

Les clauses de médiation et d'arbitrage dans les contrats

34^e colloque de l'ADARUQ
23 novembre 2017

Steve McInnes, *MBA*
Médiateur et arbitre accrédité



Situation des PRD au Québec

- Nouveau Code de procédure civile (1^{er} janvier 2016)
- Nouvelle attitude
- Médiation en matière civile et commerciale

« Obligation de considérer »

Art.1 NCPC (3^e alinéa)

« Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. »

3 modes identifiés par le législateur

Art.1 NCPC (2^e alinéa)

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

Définition de la médiation (1)

« Un processus de décision à la suite d'un dialogue et d'une négociation assistée ou facilitée par un tiers neutre et impartial, sans pouvoir décisionnel, librement choisi par les parties en vue de régler une situation problématique de façon amiable et mutuellement acceptable et, idéalement, rétablir ou bonifier la relation ».

Jean-François Roberge
La justice participative

Définition de la médiation (2)

Le NCPC propose plutôt une description des multiples rôles du médiateur.

L'art. 605 prévoit que le médiateur aide les parties à :

- a) dialoguer;
- b) clarifier leur point de vue;
- c) cerner leur différend;
- d) identifier leurs besoins et leurs intérêts;
- e) explorer des solutions; et
- f) parvenir, s'il y a lieu, à une entente mutuellement satisfaisante.

Mais il ne décide pas du résultat!

Diverses approches en médiation

- Axée sur le règlement
- Évaluative
- Facilitante / Intégrative
- Transformatrice

Définition de l'arbitrage (1)

L'art. 620 du NCPC prévoit les multiples rôles potentiels de l'arbitre:

« L'arbitrage consiste à confier à un arbitre la mission de trancher un différend conformément aux règles de droit et, s'il y a lieu, de déterminer les dommages-intérêts ».

« Dans tous les cas, il décide conformément aux stipulations du contrat qui lie les parties et tient compte des usages applicables ».

Définition de l'arbitrage (2)

(Art. 620 du NCPC; suite)

« L'arbitre peut agir en qualité d'amiable compositeur si les parties en ont convenu.

Il entre aussi dans sa mission, si les parties le lui demandent et que les circonstances s'y prêtent, de tenter de concilier les parties et, avec leur consentement exprès, de poursuivre l'arbitrage si la tentative échoue ».

Référence à la notion de « MED-ARB » ou « ARB-MED-ARB »

Types d'arbitrage

- Ad hoc
- Conventionnel (contrat)
- Institutionnel (art.624, NCPC, 1^{er} alinéa)
- D'expertise
- Accéléré
- Sur dossier (art. 633 NCPC)

Principes communs prévus au NCPC

Article 2

- Processus volontaire
- Participation des parties de bonne foi
- Transparence, notamment eu égard à l'information détenue
- Coopération active dans la recherche d'une solution
- Proportionnalité, coût et temps, selon la nature et la complexité

- Respect des droits et libertés de la personne
- Respect des autres règles d'ordre public.

Principes communs prévus au NCPC

Article 3

- Les parties qui font appel à un tiers (médiateur ou arbitre) le choisissent de concert

- Le tiers agit avec
 - impartialité
 - diligence
 - bonne foi

Principes communs prévus au NCPC

Articles 4 et 5

- Les parties et le tiers s'engagent à préserver la confidentialité (art. 4)
- Le tiers ne manque pas à l'obligation de confidentialité s'il fournit de l'information à des fins de recherche, d'enseignement, de statistiques ou d'évaluation générale du processus de PRD ou de ses résultats, pourvu qu'aucun renseignement personnel ne soit dévoilé (art. 5)

Principes communs prévus au NCPC

Article 6

- Les règles applicables au mode choisi sont déterminées par les parties, avec le tiers
- Le livre VII (art. 605 à 655) s'applique s'il est nécessaire de les compléter (médiation, arbitrage, ou autre mode s'en inspirant)

Principes communs prévus au NCPC

Article 7

- La participation à un mode privé de prévention et règlement des différends autre que l'arbitrage n'emporte pas renonciation au droit d'agir en justice
- Préservation des droits
- Possibilité de renoncer ou suspendre la prescription (maximum 6 mois)

Avantages de l'arbitrage

- Choix du décideur (nombre et expertise)
- Processus simplifié et moins formel
- Processus flexible
- Confidentialité
- Rapidité
- Moindre coût selon les circonstances
- Décision finale; aucun appel

Désavantages de l'arbitrage

- Coût potentiellement élevé (délais, nombre d'arbitres, frais administratifs)
- Aucun droit d'appel
- Homologation requise (impact sur confidentialité)
- Implication des tiers difficile (effet relatif des contrats)
- Absence d'injonction
- Exclusion de la jurisprudence; communauté juridique

