adoptée dans le *Code du commerce*.

C'est en 1964, peu de temps après cet arrêt du 16 décembre 1963, que les commissaires chargés de rédiger un nouveau *Code de procédure civile* soumettaient un projet définitif. Dans le rapport qui l'accompagnait, ils écrivaient au sujet de la clause compromissoire:

Les Commissaires ont pensé devoir compléter et rajeunir les dispositions actuelles du *Code de procédure*

concerning arbitration, because of the increasingly important role which this method of settling disputes plays in the present law, an importance which is even likely to increase with the growth of the economy, particularly if the clause containing an agreement to arbitrate is recognized. The validity of this clause, it is true, raises a problem which is not one of procedure but of substantive law, and which belongs to the legislator or to the judge to settle; but the Commissioners have considered it wise to provide for the day when it will be determined.

The Commissioners accordingly proposed an article of new law, art. 951, which provides as follows:

951. In cases where an undertaking to arbitrate is permitted, it must be set out in writing.

When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. If one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge of the court having jurisdiction makes such appointment and states the objects in dispute, unless the agreement itself otherwise provides.

In adopting this article, however, the legislature amended it and replaced the first paragraph by the following:

951. An undertaking to arbitrate must be set out in writing.

The Commissioners suggested that the legislature adopt provisions to recognize the validity of the complete undertaking to arbitrate in Quebec law. The legislature did not see fit to adopt further specific special provisions. In adopting the Code, it merely deleted from the article proposed by the Commissioners the words "In cases where an undertaking to arbitrate is permitted". The text adopted simply provides that the clause must be set out in writing.

However, the second paragraph indicates the binding nature of the clause: "When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission". If one of the parties refuses to do so, then the Court is empowered to act in his place.

The actual submission and arbitration are governed by arts. 940 *et seq.* and in particular by art. 950, which provides:

relativement à l'arbitrage, à cause de l'importance de plus en plus grande que prend dans le droit actuel ce mode de solution des litiges, importance qui est même susceptible d'augmenter avec l'essor de l'économie, surtout si la clause compromissoire est reconnue. La validité de cette clause, il est vrai, soulève un problème,—qui n'est pas de procédure, mais de droit substantif, et qu'il appartient au législateur ou aux juges de trancher,—mais les Commissaires ont jugé bon de prévoir le jour où elle serait certaine.

Les commissaires proposaient en conséquence un article de droit nouveau, l'art. 951 ainsi rédigé:

951. Dans les cas où la clause compromissoire est admise, elle doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l'une d'elles s'y refuse, et ne nomme pas d'arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n'en ait décidé autrement.

En adoptant cet article cependant, le législateur l'a modifié et a remplacé le premier alinéa par le suivant:

951. La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Les commissaires donc suggéraient au législateur d'adopter des dispositions pour reconnaître la validité de la clause compromissoire parfaite en droit québécois. Le législateur n'a pas jugé à propos d'adopter d'autres dispositions particulières spécifiques. Il s'est contenté, au moment de l'adoption du Code, de retrancher de l'article proposé par les commissaires les mots «Dans les cas où la clause compromissoire est admise». Le texte adopté stipule simplement que la clause doit être constatée par écrit.

Le deuxième alinéa, toutefois, consacre le caractère obligatoire de la clause: «Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis.» Puis, le tribunal est habilité à suppléer au refus d'une des parties.

Quant au compromis lui-même et à l'arbitrage, ils sont régis par les art. 940 et suiv. qui précèdent et notamment l'art. 950 qui stipule:

950. The award of arbitrators can only be executed under the authority of a court having jurisdiction, and upon motion for homologation, to have the party condemned to execute it.

The court before which such suit is brought may examine into any grounds of nullity which affect the award or into any other questions of form which may prevent its being homologated; it cannot, however, enquire into the merits of the contestation.

The prevailing opinion since the coming into effect of the new *Code of Civil Procedure* is that the adoption of art. 951 in its present form sufficed to render the complete undertaking to arbitrate valid. The old *Code of Procedure* was silent as to the undertaking to arbitrate: it was not mentioned. The present situation is accordingly quite different from that prevailing when *Vinette Construction (supra)* and *National Gypsum (supra)* were rendered, decisions which some have suggested have become obsolete.

This was the opinion of commentators immediately following the introduction of the new Code:

- W. S. Tyndale, Q.C., “Notes on the new Code of Civil Procedure”, (1966) 26 R. du B. 345, at p. 359;
- Thomas Tôth, *Barreau de la province de Québec—Conférences—Le code de procédure civile* (1966), at pp. 141-42;
- Émile Colas, Q.C., “Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau”, (1968) 28 R. du B. 129, at p. 132;
- L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, “Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec”, (1968) R.J.T. 143, at pp. 159 *et seq.*;
- John E. C. Brierley, “Aspects of the Promise to Arbitrate in the law of Quebec”, (1970) 30 R. du B. 473;
- Judge Philippe Ferland, “L’arbitrage sans action en justice dans la province de Québec”, (1971) 31 R. du B. 69, at p. 86.

To cite only one, this is what Mr. Émile Colas, Q.C., has to say at pp. 132 and 133 of the article mentioned above:

950. La sentence arbitrale ne peut être exécutée que sous l'autorité du tribunal compétent, et sur requête en homologation, pour faire condamner la partie à l'exécuter.

Le tribunal saisi peut entrer dans l'examen des nullités dont la sentence pourrait être entachée ou des autres questions de forme qui peuvent en empêcher l'homologation; il ne peut toutefois s'enquérir du fond de la contestation.

L'opinion prépondérante qui a cours depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, est à l'effet que l'adoption de l'art. 951 dans sa forme actuelle suffit à consacrer la validité de la clause compromissoire parfaite. L'ancien *Code de procédure* était muet en ce qui concerne la clause compromissoire. Aucune mention n'en était faite. La situation est ainsi bien différente de celle qui prévalait au moment où ont été rendus les arrêts *Vinette Construction* (précité) et *National Gypsum* (précité) qui, a-t-il été écrit, sont devenus caducs.

C'est l'opinion exprimée par les auteurs dès après l'entrée en vigueur du nouveau Code:

- W. S. Tyndale, c.r., “Notes on the new Code of Civil Procedure”, (1966) 26 R. du B. 345, à la p. 359;
- Thomas Tôth, *Barreau de la province de Québec—Conférences—Le code de procédure civile* (1966), aux pp. 141 et 142.
- Émile Colas, c.r., “Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau”, (1968) 28 R. du B. 129, à la p. 132;
- L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, “Arbitration in the Code of Civil Procedure of Québec”, (1968) R.J.T. 143, aux pp. 159 *et suiv.*;
- John E. C. Brierley, “Aspects of the Promise to Arbitrate in the law of Quebec”, (1970) 30 R. du B. 473;
- Juge Philippe Ferland, “L’arbitrage sans action en justice dans la province de Québec”, (1971) 31 R. du B. 69, à la p. 86.

Pour n'en citer qu'un, voici ce qu'écrit M^e Émile Colas, c.r., aux pp. 132 et 133 de l'article mentionné plus haut:

[TRANSLATION] In recognizing the principle contained in article 940 of the new Code, the legislator adopted rights that were substantive; and when article 951 provides that "an undertaking to arbitrate must be set out in writing", this too is substantive law.

Once it is set out in writing, such an undertaking to arbitrate is valid, and the Code goes on to state what happens in the event of a refusal to execute a submission when the dispute has arisen.

It should further be noted that the final wording of article 951 C.C.P. differs from the draft submitted by the codifiers. It can be seen in the draft Code of Civil Procedure for books V, VI and VII published in 1964, at page 52, that article 951, first paragraph, began with the words: "In cases where an undertaking to arbitrate is permitted, it must be set out in writing". The legislature abandoned this wording and the first paragraph of article 951 C.C.P. provides in its final version: "An undertaking to arbitrate must be set out in writing". An undertaking to arbitrate is now legal and the problem takes a different form: the legislature has by a provision of substantive law recognized the validity and legality of the undertaking to arbitrate.

In *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The "Angelic Power"*, [1971] F.C. 263, Pratte J., now a member of the Federal Court of Appeal, was of the same opinion and he wrote, at p. 268: "... I do not see how the Quebec legislator could have regulated the form and effect of an agreement whose validity he does not admit".

