CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION CIVILE

LOI SUR L'ARBITRAGE NATIONAL

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU GROUPE DE TRAVAIL

Toronto, Ontario
Août 2014

3,466 words

PROJET RELATIF À LA LOI SUR L'ARBITRAGE NATIONAL DE LA CHLC
Recommandations stratégiques et points à prendre en considération

Rapport du groupe de travail

Août 2014

Contexte

[1] Il s'agit d'un rapport préliminaire des activités et de l'orientation future proposées du Groupe de travail sur la loi sur l'arbitrage de la CHLC. Les membres du Groupe de travail invitent les membres de la Conférence à formuler des commentaires et à fournir des directives qu'ils jugeraient utiles à l'égard de ses travaux.

[2] Les délégués doivent se rappeler que la création du groupe de travail a été approuvée par les membres de la Conférence en 2011 aux fins des révisions éventuelles de la *Loi uniforme sur l'arbitrage* et de son homologue de la même époque, la *Loi uniforme sur l'arbitrage commercial international*. Le Groupe de travail a recommandé, et les membres de la Conférence ont souscrit à cet avis, que ses travaux soient effectués en deux étapes. La première étape portait sur l'arbitrage international et a abouti en mars 2014 à l'adoption officielle par la CHLC d'une nouvelle *Loi uniforme sur l'arbitrage commercial international* (ci-après, la « **LUACI** »). Le Groupe de travail procède désormais à la seconde étape concernant une loi d'arbitrage national.

[3] En 1990, les membres de la Conférence ont adopté la *Loi uniforme sur l'arbitrage* (ci-après la « **LUA** » ou la « **Loi** ») en vue qu'elle serve de modèle aux lois provinciales et territoriales en ce qui a trait à la gouvernance de l'arbitrage national (c.-à-d. non international) au Canada. La LUA a remporté un franc succès. Elle a été adoptée précisément dans six provinces. De plus, les dispositions législatives de la Colombie-Britannique sont également très cohérentes, étant donné qu'elles ont été établies sur le même modèle. La jurisprudence sur l'interprétation et la mise en œuvre de la Loi est considérable, sachant que l'arbitrage a gagné en popularité en tant que processus de rechange au système judiciaire principalement quant à la résolution des différends commerciaux.

[4] La pratique en matière d'arbitrage national s'est accrue tant au niveau du volume, qu'au niveau de la complexité et de la sophistication. Elle est devenue une méthode courante de règlement des différends au Canada. Le nombre de parties, d'avocats et d'arbitres qui participent au processus a considérablement augmenté au cours des trois dernières décennies. L'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada Inc., créé grâce à la fusion de plusieurs organisations précédentes et à des organismes affiliés des provinces à l'échelle nationale, gère les arbitrages nationaux en vertu de ses règles d'arbitrage nationales. Le British Columbia International Commercial Arbitration Centre gère un grand nombre d'arbitrages nationaux; il en est de même pour plusieurs autres organisations régionales.

Aperçu du Rapport

[5] Le présent document décrit à la **Partie « A »** les directives stratégiques de base que le Groupe de travail recommande pour la poursuite de ses travaux. Il accueille volontiers tout commentaire des membres de la Conférence sur ces recommandations.

[6] La **Partie « B »** décrit certains des choix stratégiques détaillés qui se sont présentés au Groupe de travail dans le cadre de ses travaux jusqu'à présent. Très peu d'entre eux sont définitifs. Même si on accueille volontiers tout commentaire à cet égard, les membres de la Conférence peuvent s'attendre à ce qu'ils soient traduits dans un projet de loi qui fera l'objet d'une discussion lors de la réunion prévue en 2015.

[7] Le Groupe de travail est présidé par Gerald W. Ghikas, c.r., FCI Arb., Arb. A. Ce dernier a également dirigé la première étape du projet de loi sur l'arbitrage international. Compte tenu des répercussions éventuellement plus générales de la seconde étape du projet d'arbitrage national, le Groupe de travail a augmenté le nombre de ses membres afin de pouvoir compter sur d'autres experts dans le domaine et en matière de compétence. **L'annexe « I »** de ce Rapport dresse la liste des membres du Groupe de travail.

