



FRASER MILNER CASGRAIN RESEARCH

FRASER MILNER CASGRAIN
PLEINS FEUX

RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS

DANS CE BULLETIN

AOÛT 2010

- >> SUSPENSION DE L'ARBITRAGE : INTERDIT DE SE TROMPER?
- >> CSC : L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES AU CANADA EST SOUMISE AUX LOIS LOCALES EN MATIÈRE DE PRESCRIPTION
- >> CONSEILLER EN RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : UNE NOUVELLE FAÇON D'ABORDER LES DIFFÉRENDS DANS LES LITIGES COMMERCIAUX

SUSPENSION DE L'ARBITRAGE : INTERDIT DE SE TROMPER?

PAR P. DAVID MCCUTCHEON ET MARINA SAMPSON

Le présent article a été traduit puis publié dans le numéro de juin 2010 du [bulletin Possibilités](#) de la Section nationale de prévention et règlement des différends de l'Association du Barreau du Canada (ABC). Il est reproduit ici avec l'autorisation de l'ABC.

Harlan F. Stone, l'ancien juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, a déjà affirmé que : « La loi elle-même subit son procès tout autant que la cause en instance. »

Dans une récente décision de la Cour d'appel de l'Alberta, on peut ainsi dire que l'*Arbitration Act* de l'Alberta était soumise à procès en même temps que les questions entourant l'éventuelle suspension des instances à la suite d'un accord d'arbitrage. Vu la genèse et les termes communs de l'*Arbitration Act* de l'Alberta et de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario, la décision pourrait avoir des implications bien au-delà de l'Alberta.

*Lamb v. AlanRidge Homes Ltd.*¹

Les Lamb et AlanRidge avaient conclu un contrat de construction selon lequel AlanRidge devait construire une maison. L'entente entre les parties comprenait un accord d'arbitrage obligatoire et exécutoire.

À la suite de défauts allégués de la maison, les Lamb ont demandé l'arbitrage mais ont manqué d'y faire suite. Environ 18 mois après qu'ils ont demandé l'arbitrage, les Lamb ont produit une déclaration intentant une action en cour de l'Alberta à l'encontre d'AlanRidge et certains sous-traitants. AlanRidge a présenté une demande de suspension d'instance en vertu de l'article 7 de l'*Arbitration Act*.

La décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le juge Macleod a conclu que si toutes les réclamations à l'endroit d'AlanRidge faisant partie du recours intenté par les Lamb étaient visées par l'accord d'arbitrage, le recours englobait aussi des réclamations non arbitrables à l'endroit de sous-traitants indépendants et d'autres défendeurs. L'accord d'arbitrage ne visait donc pas toutes les réclamations en cause.

Le juge a refusé d'accorder une suspension partielle en vertu du paragraphe 7(5) de l'*Arbitration Act*, estimant que les réclamations arbitrables et non arbitrables étaient « inextricablement liées entre elles » et ne pouvaient pas être séparées. Il a statué que la demande devait être rejetée et que c'était l'arbitrage qui devait être suspendu plutôt que la poursuite, pour éviter une multiplicité d'instances (il faut noter toutefois que le juge en cabinet a modifié sa décision, verbalement, et a suspendu l'arbitrage seulement en partie).

¹ *Lamb v. AlanRidge Homes Ltd.* (2009) ABCA 343; demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada, en instance.

La décision de la Cour d'appel

Très brièvement, l'appel a échoué parce que selon l'*Arbitration Act*, la décision du juge MacLeod était sans appel. Une fois que la Cour a déterminé que la décision du juge Macleod avait été rendue en vertu de l'article 7 de l'*Arbitration Act*, sa décision d'interdire un appel a été rapide et sans équivoque.

Si d'une part la Cour a indiqué qu'elle ne statuerait pas sur la validité de la décision du tribunal inférieur, elle a néanmoins souligné le fait qu'en donnant la priorité à un litige afin d'éviter une multiplicité d'instances, elle allait à l'encontre du raisonnement de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp*, 87 D.L.R. (4th) 129 (qui avait été tranchée en vertu de l'*International Commercial Arbitration Act* (S.A. 1986, c. I-6.6 [maintenant R.S.A. 2000, c. I-5]) et non de l'*Arbitration Act*). La Cour a également reconnu que deux décisions récentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique – *Seidel v. Telus Communications Inc. et MacKinnon v. Money Mart* – semblaient s'opposer à la décision du tribunal inférieur.