Avantages de la médiation

- Auto-détermination des parties (meilleur contrôle sur le résultat)
- Plus d'alternatives de règlement (non limité aux aspects juridiques)
- Choix du tiers
- Processus flexible; absence de formalisme
- Processus volontaire; possibilité d'y mettre fin en tout temps
- Résultat a plus de chances d'être respecté
- Rétablir les communications et maintenir les relations
- Économie de coûts potentielle

Désavantages de la médiation

- Aucune garantie de résultat (v. Med-Arb et Arb-Med-Arb)
- Délais et coûts supplémentaires en l'absence de règlement
- Parties sentent l'obligation de faire des compromis
- Processus risqué pour les parties vulnérables

Contenu de la clause de médiation

Codification du NCPC; articles 1 à 7 et 605 à 615

- Choix du médiateur; expertise ou champs de pratique
- Séance obligatoire
- Délais
- Paiement des honoraires

Subséquentement: Protocole de médiation avec le médiateur

Contenu de la clause d'arbitrage

- Compétence du tribunal d'arbitrage
- Concept de « Clause compromissoire parfaite »
 - caractère obligatoire de l'arbitrage
 - exclusion de tout recours aux tribunaux
 - décision définitive et sans appel
- Conséquence: renvoi en arbitrage; délai de 45 jours (art. 622 NCPC)
Possible renvoi en médiation

Contenu de la clause d'arbitrage

Tribunaux moins exigeants et plus flexibles relativement à la reconnaissance de la compétence du tribunal d'arbitrage, notamment en raison de la codification de plusieurs principes dans le NCPC: art. 1 à 7 et 620 à 655 et dans le Code Civil du Québec (CCQ)

- Définition de l'Arbitrage à l'art. 620 NCPC
- Définition de la Convention d'arbitrage aux articles 2638 et 2640 CCQ

Contenu de la clause d'arbitrage

Art. 2638 CCQ

La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. (1991, c. 64, a. 2638.)

Formalisme flexible!

Art. 2640 CCQ

La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre. (1991, c. 64, a. 2640.)

Contenu de la clause d'arbitrage

AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER DANS UNE CLAUSE D'ARBITRAGE:

- Tant arbitrage domestique qu'international
- NCPC et CCQ encadrent cependant déjà plusieurs de ces éléments
- Protocole d'arbitrage avec l'arbitre en plus de la clause\convention

Contenu de la clause d'arbitrage

AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER:

- Droit substantif applicable

art. 651 NCPC

L'arbitre tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

art. 2809 et 3121 CCQ

Contenu de la clause d'arbitrage

AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER:

Nomination de l'arbitre

Art. 624 à 630 NCPC

Art. 2641 CCQ

- nombre
- expertise et qualification
- alternative en cas d'impasse

Contenu de la clause d'arbitrage

AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER:

Procédure applicable

Art. 632 NCPC (v. aussi art. 6)

L'arbitre procède à l'arbitrage suivant la procédure qu'il détermine; il est cependant tenu de veiller au respect des principes de la contradiction et de la proportionnalité.

Articles 2643 (convention d'arbitrage), 3130 et 3133 (conflits de loi) CCQ

Contenu de la clause d'arbitrage

AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER:

- Juridiction de l'arbitre art. 2639 CCQ (v. aussi art. 2 et 620 NCPC)
- Langage; interprète et traduction de documents
- Lieu; frais de déplacement et hébergement
- Honoraires et frais; partage égal par défaut selon art. 637 NCPC
- Délai pour rendre la sentence; 3 mois selon art.642 NCPC
- Sentence motivée vs sommaire (rapidité, coût, contestation)

Exemples de clauses de PRD

Arbitrage - IMAC (Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada)

« Tout différend relatif à la présente convention ou découlant de celle-ci, ou portant sur une question juridique liée aux présentes sera réglé de façon finale, par arbitrage conformément aux Règles d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. [ou aux règles simplifiées d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. Le siège de l'arbitrage sera [préciser]. L'arbitrage se déroulera en [préciser la langue]. »

Exemples de clauses de PRD

Médiation – IMAC (Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada)

« Tout différend relatif à la présente convention ou découlant de celle-ci ou d'une question légale liée aux présentes sera soumis à la médiation conformément aux Règles nationales de médiation de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada inc. La médiation se tiendra à (indique la ville et la province au Canada). La médiation se déroulera en anglais ou en français [indiquer la langue] ».

Exemples de clauses de PRD

Résolution des différends – Contrat entre Universités

Dispute resolution. The parties shall endeavour to resolve amicably all disputes relating to the performance or interpretation of this Agreement. The Committee shall be the first instance to be called upon.