In 1973 the Court of Appeal unanimously adopted the same interpretation in *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971.

Owen J.A., with whom Tremblay C.J.Q. concurred, wrote at pp. 982-83:

As far as I have been able to ascertain there has been no judgment of this Court or of the Supreme Court of Canada rendered in a case which called for a decision on the question as to whether art. 951 C.P. provides that a true *clause compromissoire* is now valid.

The present case involves a true *clause compromissoire* and a dispute between the parties both of which are subsequent to the coming into force of art. 951 C.P. The trial judge has expressed the opinion that:

[TRANSLATION] ... responding to several recommendations, the legislator finally resolved the debate

Or, c'est précisément des droits substantifs que le législateur a adoptés en reconnaissant le principe contenu à l'article 940 du nouveau code. Et c'est encore du droit substantif qui se retrouve à l'article 951 édictant que «la clause compromissoire doit être constatée par écrit».

Dès lors qu'elle apparaît dans un écrit, cette clause compromissoire est valide et il sera dit, plus loin, ce qu'il advient en cas de refus de passer à compromis lorsque le différend est né.

Il convient de souligner, d'ailleurs, que le texte définitif de l'article 951 C.P. est différent du projet soumis par les codificateurs. En effet, si on lit le projet du Code de procédure civile pour les livres V, VI et VII publiés en 1964, à la page 52, l'article 951, premier alinéa, commençait par les mots: «Dans les cas où la clause compromissoire est admise, elle doit être constatée par écrit.» Le législateur a abandonné cette rédaction et le premier alinéa de l'article 951 C.P. dispose dans son texte définitif: «La clause compromissoire doit être constatée par écrit.» Désormais, la clause compromissoire est légale et le problème ne se pose plus comme il avait été posé au départ et le législateur a, par droit substantif, reconnu la validité et la légalité de la clause compromissoire.

Dans *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire "Angelic Power"*, [1971] C.F. 263, le juge Pratte, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale, se prononçait dans le même sens et il écrit à la p. 268: «... je ne vois pas comment le législateur québécois aurait pu réglementer la forme et l'effet d'une convention dont il n'admettrait pas la validité».

Puis, en 1973, la Cour d'appel a adopté à l'unanimité la même interprétation dans *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971.

Le juge Owen avec qui le juge en chef Tremblay concourt, écrit aux pp. 982 et 983:

[TRADUCTION] À ma connaissance, aucun arrêt de cette Cour ni de la Cour suprême du Canada ne tranche la question de savoir si l'art. 951 C.P. prévoit qu'une clause compromissoire parfaite est maintenant valide.

L'espèce concerne une clause compromissoire parfaite et un litige entre les parties, et les deux sont nés après l'entrée en vigueur de l'art. 951 C.P. Le juge de première instance a exprimé l'avis que:

... le législateur, répondant à plusieurs recommandations, a tranché définitivement le débat par le pre-

by the first paragraph of art. 951 C.P., and he legalized the undertaking to arbitrate as a substantive right.

In my opinion the legislator by art. 951 C.P. has provided that a true *clause compromissoire* is valid.

Tremblay C.J.Q. further observed, at p. 984:

[TRANSLATION] I think it is clear that the undertaking to arbitrate in question is that by which a party undertakes in advance to make the submission contemplated in the preceding articles, namely, the submission which will lead to a final and definitive award, and that such an undertaking to arbitrate is valid in all cases where the submission is lawful, namely, in all cases other than those mentioned in the second paragraph of art. 940 C.C.P.

Gagnon J.A., in separate reasons but concurring in the result, wrote at pp. 986, 987 and 988 the following passage which I adopt:

[TRANSLATION] By a law of December 31, 1925 the French legislator made an exception to the rule stated by the *Cour de Cassation* that an undertaking to arbitrate was invalid. He amended article 631 of the Commercial Code, which fixed the jurisdiction of the commercial courts, by adding the following wording:

However, the parties may agree at the time they enter into a contract to submit the above disputes to arbitrators when they arise.

Our legislature would undoubtedly have been well advised to use equally clear language, but I am nonetheless of the opinion that its intention to authorize an undertaking to arbitrate, whether complete or merely pre-judicial, can be inferred from the context of the case law when it acted, as well as from the wording of article 951 C.C.P. and the place it occupies in the new Code.

The decision in *Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky*, [1962] Que. Q.B. 62, was a precedent in more than one way when the new Code of Civil Procedure was adopted. Fauteux J. as he then was—speaking for the majority of the Supreme Court in *National Gypsum Co. Inc. v. Northern Sales*, [1964] S.C.R. 144, at p. 151, was of the view that this decision approved the weight of Quebec judicial authorities on the point. Cartwright and Ritchie JJ. dissented, but on other grounds.

In *Vinette v. Dobrinsky*, Choquette J.A. stressed that the last word had not been said on the validity of an undertaking to arbitrate (p. 65), and he invited the

mier paragraphe de l'art. 951 C.P. et il a légalisé, comme un droit substantif, la clause compromissoire.

À mon avis, le législateur a reconnu par l'art. 951 C.P. la validité d'une clause compromissoire parfaite.

Le juge en chef Tremblay observe par ailleurs, à la p. 984:

Il me paraît clair que la clause compromissoire dont il s'agit est celle par laquelle on s'oblige d'avance à conclure le compromis prévu dans les articles précédents, c'est-à-dire, le compromis qui mènera à une sentence finale et définitive et que cette clause compromissoire est valide dans tous les cas où le compromis est licite, c'est-à-dire, dans tous les cas autres que ceux prévus au deuxième alinéa de l'article 940 C.P.

Le juge Gagnon, dans des motifs séparés mais qui proposent la même solution, écrit aux pp. 986, 987 et 988, le passage suivant que je fais mien:

Le législateur français avait fait exception par une loi du 31 décembre 1925 à la règle posée par la Cour de Cassation de la nullité de la clause compromissoire. Il avait amendé l'article 631 du Code du commerce qui fixait la compétence des tribunaux de commerce, en y ajoutant le texte suivant:

Toutefois les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viennent à se produire.

Sans doute notre Législature aurait-elle été bien inspirée d'employer des termes aussi clairs, mais je suis tout de même d'avis que son intention d'autoriser la clause compromissoire, qu'elle soit complète ou simplement préjudicielle, s'infère du contexte jurisprudentiel sur lequel elle a agi, comme du texte de l'article 951 C.P. et de la place qu'il occupe dans le nouveau Code.

L'arrêt de *Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky* [1962] B.R. 62, avait à plus d'un titre force de précédent au moment où le nouveau Code de procédure a été adopté. M. le juge Fauteux—avant qu'il ne devienne juge en chef du Canada—exprimant l'opinion de la majorité de la Cour suprême dans *National Gypsum Co. Inc. v. Northern Sales* [1964] R.C.S. 144, à la p. 151, était d'avis que cette décision sanctionnait le poids de la jurisprudence québécoise sur la question. MM. les juges Cartwright et Ritchie étaient dissidents, mais pour d'autres motifs.

Dans *Vinette v. Dobrinsky*, M. le juge Choquette soulignait que le dernier mot n'avait pas été dit sur la validité de la clause compromissoire (p. 65) et il invitait

legislature to intervene to put an end to a controversy which had lasted over sixty years (p. 67). This decision, affirmed by the Supreme Court in *National Gypsum*, can nonetheless be regarded as having unequivocally held a formal undertaking to arbitrate to be invalid, while the undertaking to arbitrate which creates only a pre-judicial obligation could expect to have more favorable treatment. These are the circumstances surrounding the action by the legislator.