PARTIE A :
Recommandations stratégiques

Recommandation stratégique n° 1 : uniformité

[8] Tout en reconnaissant que le régime de droit civil du Québec puisse nécessiter des approches différentes à l'égard de certaines questions, une loi uniforme sur l'arbitrage national est souhaitable.

[9] La CHLC a reconnu l'importance de ce principe lorsqu'elle a créé la LUA actuelle. Comme c'était le cas alors, des modifications en droit et en pratique en matière d'arbitrage justifient un examen et une mise à jour des dispositions législatives, mais il serait préférable de mettre en œuvre de telles mises à jour d'une manière harmonisée et uniforme dans la mesure du possible à l'échelle nationale. Au fil du temps, il y a eu certaines divergences par rapport à la Loi uniforme dans la loi en matière d'arbitrage national telle qu'adoptée, et il semble souhaitable de réduire les disparités tout en tirant profit des pratiques exemplaires de l'ensemble des administrations.

[10] En outre, l'importance pratique de l'uniformité est démontrée par ce qui suit :

- **Parties** : les utilisateurs canadiens s'attendent à ce que l'approche soit uniforme, peu importe le lieu à l'échelle nationale dans lequel leur arbitrage siège.
- **Praticiens** : les professionnels canadiens agissent à titre d'avocats spécialisés en arbitrage et d'arbitres partout au pays; c'est devenu une pratique nationale.

- **Principes/Procédures** : à des degrés divers, dans certaines régions du Canada, le processus d'arbitrage n'a pas répondu aux attentes des utilisateurs étant donné que les avocats et les tribunaux ont, de manière inappropriée, eu tendance à prendre comme modèles les processus judiciaires. En vue de préserver l'efficacité de l'arbitrage en tant que solution de rechange accessible aux procédures judiciaires, il est souhaitable de réitérer certains principes et objectifs communs de l'arbitrage, comme la proportionnalité, la flexibilité et l'autonomie des parties.

Recommandation stratégique n° 2 : application générale

[11] Selon le Groupe de travail, l'application de la nouvelle loi uniforme ne devrait pas se limiter à l'arbitrage « commercial ». Il devrait s'agir d'une loi d'application générale assortie d'exclusions particulières. Il semble que cela soit cohérent avec l'approche adoptée dans la plupart des provinces et des territoires. Cela étant dit, il conviendrait peut-être de se pencher sur certains aspects des types d'arbitrage précis dans les parties distinctes de la nouvelle Loi.

Recommandation stratégique n° 3 : un autre régime

[12] La nouvelle Loi uniforme devrait reconnaître qu'en choisissant l'arbitrage, on choisit de participer à un autre régime de règlement des différends, un substitut aux procédures judiciaires, qui ne vise pas à reproduire les processus judiciaires ou simplement à en être un prélude.

[13] Selon le consensus actuel des utilisateurs (comme cela sera déterminé dans le cadre de consultations plus globales), la nouvelle Loi uniforme devrait adopter l'approche internationale par rapport à l'appel et à la révision des sentences arbitrales (*c.-à-d.* aucun droit d'appel ou de révision pour les erreurs de faits ou de droit) ou indiquer qu'il n'y a aucun droit d'appel ou de révision des sentences à l'égard de questions de droit ou de questions mixtes de fait et de droit *à moins* que les parties en conviennent expressément (*c.-à-d.* par défaut « aucun appel ou aucune révision »).

Recommandation stratégique n°4 : arbitrabilité et compétence

[14] La nouvelle Loi uniforme devrait adopter une approche libérale par rapport à la question de l'arbitrabilité et de la compétence des arbitres pour ce qui est de l'élaboration d'une réparation appropriée. En général, les parties devraient être en mesure de régler tout différend qui pourrait l'être à l'amiable.