La Cour a conclu que l'appel démontrait un manque de clarté dans l'*Arbitration Act*. Plus précisément, vu l'impossibilité d'en appeler des décisions rendues en vertu de l'article 7, la Cour a estimé qu'il pourrait être opportun de réviser et modifier la loi.

Commentaire

L'interaction complexe entre la volonté de lier les parties à leur accord d'arbitrage et celle d'éviter les instances multiples n'est pas un nouveau dilemme. La difficulté est cependant d'autant plus grande quand la décision est exemptée d'examen en appel et que la loi est vague. L'objectif qui sous-tend le paragraphe 7(6) (interdiction d'appel) est judicieux. Si les parties s'embourbent dans des appels, la diligence et l'efficacité qui peuvent être considérées comme les grands avantages procurés par l'arbitrage seront assurément perdues. Pourtant, un objectif judicieux ne fait pas qu'il soit plus facile d'admettre une décision incorrecte ou qu'on perçoive comme étant incorrecte.

La situation n'est pas encore tout à fait clarifiée pour les affaires semblables où une suspension de l'arbitrage est demandée. Dans le cas présent, une demande d'autorisation d'en appeler auprès de la Cour suprême du Canada vient d'être rejetée avec dépens, mais l'affaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique citée par la Cour d'appel de l'Alberta, *Seidel v. Telus*, est en instance devant la Cour suprême du Canada. Peut-

être les législatures provinciales s'inspireront-elles des décisions de la Cour suprême du Canada.

Entre-temps, qu'en est-il en Ontario? Les tribunaux de la province ont précédemment interprété le paragraphe 7(5) de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario dans des circonstances semblables. L'arrêt *Radewych v. Brookfield Homes (Ontario) Ltd.* rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, que la Cour d'appel de l'Alberta a cité en l'approuvant à l'appui de son interprétation du paragraphe 7(6), en est un exemple. Dans *Radewych*, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas préconisé la modification d'une loi manquant de clarté, mais a cité favorablement la décision du tribunal inférieur :

[TRADUCTION]

Ce paragraphe (7(5)) confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance à l'égard d'affaires visées par un accord d'arbitrage lorsque certaines questions relèvent de l'entente et d'autres, non...

Il est préférable à mon avis que toutes les réclamations à l'encontre de tous les défendeurs soient traitées dans une même instance.

Là où la Cour d'appel de l'Alberta a vu un manque de clarté de la loi, la Cour d'appel de l'Ontario a vu la possibilité pour le juge d'exercer une discrétion. Il faut noter que les deux décisions s'accordent dans le résultat, mais la Cour d'appel de l'Alberta a estimé que des règles plus claires devraient exister quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge.

Les décisions démontrent une démarche quelque peu divergente face au même problème. Peut-être ni une ni l'autre n'est-elle erronée, mais ce n'est qu'avec le temps et à la suite d'autres appels qu'on le saura. Pour le moment, selon les lois de l'Ontario et de l'Alberta, la question de la suspension d'instances judiciaires en faveur d'accords d'arbitrage lorsque des parties supplémentaires sont en cause reste incertaine et imprévisible.

CSC : L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRES AU CANADA EST SOUMISE AUX LOIS LOCALES EN MATIÈRE DE PRESCRIPTION

PAR MICHAEL SCHAFLER

La Cour suprême du Canada (CSC) a rendu une importante décision qui est venue préciser le délai de

prescription applicable à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Canada. La CSC a statué que la question de la prescription est une règle de procédure qui trouve appui à l'article III de la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la « Convention de New York »). Par conséquent, la question du délai de prescription d'une sentence arbitrale relève du droit applicable dans la province où la sentence doit être exécutée.