I feel it is significant—and I refer in particular to the reasons of Choquette, Casey and Badaux JJ.—that the decision of this Court was based first on the provisions of the old Code of Procedure, in Chapter LXXIII, titled “Arbitrations”, which made no mention of an undertaking to arbitrate. Article 1431 defined a submission as an act by which the parties agreed to abide by the decision of one or more arbitrators in order to prevent or to put an end to a lawsuit. This definition may have been wide enough to include an undertaking to arbitrate relating to an issue which had not yet arisen, since the submission would serve “to prevent [. . .] a lawsuit”. However, article 1434 provided that deeds of submission made out of court must state the names and qualifications of the arbitrators, the objects in dispute and the delay within which the award of the arbitrators must be given. It was accordingly necessary — and that at least is how it has been understood — that the dispute should have arisen or at least that it should relate to one or more well-defined questions. Choquette J.A. cited (at p. 66) Planiol, Ripert and Boulanger (*Traité de droit civil*, t. 3 (1958), No. 2486, p. 814), who observe:

Undertaking to arbitrate. A submission can only be made for a dispute which has already arisen or is on the point of arising; a party cannot agree in advance that he will submit future lawsuits to the decision of one or more arbitrators; this general clause, known as an undertaking to arbitrate, would be invalid because a party is not able to define in advance the thing which is the subject of the arbitration or the names of the arbitrators who will be responsible for dealing with it.

In spite of this, there is a line of judicial authority which has recognized the validity of an undertaking to arbitrate, as a condition precedent to a possible court action. Additionally, the arbitration award was not capable of being reviewed on its merits (art. 1444).

The present article 941 C.C.P. reproduced in substance the old articles 1434 and 1435, and the submission has remained intact together with its rules. Alongside article 941, however, is a new article, 951, which does not refer to a submission but rather to an undertak-

la Législature à intervenir pour mettre fin à une controverse qui durait depuis plus de soixante ans (p. 67). On peut tout de même considérer que cette décision, confirmée par la Cour suprême dans l'affaire de *National Gypsum*, avait affirmé de façon non équivoque la nullité de la clause compromissoire formelle tandis que la clause compromissoire qui ne créait qu'une obligation préjudicielle pouvait espérer un sort plus favorable. C'est dans ce contexte que se situe l'intervention du législateur.

Il me paraît significatif—et je réfère particulièrement aux notes de MM. les juges Choquette, Casey et Badaux—que la décision de notre cour s'appuyait en premier lieu sur les dispositions de l'ancien Code de procédure, au chapitre LXXIII, intitulé Arbitrage, qui ne faisait aucune mention de la clause compromissoire. L'article 1431 définissait le compromis comme un acte par lequel les parties promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou plusieurs arbitres pour éviter un litige ou y mettre fin. Cette définition aurait pu être assez large pour inclure une clause compromissoire relative à un litige qui n'est pas encore né puisque le compromis pouvait servir «à éviter un litige». Cependant l'article 1434 précisait que l'acte de compromis extrajudiciaire devait désigner les noms et qualités des arbitres, les objets en litige et le délai dans lequel la sentence arbitrale devait être rendue. Il fallait donc, et c'est du moins la façon dont on l'a entendu, que le litige soit né ou que, du moins, il porte sur une ou des questions bien précises. M. le juge Choquette citait (à la p. 66) Planiol, Ripert et Boulanger (*Traité de droit civil*, t. 3 (1958), n. 2486, p. 814) qui disent:

Clause compromissoire. Le compromis ne peut être fait que pour un litige déjà né ou sur le point de naître; on ne peut pas d'avance convenir qu'on soumettra des litiges futurs à la décision d'un ou de plusieurs arbitres; cette clause générale, appelée clause compromissoire, serait nulle parce qu'elle ne permet pas de préciser d'avance ni la chose qui fera l'objet de l'arbitrage, ni les noms des arbitres qui seront chargés d'y procéder.

Malgré cela, une jurisprudence s'est affirmée qui reconnaissait la validité de la clause compromissoire, condition préalable d'un possible recours judiciaire. En outre, la sentence arbitrale n'était pas susceptible de révision quant au fond (art. 1444).

L'article 941 C.P. actuel a reproduit la substance des anciens articles 1434 et 1435 et le compromis avec ses règles est demeuré ce qu'il était. Mais, à côté de l'article 941, apparaît un nouvel article, l'article 951 qui, lui, ne parle pas de compromis, mais plutôt du pacte compro-

ing to arbitrate, and which requires writing as a condition of the validity of such an undertaking. Article 951 adds that, when the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. This is the second stage. In order to execute a submission, the parties must submit in particular to the provisions of article 941, and as the Chief Justice observed, to the other provisions of the chapter.

Article 951 for the first time gives statutory recognition to an undertaking to arbitrate, and as far as the pre-judicial undertaking to arbitrate is concerned, no legislation was needed to recognize its validity. I feel, therefore, that when the legislator adopted article 951, without any limitation, and rejected the wording proposed by the Commissioners, he intended to make a step forward and wished to authorize a real undertaking to arbitrate.

If, as I think, this is the correct solution, the objections based on public policy cannot stand, because it is the legislature, when it takes a position, who is the final arbiter in the matter. I considered whether the second paragraph of article 940, which does not allow a submission to be made on certain matters, and in particular on matters concerning public policy, was a bar. I think a negative answer must be given to this question, first because in the context it is the object of the dispute and not the way in which it is treated that is at issue, and most importantly because otherwise we would have to conclude that any submission which provides that the decision of an arbitrator will be final, and which does not allow the Court to examine the merits of the case, would be invalid. Such a result would clearly be incompatible with the provisions of the old Code, as well as with those of the new.

There has since been abundant judicial authority on the point, based on *Désourdy* (*supra*), both in the Superior Court and in the Court of Appeal. In addition to its decision in the case at bar, I would refer to the following decisions of the Court of Appeal: *Société québécoise d'exploitation minière v. Hébert*, [1974] C.A. 78; *Liman v. K.L.M. Royal Dutch Airlines*, [1974] C.A. 505; *Commission scolaire régionale des Bois Francs v. J.H. Dupuis Ltée*, [1975] C.A. 759; *Heyman v. Lafferty, Harwood & Co.*, [1979] C.A. 231.

I conclude that a complete undertaking to arbitrate is valid in Quebec law.

missoire et qui exige l'écrit comme condition de validité de la promesse de compromis. L'article 951 ajoute que, lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. C'est la deuxième étape. Pour passer compromis, les parties doivent se soumettre en particulier aux prescriptions de l'article 941 et, comme l'a dit M. le juge en chef, aux autres dispositions du chapitre.

L'article 951, pour la première fois, donne une reconnaissance statutaire à la clause compromissoire et, par ailleurs, aucun acte législatif n'était nécessaire pour donner droit de cité à la clause compromissoire préjudicielle. Il me semble donc que lorsque le législateur a adopté l'article 951, sans restriction et en mettant de côté le texte soumis par les commissaires, il a voulu faire un pas en avant et qu'il entendait permettre la clause compromissoire réelle.

Si, comme je le crois, cette solution est la bonne, les objections fondées sur l'ordre public doivent tomber parce que c'est le législateur, lorsqu'il prend position, qui est le juge ultime en la matière. Je me suis demandé si le deuxième paragraphe de l'article 940 qui ne permet pas de compromettre sur certaines questions et particulièrement sur des questions qui concernent l'ordre public serait un obstacle. Je suis d'avis qu'il faut répondre dans la négative à cette question, d'abord parce que, dans le contexte, c'est de l'objet du litige et non de la façon de le traiter dont il est question et surtout parce qu'autrement il faudrait dire que tout compromis, qui prévoit que la décision de l'arbitre est finale et qui ne permet pas au tribunal de s'enquérir du fond de la contestation, serait nul. Tel résultat serait clairement incompatible avec les dispositions de l'ancien code, comme avec celles du nouveau.

Une abondante jurisprudence, fondée sur l'arrêt *Désourdy* (précité), s'est depuis établie tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel. Outre son arrêt en l'espèce, je cite les arrêts suivants de la Cour d'appel: *Société québécoise d'exploitation minière c. Hébert*, [1974] C.A. 78; *Liman c. K.L.M. Royal Dutch Airlines*, [1974] C.A. 505; *Commission scolaire régionale des Bois Francs c. J.H. Dupuis Ltée*, [1975] C.A. 759; *Heyman c. Lafferty, Harwood & Co.*, [1979] C.A. 231.

Je conclus que la clause compromissoire parfaite est valide en droit québécois.