Recommandation stratégique n°5 : valeurs importantes et souplesse

[15] La nouvelle Loi uniforme doit établir un juste équilibre entre le cautionnement d'une souplesse générale en matière procédurale et la protection des valeurs arbitrales clés, en vue de préserver la

souplesse requise aux fins de l'adaptation du processus aux exigences de chaque dossier. Les questions concernant les normes nationales qui devraient être établies comprennent, la qualification et la récusation des arbitres ou leurs obligations en matière de divulgation, le régime d'attribution des frais et des dépens, et les limites de la responsabilité des arbitres.

Recommandation stratégique n°6 : intervention du tribunal judiciaire (limites)

[16] La nouvelle Loi uniforme devrait fournir des directives claires aux tribunaux quant à la nature et à la portée des pouvoirs arbitraux, et quant aux limites de l'intervention judiciaire. Cela est nécessaire en vue de veiller au respect par les tribunaux du caractère distinct de la souplesse procédurale de l'arbitrage.

Recommandation stratégique n°7 : traduire les attentes des utilisateurs

[17] Reconnaissant l'importance de l'autonomie des parties dans le contexte arbitral, la nouvelle Loi uniforme devrait traduire et guider les attentes des utilisateurs.

PARTIE B :
Questions particulières découlant de la *Loi uniforme sur l'arbitrage* actuelle

[18] Le Groupe de travail a, jusqu'à la rédaction du présent rapport, examiné en détail près de la moitié de la Loi uniforme actuelle. Cette partie souligne certains des principaux éléments de discussion jusqu'à présent.

***Article 2 – Application de la* Loi** [recommandation stratégique n°2]

- Quels types de différends, le cas échéant, devraient être exclus de la Loi? Y a-t-il des différends concernant l'application de seulement certaines parties de la Loi qui devraient être exclus? Y a-t-il certains types de différends pour lesquels il est nécessaire d'élaborer des parties distinctes dans la Loi?

- La Loi devrait-elle s'appliquer aux arbitrages en matière familiale? → Probablement, mais il faut peut-être prévoir des mesures d'accommodement par rapport aux règles obligatoires du droit de la famille des autorités adoptantes (qui n'est pas le sujet de la loi uniforme sur la plupart des points). La C.-B. et l'Ontario ont récemment modifié leurs lois sur l'arbitrage dans ce même ordre d'idées. Une conversation initiale avec le groupe fédéral et provincial des avocats principaux spécialisés en droit de la famille a indiqué un certain intérêt à ce sujet, mais aucune décision n'a été prise quant à la manière dont on pourrait traiter l'arbitrage en matière familiale dans une loi générale sur l'arbitrage. Les consultations à ce sujet se poursuivront.

- La Loi devrait-elle s'appliquer à l'ensemble de l'arbitrage établi par d'autres lois, à moins d'une exclusion expresse? → Probablement. Même si les arbitrages en matière de relations du travail sont un domaine d'exclusion clair, dans le cadre de la pratique actuelle, on exclut l'application de la *Loi sur l'arbitrage* dans les lois portant sur les relations du travail elles-mêmes. La Loi uniforme actuelle (par. 2(2)) prévoit l'application de la Loi à tout arbitrage

prévu par toute autre loi, même si toute règle particulière de toute autre loi prévaut en cas de différend. On devrait vraisemblablement continuer d'adopter cette approche.

- Que devrait prévoir la Loi quant à son application aux différends internationaux, le cas échéant? Les parties aux prises avec un différend national ou international devraient-elles pouvoir adhérer à la loi qui régit *prima facie* leur arbitrage, ou s'en soustraire? Ne devrait-on pas tenter de protéger les parties contre une rédaction peu judicieuse et une adhésion ou un retrait involontaire, ou cette approche est-elle trop paternaliste? Pouvons-nous/devrions-nous empêcher les parties de se soustraire à une loi sans d'un autre côté, adhérer à une autre?

- La Loi devrait-elle prévoir clairement que (sauf certains articles particuliers comme la mise en œuvre) elle ne s'applique que lorsque le lieu de l'arbitrage est dans le ressort ayant légiféré? Devrait-on définir le concept « du siège de l'arbitrage » qui en général détermine le droit procédural de l'arbitrage? Faut-il composer avec les parties qui participent à un arbitrage dans un lieu particulier, mais préciser l'application de la loi d'un autre ressort?