Yugraneft Corporation (« Yugraneft ») est une société russe qui développe et exploite des champs de pétrole en Russie et qui a acheté du matériel à Rexx Management Corporation (« Rexx »), une société albertaine. À la suite d'un différend contractuel, des procédures d'arbitrage ont été engagées devant le Tribunal international d'arbitrage commercial de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie, qui, par une sentence rendue le 6 septembre 2002, a condamné la défenderesse au paiement d'une somme de près d'un million de dollars américains à Yugraneft. Le 27 janvier 2006, Yugraneft a présenté une demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. La demande a été rejetée et la décision a été confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta. L'autorisation d'interjeter appel auprès de la CSC a été accordée et la cause y a été plaidée en décembre 2009. Par un arrêt rendu le 20 mai 2010, la CSC a rejeté l'appel.

La question principale était de savoir si la demande d'exécution était soumise à un délai de prescription et, le cas échéant, s'il devait s'agir du délai de deux ans applicable à une « ordonnance de réparation » (art. 3 de la *Limitations Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-12) ou du délai de dix ans applicable à un « jugement ou [à] une ordonnance prévoyant le paiement d'une somme d'argent » (art. 11). Yugraneft a fait valoir que l'art. 11 devrait s'appliquer puisqu'une sentence arbitrale étrangère présente toutes les caractéristiques d'un jugement. Par ailleurs, Yugraneft a également soutenu que l'interprétation de l'art. 3 soulevait une certaine ambiguïté. Pour sa part, Rexx a soutenu que l'art. 3 devrait s'appliquer compte tenu que l'intention du législateur était de soumettre toutes les causes d'action au délai de prescription de deux ans, sous réserve des cas expressément énumérés dans la Loi.

Sur la question préjudicielle de savoir si l'imposition d'un délai de prescription prévu dans la législation locale pour l'exécution d'une sentence arbitrale contrevient à la Convention de New York, la CSC statue qu'il s'agit d'une règle procédurale, et par conséquent admissible :

- S'agissant d'un traité, la Convention de New York doit être interprétée de bonne foi à la

lumière de son objet et de son but. Au moment de la rédaction de la Convention de New York, on savait fort bien que les États de common law considéraient les délais de prescription comme étant de nature procédurale. L'approche permissive que les rédacteurs ont conservée dans l'art. III (à la différence d'une interdiction expresse) suggère que les rédacteurs entendaient permettre que les délais de prescription soient établis par les États contractants.

- 53 États contractants ont de fait soumis l'exécution des sentences arbitrales étrangères à une forme ou une autre de délais de prescription.
- L'application de délais de prescription « n'est pas controversée » étant donné que des auteurs éminents semblent tenir pour acquis que l'art. III permet l'application des délais de prescription prévus dans la législation locale.

En concluant que l'art. 3 de la *Limitations Act* s'appliquait à une sentence arbitrale étrangère, la CSC a statué qu'une sentence arbitrale n'est pas un jugement ni une ordonnance d'un tribunal et que « en général, l'arbitrage ne fait pas partie de la structure judiciaire étatique, bien que l'État attribue parfois directement des compétences ou des fonctions aux arbitres ». La CSC a de plus jugé que d'autres lois, notamment la *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. R-6 (la « RESA »)² et la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 266, envisagent expressément les jugements et les sentences lorsqu'ils imposent des délais de prescription, alors que la *Limitations Act* de l'Alberta ne le fait pas. La CSC a précisé que le délai de prescription de deux ans de l'art. 3 de la *Limitations Act* était soumis à la règle de la connaissance des dommages, qui « tient amplement compte des difficultés pratiques auxquelles font face les créanciers d'une sentence étrangère, lesquels peuvent avoir besoin de temps pour découvrir que le débiteur de la sentence possède des biens en Alberta ».

La CSC a par la suite établi les règles suivantes, qui visent à déterminer le point de départ de la computation du délai de prescription :

² Le RESA prévoit un délai de prescription de six ans pour l'exécution de jugements ou de sentences arbitrales prononcés dans des pays liés par un accord de réciprocité, ce qui n'est pas le cas de la Russie; ainsi, la demande de Yugraneft a été établie en fonction d'une loi type, tel qu'adopté par l'Alberta à la suite de l'ICAA.

- Le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du moment de l'expiration du délai prévu quant à une éventuelle demande d'annulation de la sentence au lieu où elle a été rendue.
- Quoi qu'il en soit, le délai de prescription peut être retardé jusqu'à ce que le demandeur ait appris ou aurait dû apprendre qu'une demande visant l'introduction d'une instance est justifiée.
- La demande de reconnaissance et d'exécution n'est justifiée qu'à compter du moment où le créancier apprend, en faisant preuve de diligence raisonnable, que le débiteur possède des biens dans la province visée.
- Lorsque le contrat de base identifie la province dans laquelle le débiteur est enregistré (où se trouve son siège social), il est entendu que le créancier savait ou aurait dû savoir qu'une demande était justifiée.