2. THE NATURE OF THE UNDERTAKING TO ARBITRATE STIPULATED IN THE CONTRACT AT BAR

I have no hesitation in finding, like the Court of Appeal, that the undertaking to arbitrate stipulated in the contract at bar is a complete undertaking to arbitrate.

The *Code of Civil Procedure* contains no provision regarding the form of an undertaking to arbitrate. It will be sufficient if it contains the essential ingredients, namely that the parties have undertaken to execute a submission and that the arbitration award is final and binding on the parties.

The language used cannot in my opinion be interpreted in any other way: "Any controversy or claim [. . .] shall be settled by arbitration and judgment upon the award resulting from such arbitration may be entered in any Court having jurisdiction thereof".

The verb "shall" is imperative. "Settled" means "régler". In this context, "régler" means according to *Petit Robert* "résoudre définitivement" [finally resolve].

It is sufficient to refer to the following cases in which terms similar or comparable to those used here have been held to constitute complete undertakings to arbitrate: *Commission scolaire régionale des Bois Francs* (*supra*): "sera réglé"; *Liman* (*supra*): "shall be finally settled"; *Prevost Silk Screen Inc. v. Produits Franco Inc.*, J.E. 80-298 (S.C.), rendered on March 12, 1980: "shall be settled by arbitration".

3. LATENESS OF THE DECLINATORY EXCEPTION

Although this argument was raised in the Court of Appeal, it was not considered by that Court.

Declinatory exceptions are governed by arts. 163 and 164 *C.C.P.*:

163. A defendant, summoned before a court other than that before which the suit should have been instituted, may ask that the suit be referred to the competent court within the legislative authority of Québec, or that the suit be dismissed if there is no such court.

2. LA NATURE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STIPULÉE AU CONTRAT EN L'ESPECE

Je n'hésite pas à conclure comme la Cour d'appel que la clause compromissoire stipulée au contrat en l'espèce est une clause compromissoire parfaite.

Le *Code de procédure civile* ne renferme aucune disposition quant à la forme de la clause compromissoire. Il suffit qu'elle réunisse les éléments essentiels, à savoir que les parties se soient obligées à passer compromis et que la sentence arbitrale soit finale et lie les parties.

Les termes utilisés ne peuvent, à mon avis, s'interpréter autrement. [TRADUCTION] «Tout litige ou toute réclamation [. . .] doivent être réglés [*shall be settled*] par l'arbitrage, et la sentence arbitrale peut être homologuée par une cour compétente».

Le verbe «*shall*» est impératif. «*Settled*» veut dire «régler». Dans ce contexte, «régler» signifie suivant *Le petit Robert*, «résoudre définitivement».

Qu'il suffise de renvoyer aux arrêts suivants dans lesquels des expressions semblables ou analogues à celles ici utilisées ont été jugées constituer des clauses compromissoires parfaites: *Commission scolaire régionale des Bois Francs* (précité): «sera réglé»; *Liman* (précité): «*shall be finally settled*»; *Prevost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc.*, J.E. 80-298 (C.S.), rendu le 12 mars 1980: «*shall be settled by arbitration*».

3. LA TARDIVETÉ DE L'EXCEPTION DÉCLINATOIRE

Bien que ce moyen ait été soulevé devant la Cour d'appel, celle-ci n'en a pas traité.

Les moyens déclinatoires sont régis par les art. 163 et 164 *C.p.c.*:

163. Le défendeur assigné devant un tribunal autre que celui où la demande eût dû être portée, peut demander le renvoi devant le tribunal compétent relevant de l'autorité législative du Québec, où, à défaut le rejet de la demande.

164. Lack of jurisdiction by reason of the subject matter may be raised at any stage of the case, and it may even be declared by the court of its own motion. The court adjudicates as to costs according to the circumstances.

Article 163 deals with lack of jurisdiction that is *ratione personae* or relative. Article 164 deals with lack of jurisdiction that is *ratione materiae* or absolute.

In Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, Paris, 1892, at pp. 635-36, it is said that:

[TRANSLATION] **CXLIX.** The theory of jurisdiction may be divided into two quite separate parts: jurisdiction *ratione materiae* and jurisdiction *ratione personae*. Jurisdiction *ratione materiae* is the right of the courts of a given jurisdiction to take cognizance of a case to the exclusion of the courts of another jurisdiction; jurisdiction *ratione personae* is the right of courts of a given jurisdiction to take cognizance of a case to the exclusion of the other courts of the same jurisdiction. The first jurisdiction is thus named because cases are divided among the different kinds of courts by reason of their nature, and the name of the other derives from that jurisdiction in courts of the same kind is usually determined by the defendant's domicile or residence. On the other hand, a court has no jurisdiction *ratione materiae* in cases belonging to another jurisdiction; it is without jurisdiction *ratione personae* only in those cases which belong to another court of the same kind.

The application of these principles usually presents no difficulties. 1° The following do not have jurisdiction *ratione materiae*: (1) an appellate court in cases which have not been heard at the first level of jurisdiction; (2) a Justice of the Peace in actions involving real property or relating to personal status; (3) a labor board in disputes which do not occur between an employer and an employee in the course of employment; (4) a commercial court in cases of a purely civil character.

In his *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montreal, 1972, Albert Mayrand J., now a justice of the Court of Appeal, gives the following definitions at pp. 163-64:

[TRANSLATION]

RATIONE MATERIAE

By reason of the subject matter

164. L'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause et peut même être déclarée d'office par le tribunal, qui adjuge les dépens selon les circonstances.

L'article 163 vise l'incompétence *ratione personae* ou relative. L'article 164 vise l'incompétence *ratione materiae* ou absolue.

Dans Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, Paris, 1892, aux pp. 635 et 636, on lit:

CXLIX. La théorie de la compétence se divise en deux parties très distinctes: la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione personae*. La compétence *ratione materiae* est le droit pour les tribunaux qui appartiennent à un ordre de juridiction de connaître d'une affaire à l'exclusion des tribunaux d'un autre ordre; la compétence *ratione personae* est le droit pour les tribunaux qui appartiennent à un ordre de juridiction de connaître d'une affaire à l'exclusion des autres tribunaux du même ordre. L'une s'appelle ainsi parce que les affaires sont réparties entre les différents ordres de tribunaux à raison de leur nature; le nom de l'autre vient de ce qu'entre tribunaux du même ordre la compétence est généralement déterminée par le domicile ou par la résidence du défendeur. Par contre, un tribunal est incompetent *ratione materiae* à l'égard des procès attribués à un autre ordre de juridiction; il n'est incompetent que *ratione personae* à l'égard de ceux qui relèvent d'un autre tribunal du même ordre.

L'application de ces principes ne présente ordinairement pas de difficulté. 1° Sont incompetents *ratione materiae*: 1) une cour d'appel, à l'égard des affaires qui n'ont pas traversé le premier degré de juridiction; 2) un juge de paix, à l'égard des actions immobilières ou relatives à l'état des personnes; 3) un conseil de prud'hommes, à l'égard des contestations qui ne sont pas survenues entre un patron et un ouvrier à l'occasion de leur industrie; 4) un tribunal de commerce, à l'égard des actions dont le caractère est purement civil.

Dans son *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, 1972, le juge Albert Mayrand, maintenant juge à la Cour d'appel, donne les définitions suivantes, aux pp. 163 et 164:

RATIONE MATERIAE

En raison de la matière

This Latin phrase is used in the French version of article 164 of the Code of Civil Procedure.

The jurisdiction *ratione materiae* of a judge or court is that given to him to hear a case by reason of its subject matter. It is a jurisdiction that is based on the subject matter or is assigned (e.g. arts. 32 and 35, C.C.P.).

RATIONE PERSONAE

By reason of the person

Jurisdiction *ratione personae* of a judge or court depends on the geographical connection of the cases with a judicial district. This connection may result either from the situation of the litigant (usually the defendant), or from the location of the item in dispute or the place where the dispute arose. In the first case, it is jurisdiction *ratione personae* strictly speaking. In the second, it is better known as jurisdiction *ratione loci*.

The effect of an undertaking to arbitrate is to remove the dispute from the ordinary courts of law. As we have seen, the parties must execute a submission and refer the dispute to arbitration. The award will be submitted to the competent court to be homologated, but under the second paragraph of art. 950 C.C.P., the court "cannot [. . .] enquire into the merits of the contestation".