- De quelle manière devrait-on traiter les questions de transition? La nouvelle Loi devrait-elle s'appliquer à tout arbitrage engagé après l'entrée en vigueur de la Loi, indépendamment de la date de conclusion de l'entente sous-jacente d'arbitrage? → En général, les lois de nature procédurale s'appliquent aux procédures dès leur entrée en vigueur, et la Loi sur l'arbitrage est de nature procédurale et non substantielle. La tendance au sein du sous-groupe était que la nouvelle Loi s'applique même aux arbitrages en cours dès l'entrée en vigueur de celle-ci; toutefois les membres ont exprimé une certaine hésitation quant à la modification des attentes pour les questions comme les droits d'appel à l'égard d'un arbitrage qui a déjà commencé.

Article 3 – Impartition [recommandation stratégique n°5]

- La Loi établit une liste de dispositions auxquelles les parties ne peuvent déroger sur consentement. Cette liste est-elle appropriée?

Articles 5 et 6 – Intervention du tribunal judiciaire [recommandations stratégiques n°3 et n°6]

- Serait-il utile de faire état de la loi applicable à l'interprétation d'une convention d'arbitrage?

- Les contrats d'adhésion devraient-ils être traités différemment pour ce qui est de la capacité « d'accès » aux tribunaux?

  - Le Groupe de travail a indiqué que les clauses d'arbitrage sont largement utilisées aux États-Unis, et dans une certaine mesure au Canada, pour contraindre les consommateurs à renoncer à leurs droits de participer à des recours collectifs portant sur des revendications régies par la clause d'arbitrage. Vaut-il la peine d'envisager une disposition particulière pour éviter cette situation? Serait-il utile d'établir un régime pour les arbitrages collectifs?

  - Lors de l'élaboration de la Loi uniforme actuelle, on avait décidé que les questions liées à la protection de consommateurs relèveraient des lois en la matière (qui ne sont pas uniformes à l'échelle nationale, à l'exception de certains sujets pointus). Le Groupe de travail voudra peut-être revoir ce principe, étant donné l'utilisation importante des clauses d'arbitrage mentionnées, ce qui n'était pas monnaie courante en 1990.

- Lorsque l'on examine les articles relatifs au droit de solliciter des mesures provisoires auprès d'une instance, doit-on aborder la question des mesures provisoires que seul un tribunal peut

ordonner (*p. ex.* des ordonnances de saisie-arrêt avant jugement – qui sont ex parte en C.-B.), et autoriser des demandes de nature judiciaire à cet égard?

- Est-il nécessaire de prévoir une disposition qui établisse une distinction entre une sentence et une ordonnance de nature procédurale, et aux termes de laquelle les tribunaux ne peuvent ou ne devraient pas remettre en question les ordonnances de nature procédurale rendue par des arbitres?

- Devrait-il y avoir différents niveaux d'intervention acceptable selon le nombre d'arbitres (un ou trois)?

Article 7 – Sursis [recommandations stratégiques n°3, n°4 et n°6]

- Il est essentiel au processus d'arbitrage et au concept de l'autonomie des parties en vertu duquel les parties peuvent s'engager elles-mêmes à ce que leurs différends soient tranchés par processus d'arbitrage hors du système judiciaire, que les dispositions législatives applicables comprennent des mesures visant à contraindre les parties à respecter leur engagement de faire appel à l'arbitrage. L'objet de l'article 7 est d'arriver à cette fin en imposant au tribunal de suspendre une action intentée par une partie à l'arbitrage concernant une question relevant de la convention d'arbitrage.

- Toutefois, il peut y avoir certaines difficultés lorsqu'une partie introduit une instance à l'égard de certaines revendications qui entrent dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage et d'autres qui n'y sont pas visées. La *Loi uniforme sur l'arbitrage* actuelle tente de répondre à cet enjeu aux paragraphes 7(3) et 7(4) en conférant au tribunal le pouvoir de refuser un sursis si selon lui, on ne peut raisonnablement établir une distinction entre les questions faisant l'objet d'un arbitrage et celles qui n'y sont pas assujetties. L'effet du refus de la Cour d'octroyer un sursis est de passer outre la convention d'arbitrage des parties et de leur demander d'intenter un recours concernant des questions qu'elles avaient convenu de trancher par arbitrage.