Commentaire

La CSC a – du moins pour l'instant – résisté à la tentation de rendre une décision à l'effet que les sentences arbitrales devraient être considérées, à tout le moins d'un point de vue fonctionnel, comme équivalant à un jugement. Cette réserve est quelque peu étonnante, étant donné que la CSC a dans les dix dernières années constamment soutenu que les procédures arbitrales sont « indépendantes » et qu'il faut faire preuve de retenue judiciaire à leur égard (voir par exemple *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 et *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35). Par ailleurs, la CSC a clarifié une question jusqu'alors controversée et énoncé des règles claires, de nature à créer des certitudes pour les parties engagées dans le cadre d'arbitrages commerciaux internationaux.

CONSEILLER EN RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : UNE NOUVELLE FAÇON D'ABORDER LES DIFFÉRENDS DANS LES LITIGES COMMERCIAUX

PAR MICHAEL SCHAFLEER

Le présent article a été traduit puis publié dans le numéro de juin 2010 du [bulletin Possibilités](#) de la Section nationale de prévention et règlement des différends de l'Association du Barreau du Canada (ABC). Il est reproduit ici avec l'autorisation de l'ABC.

Le 26 janvier 2010, Michael Schafler et Gordon Tarnowsky, tous deux associés au sein du groupe de pratique en règlement des différends de Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L., ont présenté un webinaire de 90 minutes intitulé « The Emerging Role of Settlement Counsel in Commercial Litigation » (Le rôle émergent de conseiller en règlement des différends dans les litiges commerciaux). Le webinaire, qui comprenait un sondage en direct, s'inscrivait dans un programme de développement professionnel de l'ABC. Une centaine de participants de partout au Canada s'y sont inscrits. Les deux principaux sujets abordés étaient le rôle du conseiller en règlement des différends et la facilitation d'un règlement au moyen de l'analyse des risques dans le contexte du règlement extrajudiciaire des différends (RED).

Le rôle du conseiller en règlement des différends est un phénomène émanant des États-Unis qui connaît un essor au Canada. Comme le sondage l'a indiqué, de nombreuses personnes du domaine du RED connaissent le concept. Le rôle du conseiller en règlement des différends consiste à évaluer, élaborer et mettre en œuvre une stratégie de règlement d'un différend. Il a comme objectif d'entamer une démarche de résolution de problèmes centrée sur les intérêts des parties. Il procède habituellement par la voie de la négociation ou de la médiation. Deux différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne la relation entre conseillers en règlement de différends et avocats plaidants (qui peuvent être des avocats d'un même cabinet – sous réserve d'écrans déontologiques – ou de cabinets différents). Dans la première, les conseillers en règlement de différends et avocats plaidants travaillent côte à côte; il est toutefois plus fréquent qu'il y ait une communication unidirectionnelle d'information par l'avocat plaidant au conseiller en règlement des différends. Le conseiller en règlement des différends se fonde sur les opinions et l'analyse des risques de l'avocat plaidant pour aider à comprendre et soupeser « l'option du litige » tout en poursuivant et en évaluant les éventuelles solutions extrajudiciaires.