Is the case at bar one of lack of jurisdiction that is *ratione personae* or relative, or is it one of lack of jurisdiction that is *ratione materiae*, or absolute?

In the first case, under art. 161 C.C.P. the declinatory exception must be urged, together with the other grounds mentioned in that article, "within five days of the expiry of the time fixed to appear, or of the notice provided for by article 152 or, if there has been a motion in evocation, from the date of the judgment thereon". In the case at bar, if the lack of jurisdiction is *ratione personae* or relative, it goes without saying that the declinatory exception, urged almost seven years after the action was instituted, should be dismissed as tardy.

Under article 164, however, a lack of jurisdiction *ratione materiae* may be raised at any stage of the case.

Cette locution latine est utilisée dans la version française de l'article 164 du Code de procédure civile.

La compétence *ratione materiae* d'un juge ou d'un tribunal est celle qui lui est attribuée pour connaître un litige en raison de la matière. C'est la compétence matérielle ou d'attribution (e.g. C.p.c. art. 32 et 35).

RATIONE PERSONAE

En raison de la personne

La compétence *ratione personae* d'un juge ou d'un tribunal dépend du rattachement géographique des causes à une circonscription judiciaire. Ce rattachement peut dépendre soit de la situation du justiciable (ordinairement le défendeur), soit de la localisation de l'objet du litige ou de l'endroit où le litige a pris naissance. Dans le premier cas, c'est la compétence *ratione personae* proprement dite. Dans le second, on parle plutôt de la compétence *ratione loci*.

Par l'effet de la clause compromissoire, le litige est soustrait à la compétence des tribunaux de droit commun. Les parties, comme on l'a vu, doivent passer compromis et soumettre le litige à l'arbitrage. La sentence sera soumise au tribunal compétent pour homologation, mais suivant le deuxième alinéa de l'art. 950 C.p.c., le tribunal «ne peut [. . .] s'enquérir du fond de la contestation».

S'agit-il d'incompétence *ratione personae* ou relative, ou d'incompétence *ratione materiae* ou absolue?

Dans le premier cas, l'exception déclinatoire doit, aux termes de l'art. 161 C.p.c. être proposée en même temps que les autres moyens mentionnés à cet article et cela «dans les cinq jours de la date de l'expiration du temps fixé pour comparaître ou de l'avis prévu à l'article 152, ou s'il y a eu demande d'évocation, de la date du jugement qui en a disposé». En l'espèce, s'il s'agit d'incompétence *ratione personae* ou relative, il va sans dire que l'exception déclinatoire présentée près de sept ans après l'institution de l'action devrait être rejetée comme tardive.

Suivant l'article 164, cependant, l'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause.

Only three cases were cited dealing with this point.

In *Régie des installations olympiques v. D'Astous*, [1981] C.S. 258, it was held that the lack of jurisdiction was relative. The Superior Court came to the same conclusion in *Guité v. Club de hockey Les Nordiques de Québec Inc.*, J.E. 81-800 (S.C.), rendered on June 17, 1981.

In *Prevost Silk (supra)*, on the other hand, the Superior Court held that the lack of jurisdiction was *ratione materiae*. The argument was raised by the plea on the merits and Reeves J. dismissed the action on this ground at the hearing on the merits. He wrote, at pp. 6 and 7 of his judgment:

[TRANSLATION] This is an undertaking to arbitrate which is valid.

When the dispute arises, the parties must execute a submission (articles 951 and 941 C.C.P.).

That being so, the Court, deciding this aspect of the matter only, must find that it lacks jurisdiction to rule on the merits.

The judge went on to say:

[TRANSLATION] However, defendant could and must decline the jurisdiction of the Court in limine litis, under article 163 C.C.P. Costs will be awarded accordingly, pursuant to the discretion conferred on the Court by article 164 C.C.P.

The Court accordingly dismissed the action with costs of an action dismissed on a declinatory exception before plea.

Relying just on this last passage and on the reference made in it to art. 163, counsel for the appellant maintained that this case held that the lack of jurisdiction was relative rather than absolute. This is a misinterpretation by counsel. It is apparent that the Court considered that its lack of jurisdiction was absolute, since it dismissed the action. Exercising its discretion, it limited the costs.

On the other hand, in his article cited above, "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau", Mr. Colas gives the following opinion at pp. 136 and 137:

[TRANSLATION] Such lack of jurisdiction by the ordinary courts of law is only relative, since in the absence

Trois seuls arrêts ont été cités qui traitent de cette question.

Dans *Régie des installations olympiques c. D'Astous*, [1981] C.S. 258, il fut décidé qu'il s'agissait d'une incompétence relative. La Cour supérieure s'est prononcée dans le même sens dans *Guité c. Club de hockey Les Nordiques de Québec Inc.*, J.E. 81-800 (C.S.), rendu le 17 juin 1981.

Dans *Prevost Silk (précité)*, la Cour supérieure a décidé au contraire qu'il s'agissait d'une incompétence *ratione materiae*. Le moyen était soulevé par le plaidoyer au fond et c'est lors de l'audition au fond que le juge Reeves a rejeté l'action pour ce motif. Il écrit aux pp. 6 et 7 de son jugement:

Il s'agit là d'une clause compromissoire qui est valide.

Lorsque le différend est né, les parties doivent passer compromis (articles 951 et 941 C.P.C.)

Ceci étant, et se prononçant sur ce seul aspect du litige, la Cour doit constater qu'elle est sans juridiction pour adjuger au mérite.

Plus loin le juge poursuit:

La défenderesse pouvait et devait cependant décliner la compétence du Tribunal in limine litis, selon l'article 163 C.P.C. Les frais seront adjugés en conséquence, et suivant la discrétion accordée au Tribunal par l'article 164 C.P.C.

En conséquence le juge rejette l'action avec les dépens d'une action rejetée sur requête declinatoire avant défense.

S'appuyant sur ce seul dernier passage et sur le renvoi qui y est fait à l'art. 163, le procureur de l'appelante a soutenu que cet arrêt décide que l'incompétence est relative plutôt qu'absolue. C'est une méprise de la part du procureur. Il est manifeste en effet que le juge a considéré que son incompétence était absolue puisqu'il a rejeté l'action. Exerçant par ailleurs sa discrétion il a limité les dépens.

M^e Colas, par contre, dans son article précité, «Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau», émet l'opinion suivante aux pp. 136 et 137:

Cette incompétence des tribunaux de droit commun n'est que relative, puisqu'en l'absence de la clause com-

of an undertaking to arbitrate the dispute must necessarily fall within their jurisdiction. It is therefore at the start of the proceeding, *in limine litis*, after the exception for surety *judicatum solvi*, but before all other exceptions and defences, that the declinatory exception to jurisdiction by reason of the undertaking to arbitrate must be presented;

In *Caribou Construction Inc. v. Robert McAlpine Ltd.*, [1976] C.A. 393, the Court of Appeal reversed a judgment of the Superior Court which had declared of its own motion its lack of jurisdiction *ratione materiae* in light of an undertaking to arbitrate, and dismissed the action on this ground. The Court of Appeal did not rule on the question of whether lack of jurisdiction *ratione personae* or *ratione materiae* was involved, but based its judgment on the fact that, by its actions, defendant had waived the clause. Defendant had pleaded on the merits, asking that its prior offer of settlement be declared good and valid. Casey J.A. wrote for the Court, at pp. 393-94:

These paragraphs may be read as referring to arbitration but in the circumstances above related they cannot be read as a refusal to submit to the Court or as destroying the waiver that Respondent's prior conduct necessarily implied. In these circumstances the clause could not be unilaterally [*sic*] revived either by Respondent or by the trial judge.

In France the point has been the focus of a controversy which has never been resolved. In his treatise *Arbitrage civil et commercial*, 3rd ed., 1961, t. I, Jean Robert wrote at p. 128:

[TRANSLATION] 1. There is not yet any unanimity as to the nature of the lack of jurisdiction created by the undertaking to arbitrate: the division is total.

He mentions that he himself changed his opinion several times, and finally in this third edition adopted the theory of relative lack of jurisdiction.