- Compte tenu des discussions menées à ce jour, les membres du Groupe de travail s'entendent pour dire que ces dispositions revêtent une importance capitale et que la nouvelle Loi uniforme doit établir un juste équilibre.

- Cependant, il y a encore certaines questions importantes auxquelles il faut répondre comme :

  - De quelle manière la Loi peut-elle éviter des abus de la part des parties qui cherchent à contourner l'arbitrage en incluant dans un litige (i) des parties non signataires ou (i) des revendications qui n'entrent pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage, tout en respectant la convention d'arbitrage et ses limites, mais sans pour autant entraver indûment l'accès aux tribunaux?

  - Dans quelles circonstances, s'il y a lieu, les questions d'arbitrabilité doivent-elles être tranchées par les tribunaux ou les arbitres?

Article 8 – Pouvoir du tribunal judiciaire [recommandations stratégiques n°3 et n°6]

- La Loi actuelle prévoit-elle des mécanismes dans l'éventualité où les parties respectives à un arbitrage pourraient présenter des demandes concomitantes de mesures provisoires, une auprès du tribunal et un autre auprès d'un arbitre? Le devrait-elle?

- Les paragraphes 8(4) et 8(5) actuels de la Loi portent sur le regroupement des arbitrages, mais n'envisage l'intervention du tribunal que lorsque toutes les parties y ont convenu. Compte tenu du principe fondamental de l'autonomie des parties, devrait-on envisager de prévoir une disposition qui aurait pour effet de contraindre les parties à convenir du regroupement des arbitrages par la mise en place de mesures comme l'imposition de dépens pour désaccords?

- Devrait-on prévoir une disposition en matière d'arbitrages collectifs lorsque plusieurs parties ont signé la même entente contenant une clause en matière d'arbitrage?

- Dans le contexte du sursis et de la consolidation, lorsque les questions sous-jacentes comprennent le désir d'éviter la multiplicité des procédures et l'incohérence des résultats, tout en respectant le choix du forum, y a-t-il un moyen pour les tribunaux et les arbitres de partager la compétence et de coordonner leurs efforts de manière plus efficace?

Article 9 – Nombre d'arbitres [recommandations stratégiques n°5 et n°7]

- Lorsque les parties ne se sont pas entendues sur un nombre, la Loi actuelle prévoit un arbitre (par défaut). Devrait-on prévoir trois arbitres (par défaut)?

- Y a-t-il un avantage à prévoir trois arbitres par défaut, si on écarte les appels de plein droit?

Article 10 –Nomination (tribunal arbitral) [recommandations stratégiques n°5, n°6 et n°7]

- Plutôt que de décider immédiatement par défaut de la nomination par le tribunal, ne devrait-on pas habiliter celui-ci à établir un mécanisme prévoyant la nomination par les parties, leur renvoyant ainsi la balle?

- La disposition en matière de nomination devrait-elle comprendre certaines directives ou normes qui doivent être appliquées par le tribunal lors d'une nomination?

Articles 13 et 15 – Contestation ou retrait de l'arbitre [recommandations stratégiques n°3, n°5 et n°7]

- Il s'agit essentiellement d'empêcher les parties « d'exploiter » le système en se fondant sur des contestations antérieures ou postérieures à l'arbitrage en vue de retarder le processus. En vue d'y parvenir :

    - Devrait-on ajouter des dispositions sur l'immunité des arbitres à l'égard de la responsabilité civile, en l'absence de faute lourde, de mauvaise foi ou de fraude?

    - Devrait-on ajouter une disposition semblable à l'article 25 de la loi anglaise qui confère aux arbitres le droit de demander l'absolution auprès du tribunal?

- Dans quelles circonstances devrait-on habiliter un tribunal à intervenir dans le processus et à décider du retrait d'un arbitre indépendant et impartial qui satisfait aux qualifications contractuelles?