- a) Performance: Any dispute regarding the performance of this Agreement or this Project which cannot be resolved by the Committee within fifteen (15) days of the date of the written notice given by an Institution to the other Institution(s) concerned by the dispute and which sets out the event generating the dispute (the « **Dispute Notice** ») shall be referred to the official representatives of the Institution, hereby the Vice-Rector Research of each Institution. The latter shall endeavor to find a mutually satisfactory resolution. If they do not succeed after thirty (30) days of receiving written notice of the unresolved dispute, the dispute shall be submitted to arbitration under the conditions laid in this Article. The arbitration shall take place in Montréal, Canada, before a single arbitrator to be chosen jointly by the Parties, unless otherwise agreed by the concerned Institutions.

- a) Interpretation and/or execution: Any dispute arising from the interpretation and/or the execution of this Agreement shall be decided by the courts of Québec in the district of Montréal.

Exemples de clauses de PRD

Négociation et arbitrage - Contrat

Any dispute arising out of or relating to this Agreement shall be submitted for discussion and settlement to a committee consisting of a representative from each of the Parties in question of a rank immediately superior to those involved in the Project. If no settlement is reached within fifteen (15) days after the matter has been submitted to the committee, the dispute shall be finally settled under the arbitration rules set forth in the Québec Code of Civil Procedure, to the exclusion of the jurisdiction of the civil courts which is hereby waived by the Parties, save and except that the parties shall be entitled to obtain injunctive relief before the competent tribunal of any jurisdiction for breach by a Party of any of the provisions of confidentiality of this Agreement. Such arbitration shall be based upon the following:

Exemples de clauses de PRD

- a) the arbitration tribunal shall consist of one arbitrator, appointed by mutual agreement of the Parties in question, or in the event of failure to agree within fifteen (15) days following delivery of the written notice to arbitrate, any of the Parties in question may request the appointment of an arbitrator in accordance with the rules of the Québec Code of Civil Procedure;
- b) such arbitration shall be held in the city of Montreal, Canada, and the language of arbitration shall be English;
- c) the arbitrator shall render his/her judgement or award within thirty (30) days following the conclusion of the hearing and the decision shall be given in writing, shall be final and binding on the Parties, and shall deal with the question of costs and expenses of the arbitration and all related matters;

Exemples de clauses de PRD

- d) Application may be made to any court of competent jurisdiction for interim relief and for a judicial recognition of the award or an order of enforcement, as the case may be; and

- e) The arbitration shall be kept confidential and the existence of the proceeding and any element of it shall not be disclosed beyond the arbitrator and the Parties.

Exemples de clauses de PRD

Médiation

Les parties conviennent de recourir autant que possible aux services d'un médiateur qu'elles choisiront pour tenter de régler dans un premier temps toute mésentente, tout différend ou tout litige sur l'interprétation et l'application ou l'exécution de la Convention avant de recourir au processus d'arbitrage prévu ci-après.

Néanmoins, une Partie pourra exercer son droit d'arbitrage en tout temps, que les parties aient eu recours aux services d'un médiateur ou non.

Arbitrage

Les parties s'engagent à ce que tout différend né ou éventuel pouvant les diviser en ce qui a trait à l'interprétation et l'application ou l'exécution de la Convention soit tranché exclusivement par voie d'arbitrage et à l'exclusion des tribunaux, conformément aux dispositions du Code de procédure civile du Québec en tenant compte de ce qui suit: (...)

Exemples de clauses de PRD

Arbitrage – Édilex

Toute réclamation issue du Contrat faisant l'objet d'une contestation, tout différend concernant l'exécution de celui-ci, y compris son annulation, ainsi que tout litige issu d'un problème d'interprétation du Contrat doit être soumis à l'arbitrage, et ce, à l'exclusion des tribunaux de droit commun.

Les parties aux présentes conviennent que les dispositions actuellement en vigueur des articles 940 et suiv. du Code de procédure civile du Québec doivent régir tout arbitrage tenu en vertu de la présente section.

Exemples de clauses de PRD

IMAC (Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada)

Clause de médiation

Les parties conviennent que tout désaccord ou différend relatif à la présente convention ou découlant de son interprétation ou de son application sera soumis à une médiation. (À cet effet, les parties aux présentes s'engagent à participer à au moins une rencontre de médiation en y déléguant une personne en autorité de décision; le médiateur sera choisi par les parties).

Clause d'arbitrage

Les parties conviennent que tout désaccord ou différend relatif à la présente convention ou découlant de son interprétation ou de son application sera tranché de façon définitive par voie d'arbitrage et à l'exclusion des tribunaux, selon les lois du Québec. À moins que les parties n'en décident autrement dans une convention d'arbitrage, l'arbitrage se déroulera sous l'égide d'un arbitre seul et sera conduit conformément aux règles de droit et aux dispositions du Code de procédure civile du Québec, en vigueur au moment de ce différend. La sentence arbitrale sera finale, exécutoire et sans appel et liera les parties.

Conclusions

Période de questions