He notes that the *Cour de cassation* has adopted the theory of an absolute lack of jurisdiction, while the Courts of Appeal have for the most part favoured relative lack of jurisdiction, including the *Cour de Paris*, which though at first favourable to

promissoire, le différend ressort nécessairement de leur juridiction. C'est donc au début du procès, *in limine litis*, après l'exception de cautionnement *judicatum solvi*, mais avant toutes autres exceptions et défenses que doit être opposé le déclinatoire de compétence en raison de la clause compromissoire;

Dans *Caribou Construction Inc. c. Robert McAlpine Ltd.*, [1976] C.A. 393, la Cour d'appel infirme un jugement de la Cour supérieure qui avait invoqué d'office son incompétence *ratione materiae* face à une clause compromissoire et rejeté l'action pour ce motif. La Cour d'appel ne se prononce pas sur la question de savoir s'il s'agit d'une incompétence *ratione personae* ou *ratione materiae*, mais appuie son jugement sur le fait que la défenderesse, par son comportement, avait renoncé à la clause. La défenderesse avait plaidé au fond en demandant que des offres réelles antérieurement faites par elle soient déclarées bonnes et valables. Le juge Casey écrit, au nom de la Cour, aux pp. 393 et 394:

[TRANSLATION] On peut dire que ces paragraphes se rapportent à l'arbitrage, mais dans les circonstances exposées ci-dessus, ils ne peuvent être interprétés comme un refus de se soumettre à la Cour ou l'anéantissement de la renonciation que supposait nécessairement la conduite antérieure de l'intimée. Dans les circonstances, ni l'intimée ni la Cour de première instance ne peuvent remettre la clause en vigueur de façon unilatérale.

En France, la question a fait l'objet d'une controverse qui n'a jamais été résolue. Jean Robert, dans son traité *Arbitrage civil et commercial*, 3^e éd., 1961, t. I, écrit à la p. 128:

1^o La nature de l'incompétence créée par la clause compromissoire n'a pas encore fait l'unanimité et le partage est total.

Il mentionne avoir lui-même changé d'avis à diverses reprises pour finalement, dans cette troisième édition, épouser la thèse de l'incompétence relative.

L'auteur souligne que la Cour de cassation s'est prononcée pour une incompétence absolue tandis que les cours d'appel étaient en grande majorité favorables à une incompétence relative, y compris la Cour de Paris qui d'abord favorable à l'incom-

absolute lack of jurisdiction has come to support relative lack of jurisdiction. He goes on, at p. 129:

[TRANSLATION] However, as we noted above, this distinction between absolute and relative nullity has lost almost all practical importance at the present time. In the old version of the Code of Civil Procedure, article 170 provided that if the court lacked jurisdiction by reason of the subject matter, a dismissal could be sought "at any stage of the case", and if it was not, the Court was required to dismiss the action of its own motion. This meant that conversely if the lack of jurisdiction was relative, the combined effect of articles 168 and 192 was that the exception of lack of jurisdiction *ratione loci* was inadmissible if it was not urged before a finding had been reached on the merits.

In the revision of December 22, 1958:

(a) exceptions of lack of jurisdiction must be raised after the exception for surety and before any other exceptions and defences, even if the rules of jurisdiction were matters of public policy (art. 168 new);

(b) lack of jurisdiction *ratione materiae* can be declared of the Court's own motion only if the law confers jurisdiction on a repressive or administrative court, in cases where the rules of jurisdiction are of public policy (divorce, matters of state and so on), when the dispute is within the jurisdiction of last resort of the court of first instance (art. 171 new).

As a consequence the parties must always raise the exception of lack of jurisdiction *in limine litis*, or lose their right to do so, with the result that so far as they are concerned the distinction as to the nature of the jurisdiction remains of no consequence. As regards the Court, cases in which it may raise the exception of its own motion are reduced almost to nothing, since matters in which the rules of jurisdiction are of public policy are matters that should be brought to the attention of the public prosecutor in which a submission cannot be made, and where consequently a dispute as to jurisdiction could not arise between arbitrators and the ordinary courts of law.

This amendment to the French Code as a consequence of which the parties must always raise the exception of lack of jurisdiction *in limine litis*, or lose their right to do so, seems to me to be equivalent in practice to a legislative ruling on the matter, or at least on its effects.

On the other hand, the *Cour de cassation* in a decision on January 23, 1951, *J.C.P.* 1951, IV, p. 45, held that an exception of lack of jurisdiction as

pétence absolue, s'est ralliée à l'incompétence relative. Puis il ajoute à la p. 129:

Mais, ainsi que nous l'annonçons ci-dessus, cette distinction entre une nullité absolue ou relative a aujourd'hui perdu à peu près tout intérêt. C'est qu'en effet dans la rédaction ancienne des textes du Code de procédure, l'article 170 stipulait que si le tribunal était incompétent à raison de la matière, le renvoi pouvait être demandé «en tout état de cause», et s'il ne l'était pas, le tribunal était tenu de renvoyer d'office. Ceci faisait qu'à l'inverse, si l'incompétence était relative, la disposition combinée des articles 168 et 192 faisait que l'exception d'incompétence *ratione loci* était irrecevable si elle n'était pas proposée avant qu'il ait été conclu au fond.

Or, dans la réforme du 22 décembre 1958:

a) les exceptions d'incompétence doivent être soulevées après l'exception de caution et avant toutes autres exceptions et défenses, même si les règles de compétence étaient d'ordre public (art. 168 nouveau),

b) l'incompétence *ratione materiae* ne peut être prononcée d'office que si la loi attribue compétence à une juridiction répressive ou administrative, dans les instances où les règles de compétence sont d'ordre public (divorce, questions d'état, etc.), lorsque le litige est de la compétence en dernier ressort du tribunal d'instance (art. 171 nouveau).

Il en résulte que les parties devront toujours soulever l'exception d'incompétence *in limine litis*, à peine de forclusion, de telle sorte qu'à leur égard la distinction sur la nature de la compétence demeure sans conséquence. Quant au tribunal, les cas où il pourrait la soulever d'office sont réduits à peu près à rien puisque les matières où les règles de compétence sont d'ordre public sont des matières communicables, à l'occasion desquelles il n'est pas permis de compromettre, et où par conséquent ne pourrait se poser un litige de compétence entre les arbitres et les juridictions de droit commun.

Cette modification au code français par l'effet de laquelle les parties devront toujours soulever l'exception d'incompétence *in limine litis*, à peine de forclusion, me semble équivaloir pratiquement à une détermination législative de la question ou à tout le moins de ses effets.

La *Cour de cassation*, par contre, dans un arrêt du 23 janvier 1951, *J.C.P.* 1951, IV, p. 45, avait décidé que l'exception d'incompétence découlant

the result of an undertaking to arbitrate could be declared by the Court of its own motion:

[TRANSLATION] **Arbitrators-Arbitration.**—An exception of lack of jurisdiction based on the fact that a rental contract stipulated that at the end of the lease the increase or decrease in value of the equipment, an integral part of the leased premises, would be established by mutually agreed-upon arbitrators can even be raised of its own motion by the court hearing the matter brought in violation of this arbitration clause, and without the exception being expressly stated in the defendant's conclusions (*Comm., January 23, 1951; Merat*).

Similarly, before revising its opinion and, as we have seen, adopting the theory of relative lack of jurisdiction, the *Cour de Paris* in a decision of December 13, 1950, *Rep. Commaille II*, 1951, p. 146, No. 18394, had held:

[TRANSLATION] **18394.—Arbitration.**—*Undertaking to arbitrate.—Commercial Court lacks jurisdiction.—Exception may be admitted at any time.*—The result of an undertaking to arbitrate is that the Commercial Court lacks jurisdiction *ratione materiae*; this lack of jurisdiction may be pleaded at any time and can only be covered by the unequivocal intention of the defendant to waive it. Such a waiver does not necessarily result from the fact that a conclusion has first been reached on the merits in the Commercial Court (*Cour Paris, 4th Ch., December 13, 1950, Gaz. Pal. April 20, 1951*).