    - En cas de fraude et de corruption?

    - En cas d'incapacité mentale?

    - En cas de mauvaise santé?

- En cas de conduite d'audience non équitable?
- En cas de retard injustifié?

- D'autre part, de telles questions devraient-elles être examinées lors de la procédure de contestation ou en vue d'annuler ou de justifier l'exécution de la sentence?

Articles 17 et 18 – Compétence du tribunal arbitral [recommandations stratégiques n°4, n°6 et n°7]

- La Loi uniforme devrait-elle préciser si le tribunal arbitral ou le tribunal doit être le premier à répondre à une question en matière de compétence? Quelle position par défaut devrait-on adopter dans le contexte des pratiques et des points de vue différents reconnus ci-après :
  - **Première approche (CSC)** : la réponse dépend de la nature de l'objection : question de droit, question de fait, ou question mixte de fait et de droit.
  - **Deuxième approche (« A » - international)** : Préférence accordée au tribunal arbitral, en particulier, si celui-ci est déjà formé lorsque la question est soulevée.
  - **Troisième approche (« B » - international)** : Il n'est pas nécessaire de prévoir une approche particulière. Il appartient plutôt aux instances de décider en tenant compte de la date à laquelle la question est posée et à qui cette dernière s'adresse.
- Quels délais, le cas échéant, devrait-on imposer pour soulever de telles questions?
- Dans la mesure où le tribunal doit répondre à la question, la Loi devrait-elle préciser le tribunal compétent?
- Devrait-on préciser que les motifs de révision d'une objection sont les mêmes que la décision soit prise à titre de question préliminaire ou examinée dans la sentence définitive? Devrait-on également préciser qu'une décision préliminaire en matière de compétence ou une autre contenue dans la sentence définitive n'est pas susceptible d'appel?
- Devrait-on inclure la liste contenue dans la loi type de 2006 concernant les ordonnances particulières susceptibles d'être rendues par le tribunal concernant la rétention, la préservation ou l'inspection de biens et de documents? En outre ou subsidiairement, devrait-on limiter les ordonnances des arbitres à celles que les tribunaux compétents sont susceptibles de rendre?

Articles 31, 32 et 33 – Sentences et normes en matière d'arbitrage [recommandations stratégiques n°7]

- Devrait-on préciser que les arbitres peuvent trancher un différend selon d'autres normes établies distinctes du « droit applicable »?
- Quelle est la différence entre « le droit » et la « primauté du droit »? De quelle manière, le cas échéant, cette distinction devrait-être précisée ou abordée dans la nouvelle LUA?

Article 45 – Appels [recommandations stratégiques n°3, n°5 et n°6]

- Sachant que l'arbitrage vise à créer un autre régime de règlement des différends, mais reconnaissant les diverses approches gouvernementales en matière d'appel, la nouvelle LUA

devrait-elle ou non autoriser des appels sur le bien-fondé de la sentence arbitrale ou encore sur consentement des parties?

- Lorsque l'entente des parties n'aborde pas la question des droits d'appel, quelle « position par défaut » devrait adopter la nouvelle LUA (*c.-à-d.* régime d'adhésion ou de retrait)?

- Indépendamment de l'entente des parties, la portée de l'appel devrait-elle être limitée aux points de droit uniquement?

- Devrait-il y avoir certaines exigences quant à l'octroi d'une « autorisation d'interjeter appel » d'une sentence arbitrale sur le fond? Le cas échéant, quels critères devraient guider de telles demandes?

- Reconnaissant l'efficacité visée de l'arbitrage, les appels devraient-ils être instruits directement par la Cour d'appel? Dans le même ordre d'idées, quel préjudice ou quelle confusion pourrait survenir, si certaines contestations étaient déposées devant un tribunal d'instance inférieure, sachant que d'autres sont présentées directement devant la Cour d'appel?

- Devrait-on préciser que les arbitres peuvent trancher le différend selon d'autres normes établies distinctes du « droit applicable »?

[19] Il reste encore à examiner bon nombre de questions. Le Groupe de travail continuera ses délibérations en septembre, sous réserve des instructions de la Conférence.

****