In the *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial*, vol. I, 1980, 2nd ed., *verbo* "Arbitrage commercial", it is stated at No. 57:

[TRANSLATION] **57.** An undertaking to arbitrate, regarded as a conferral of jurisdiction by mutual agreement (Paris, June 27, 1957, J.C.P. 1958. IV. 96; May 14, 1959, D. 1959. 437), unquestionably removes jurisdiction from the ordinary courts of law (Civ. January 9, 1933, D.H. 1933. 164, S. 1933. 1. 145; February 27, 1939, *Gaz. Pal.* 1939. 1. 678; January 22, 1946, D. 1946. 239; Com. October 11, 1954, *Rev. arb.* 1955. 58; Paris, February 23, 1959, *ibid.*, 1959. 87). It does not matter whether the lack of jurisdiction is relative or absolute, *ratione loci* or *materiae*, since the parties must necessarily raise this exception *in limine litis* (V. Décr. No. 72-684 of July 20, 1972, art. 14, D. 1972. 428).

While it was open to the French legislature to require that lack of jurisdiction *ratione materiae* be raised at the outset of a proceeding, or the right to do so will otherwise be lost, in the same way as lack of jurisdiction *ratione personae*, the situation

d'une clause compromissoire pouvait être soulevée même d'office:

Arbitres-Arbitrage.—L'exception d'incompétence tirée de ce qu'un contrat de location décidait qu'à la fin du bail, la plus-value ou la moins-value du matériel, partie intégrante du fonds loué, serait établie par des arbitres amiables compositeurs, peut être soulevée même d'office par la juridiction saisie au mépris de ce compromis et sans que cette exception soit expressément énoncée dans les conclusions du défendeur (*Comm., 23 janvier 1951; Merat*).

De même, avant de se raviser et de se rallier à l'incompétence relative comme nous l'avons vu, la *Cour de Paris* dans un arrêt du 13 décembre 1950, *Rep. Commaille II*, 1951, p. 146, n° 18394 avait décidé ainsi:

18394.—Arbitrage.—*Clause compromissoire.—Incompétence Tribunal de Commerce.—Exception recevable à tout moment.*—La clause compromissoire rend le Tribunal de Commerce incompétent *ratione materiae*; cette incompétence peut être opposée en tout état de cause et ne saurait être couverte que par la volonté non équivoque du défendeur d'y renoncer. Cette renonciation ne résulte pas nécessairement du fait de conclure d'abord au fond devant le Tribunal de Commerce (*Cour Paris, 4^e ch., 13 décembre 1950, Gaz. Pal. 20 avril 1951*).

Dans l'*Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial*, t. I, 1980, 2^e éd., *verbo* «Arbitrage commercial», on peut lire au n° 57:

57. La clause compromissoire, analysée comme une prorogation conventionnelle de juridiction (Paris, 27 juin 1957, J.C.P. 1958. IV. 96; 14 mai 1959, D. 1959.437), rend indiscutablement incompétentes les juridictions de droit commun (Civ. 9 janv. 1933, D.H. 1933. 164, S. 1933. 1. 145; 27 févr. 1939, *Gaz. Pal.* 1939. 1. 678; 22 janv. 1946, D. 1946.239; Com. 11 oct. 1954, *Rev. arb.* 1955. 58; Paris, 23 févr. 1959, *ibid.*, 1959.87). Il importe peu de savoir s'il s'agit d'une incompétence relative ou absolue, *ratione loci* ou *materiae*, puisque les parties doivent nécessairement soulever cette exception *in limine litis* (V. Décr. n° 72-684 du 20 juill. 1972, art. 14, D. 1972. 428).

S'il était loisible au législateur français d'imposer que l'incompétence *ratione materiae* soit soulevée dès le début de l'instance à peine de forclusion au même titre que l'incompétence *ratione personae*, il en est autrement ici. C'est qu'en France

is different here. In France, all levels of jurisdiction derive their authority from the same source. By providing that if lack of jurisdiction *ratione materiae* is not raised within a specified time it can no longer be raised, the French legislature is able to confer on the court hearing the case the jurisdiction needed to proceed with the matter. That is not entirely possible here, where for example some courts derive their authority from the provincial legislator and others from the federal legislator. Accordingly, a provision of the *Code of Civil Procedure* stipulating that unless a declinatory exception is made within the specified time limits the Superior Court has jurisdiction, would be inapplicable in a case where the matter falls within the exclusive jurisdiction of the Federal Court. In any event, art. 164 *C.C.P.* still provides that lack of jurisdiction *ratione materiae* may be raised at any stage of the case. The question is therefore still an important one and the Court must determine whether the Superior Court's lack of jurisdiction as the result of an undertaking to arbitrate is of this nature.

As the *Cour de cassation* and the *Cour de Paris* in the foregoing decisions did prior to the amendment of the French Code, and as the Superior Court did in *Prevost Silk (supra)*, I have come to the conclusion that this is a case of lack of jurisdiction *ratione materiae*. When the legislature expressly provides that the Court "cannot [...] enquire into the merits of the contestation", it is the Court's jurisdiction by reason of the subject matter that it is removing.

I recognize that since the lack of jurisdiction results from the agreement between the parties, the latter can waive the undertaking to arbitrate, as the Court held in *Caribou Construction (supra)*. That is certainly not the case in the proceeding at bar, where the arbitration has in fact taken place on the appellant's initiative and an award has been made. Additionally, it certainly cannot be said that by its subsequent actions respondent waived the clause, since it is cited as a ground of defence in its plea on the merits.

Any other conclusion would seem to limit the practical effect of this new provision included in the revision of the *Code of Civil Procedure* by the

tous les ordres de juridiction tirent leur compétence de la même source. En décrétant qu'à défaut d'avoir été soulevée dans un délai restreint l'incompétence *ratione materiae* ne peut plus l'être, le législateur français se trouve à investir le tribunal saisi de la compétence requise pour poursuivre l'affaire. Cela n'est pas possible de façon complète ici où, par exemple, les tribunaux tirent leur compétence les uns du législateur provincial, les autres du législateur fédéral. Ainsi une disposition du *Code de procédure civile* qui stipulerait qu'à défaut d'une exception déclinatoire dans les délais la Cour supérieure a compétence, serait inapplicable dans le cas où la matière ressortit à la compétence exclusive de la Cour fédérale. Quoi qu'il en soit l'art. 164 *C.p.c.* porte toujours que l'incompétence *ratione materiae* peut être soulevée en tout état de cause. La question conserve donc toute son importance et il faut bien déterminer si l'incompétence de la Cour supérieure résultant d'une clause compromissaire est de cette nature.

M'inspirant des arrêts précités de la Cour de cassation et de la Cour de Paris antérieurs à la modification du Code français, et du jugement de la Cour supérieure dans *Prevost Silk* (précité), je formule l'avis qu'il s'agit d'une incompétence *ratione materiae*. Lorsque le législateur stipule expressément que le tribunal «ne peut [...] s'enquérir du fond de la contestation», c'est la compétence du tribunal en raison de la matière qu'il retire.

Je conviens que puisque l'incompétence découle de la convention entre les parties, celles-ci puissent renoncer à la clause compromissaire comme il fut décidé dans l'arrêt *Caribou Construction* (précité). Ce n'est certainement pas le cas en l'espèce alors que l'arbitrage a de fait eu lieu à l'initiative de l'appelante et qu'une sentence a été rendue. Par ailleurs, l'on ne peut certainement pas dire que par son comportement ultérieur l'intimée a renoncé à la clause puisqu'elle l'invoque comme moyen de défense dans son plaidoyer au fond.

Conclure autrement me paraîtrait faire peu de cas de cette institution nouvelle consacrée lors de la révision du *Code de procédure civile* par le

legislature, who has directed that when a dispute has arisen the parties must execute a submission; that if one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge makes such appointment and states the objects in dispute; that the arbitration must take place; and that when a homologation of the award is requested,

The court before which such suit is brought may examine into any grounds of nullity which affect the award or into any other question of form which may prevent its being homologated; it cannot, however, enquire into the merits of the contestation.

Otherwise, a party who was not satisfied with an arbitration award could, as appellant sought to do in the case at bar, ignore the undertaking to arbitrate, ignore the arbitration award and proceed in the usual way, and if its opponent did not file a declinatory exception within five days, it would be as if the agreement between the parties and the *Code of Civil Procedure* itself had never existed.

In my view, the Superior Court's lack of jurisdiction could be raised at any stage of the case, and appellant's third argument should be dismissed.

4. DID AN APPEAL LIE FROM THE SUPERIOR COURT'S JUDGMENT DISMISSING THE DECLINATORY EXCEPTION?

This argument, appellant told the Court, was also raised in the Court of Appeal which did not deal with it.

The argument is entirely without basis.

The Court of Appeal has held since 1935 that a judgment dismissing a motion for a declinatory exception can be appealed: *St. Lawrence Starch Co. v. Canada Starch Co.* (1935), 58 Que. K.B. 469.

In his *Manuel de la Cour d'appel*, Montreal, 1941, Adjutor Rivard J. writes at p. 103, No. 193.2:

[TRANSLATION] 2. On an interlocutory judgment dismissing a declinatory exception, the effect of which could only be to have the action dismissed, it was first held that leave to appeal had to be denied because, by

législateur qui a décrété que lorsque le différend est né les parties doivent passer compromis; que si l'une d'elles s'y refuse et ne nomme pas d'arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge; que l'arbitrage doit avoir lieu et que sur demande d'homologation de la sentence:

Le tribunal saisi peut entrer dans l'examen des nullités dont la sentence pourrait être entachée ou des autres questions de forme qui peuvent en empêcher l'homologation; il ne peut toutefois s'enquérir du fond de la contestation.

Autrement une partie non satisfaite de la sentence arbitrale pourrait, comme l'appelante a tenté de le faire en l'espèce, ignorer la clause compromissoire, ignorer la sentence arbitrale et procéder en la manière ordinaire et s'il arrivait que la partie adverse ne présente pas une exception déclinatoire dans les cinq jours, ce serait comme si la convention entre les parties et le *Code de procédure civile* lui-même n'avaient jamais existé.

A mon avis, l'incompétence de la Cour supérieure pouvait être soulevée en tout état de cause et le troisième moyen de l'appelante doit être rejeté.

4. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE REJETANT L'EXCEPTION DÉCLINATOIRE ÉTAIT-IL SUSCEPTIBLE D'APPEL?

Ce moyen, nous dit l'appelante, a également été soulevé en Cour d'appel qui toutefois n'en a pas traité.

Ce moyen est dénué de tout fondement.

La Cour d'appel a décidé depuis 1935 déjà que le jugement rejetant une requête pour exception déclinatoire est susceptible d'appel: *St. Lawrence Starch Co. c. Canada Starch Co.* (1935), 58 B.R. 469.

Le juge Adjutor Rivard dans son *Manuel de la Cour d'appel*, Montréal, 1941, écrit à la p. 103, n° 193.2:

2. D'un interlocutoire qui rejette une exception déclinatoire dont l'effet ne pourrait être que de faire rejeter l'action, on avait d'abord jugé que la permission d'appeler devait être refusée, parce que le jugement final

revising the interlocutory judgment, the final judgment could correct the error; however, the Court of Appeal altered its previous rulings on this point: it grants leave in this case on the ground that, under art. 166 C.C.P., "the declinatory exception is first disposed of, and the other exceptions are then decided by the competent court". It desires that the declinatory exception should be disposed of first by a judgment of last resort, in order to avoid having other exceptions and even the merits decided by a court which could later be found to lack jurisdiction.

Article 161 of the new Code restates the principle of the old art. 166 in its second paragraph, that the court first decides the declinatory exception. The rulings of the Court of Appeal since 1966 are the same on this point as its previous decisions: *Herbert Matz (Canada) Ltd. v. Arnsteiner*, [1976] R.P. 22; *Lafleur v. Hillinger*, [1976] R.P. 28; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. v. Leesona Corporation*, [1976] C.A. 395.

5. EXEMPLIFICATION OF AN ARBITRATION AWARD MADE ABROAD

Appellant submitted that the undertaking to arbitrate provides for arbitration abroad and that the arbitration award resulting from that arbitration is subject to the rules of the *Code of Civil Procedure* regarding the exemplification of judgments (art. 178). It contended that unless these rules are complied with the award is not enforceable. In my view this point would be relevant if the issue related to the arbitration award, as for example in the case of an application to homologate the award. However, in the case at bar in order for respondent to make its declinatory exception it is not necessary for an arbitration to have taken place or for an award to have been made. Since the case is one of lack of jurisdiction *ratione materiae*, the mere presence of an undertaking to arbitrate suffices to bar appellant's action in the Superior Court. It is therefore not necessary to rule on the conditions required to make an arbitration award made abroad executory in Quebec, and I shall refrain from doing so.

pouvait, en revisant l'interlocutoire, remédier au mal; cependant, la Cour d'appel a modifié sur ce point sa jurisprudence: elle accorde, en ce cas, la permission, par le motif que, suivant l'art. 166 du C.P.C., «l'exception déclinatoire doit être d'abord vidée et les autres moyens sont ensuite décidés par le tribunal compétent.» Elle entend que le déclinatoire soit vidé d'abord par un jugement de dernier ressort, pour éviter que les autres moyens et le fond même ne soient décidés par un tribunal qui serait plus tard déclaré incompétent.

L'article 161 du nouveau Code reprend en son deuxième alinéa le principe de l'ancien art. 166 à l'effet que le tribunal se prononce d'abord sur l'exception déclinatoire. La jurisprudence de la Cour d'appel depuis 1966 est la même sur cette question que sa jurisprudence antérieure: *Herbert Matz (Canada) Ltd. c. Arnsteiner*, [1976] R.P. 22; *Lafleur c. Hillinger*, [1976] R.P. 28; *Sinyor Spinners of Canada Ltd. c. Leesona Corporation*, [1976] C.A. 395.

5. L'EXEMPLIFICATION D'UNE SENTENCE ARBITRALE PRONONCÉE À L'ÉTRANGER

L'appelante soumet que la clause compromissoire stipule un arbitrage à l'étranger et que la sentence arbitrale qui résulte de cet arbitrage est soumise aux règles du *Code de procédure civile* relatives à l'exemplification des jugements (art. 178). À défaut de se conformer à ces règles, la sentence est, dit-elle, sans effet. Cette question serait pertinente, à mon avis, s'il s'agissait d'un litige portant sur la sentence arbitrale, tel par exemple une demande d'homologation de la sentence. Mais en l'espèce pour que l'intimée fasse valoir son moyen déclinatoire, il n'était pas nécessaire qu'un arbitrage ait eu lieu ni qu'une sentence ait été rendue. Puisqu'il s'agit d'incompétence *ratione materiae* la seule présence de la clause compromissoire suffisait à faire échec à l'action de l'appelante devant la Cour supérieure. Il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur les conditions requises pour conférer à une sentence arbitrale prononcée à l'étranger un caractère exécutoire au Québec et je m'en abstiens.

6. NULLITIES WHICH MAY AFFECT THE
ARBITRATION AWARD

For the same reasons as I have stated in connection with appellant's fifth argument, there is no need to rule on this argument, but I would make one observation concerning it. It is a general statement found in appellant's reply to respondent's plea on the merits, which appellant further brought forward as a ground of appeal in this Court. This general statement is not substantiated by any particulars nor by any documents or other foundation.

For these reasons, I am of the view that the appeal should be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Mendelson, Gross, Pinsky, Dizgun, Zelman, Montreal.

Solicitor for the respondent: Jan Zascinski, Montreal.

6. LES NULLITÉS DONT SERAIT ENTA-
CHÉE LA SENTENCE ARBITRALE

Pour les mêmes motifs que ceux que j'ai exprimés relativement au cinquième moyen de l'appelante, il n'y a pas lieu de se prononcer sur celui-ci au sujet duquel je ferai une seule observation. Il s'agit d'un énoncé général que l'on trouve dans la réponse de l'appelante au plaidoyer au fond de l'intimée et que l'appelante a repris comme moyen d'appel devant cette Cour. Cet énoncé général n'est nullement circonstancié, ni appuyé sur des documents ou autrement.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Mendelson, Gross, Pinsky, Dizgun, Zelman, Montréal.

Procureur de l'intimée: Jan Zascinski, Montréal.