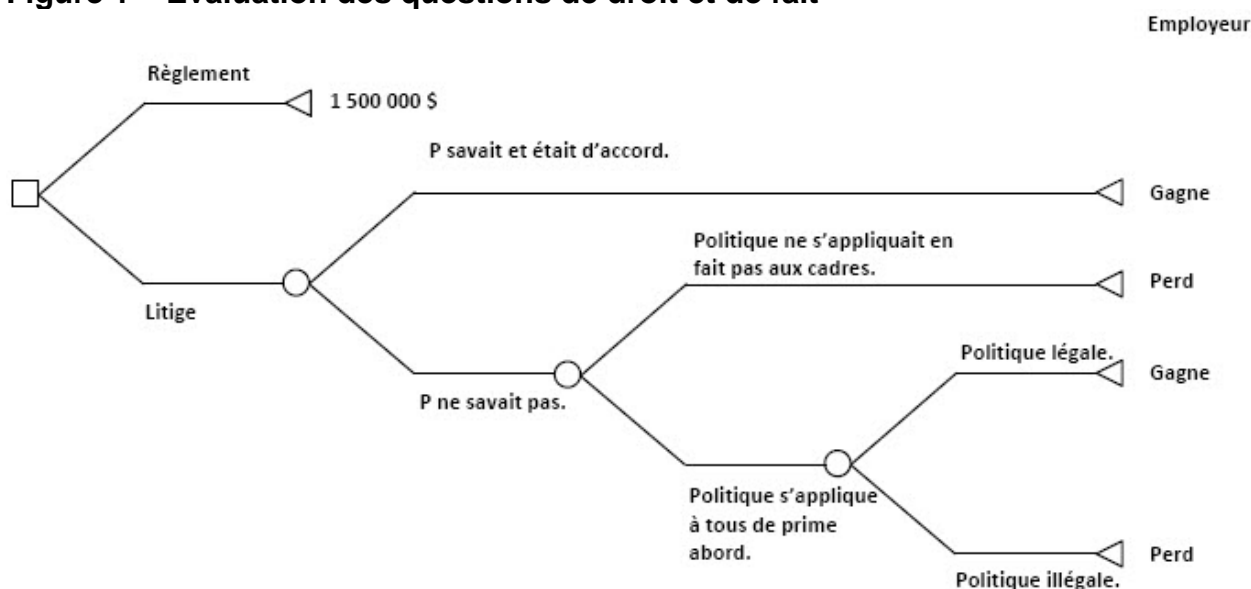
Le recours à un conseiller en règlement des différends offre divers avantages : l'avocat ne s'investit pas dans l'analyse des droits sous-jacents; l'accent est mis sur la conclusion rapide d'un règlement équitable et durable; le risque d'escalade du conflit est minimisé; la nécessité d'un interrogatoire préalable officiel peut être réduite; les coûts totaux peuvent être sensiblement réduits; et on élabore une analyse des risques ou un arbre de décision. En revanche, il peut y avoir du moins la perception d'une augmentation des coûts juridiques du fait de l'intervention d'avocats supplémentaires, et le client peut être amené à consacrer davantage de ressources internes à l'affaire. Un sondage a révélé que

ceux qui ont été exposés à un conseiller en règlement des différends au début de leur pratique (y compris comme médiateurs) ont une opinion positive de l'expérience.

La facilitation d'un règlement grâce à l'analyse des risques dans le contexte du RED fait appel à une analyse recourant à un « arbre de décision », une méthode de quantification systématique des risques et incertitudes inhérents au processus des litiges. Une analyse recourant à un arbre de décision comporte cinq étapes : (1) cerner les incertitudes; (2) définir les issues possibles; (3) déterminer les probabilités; (4) effectuer les calculs; (5) interpréter les résultats. Ci-dessous figure un exemple d'arbre de décision gracieusement fourni

par l'honorable George W. Adams, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations* (Toronto : CCH Canadian Limited, 2003). Dans ce cas hypothétique, le plaignant avait poursuivi l'employeur pour licenciement injuste et demandait 4 millions de dollars en dommages-intérêts. Le plaignant a offert de régler pour 1,5 million de dollars, et le défendeur veut déterminer si l'offre est raisonnable. Le premier arbre de décision (figure 1) concerne les questions juridiques en cause dans le litige, à savoir si le plaignant était au courant d'une politique de départ obligatoire à la retraite, le cas échéant si elle s'appliquait à l'employé, et le cas échéant si elle était légale. Une fois balisés les divers scénarios et issues possibles, l'employeur peut déterminer s'il « gagne » ou « perd ».

Figure 1 – Évaluation des questions de droit et de fait



L'étape suivante consiste à affecter des probabilités à ces issues possibles, puis à procéder à la même analyse en ce qui concerne les dommages-intérêts (le salaire du plaignant était de 1 million de dollars, et un

préavis de 24 mois est en cause; un montant supplémentaire de 2 millions de dollars en dommages-intérêts lié à des options d'achat d'actions est en cause). Les arbres se présentent comme suit :

Figure 2 – Probabilités (responsabilité)

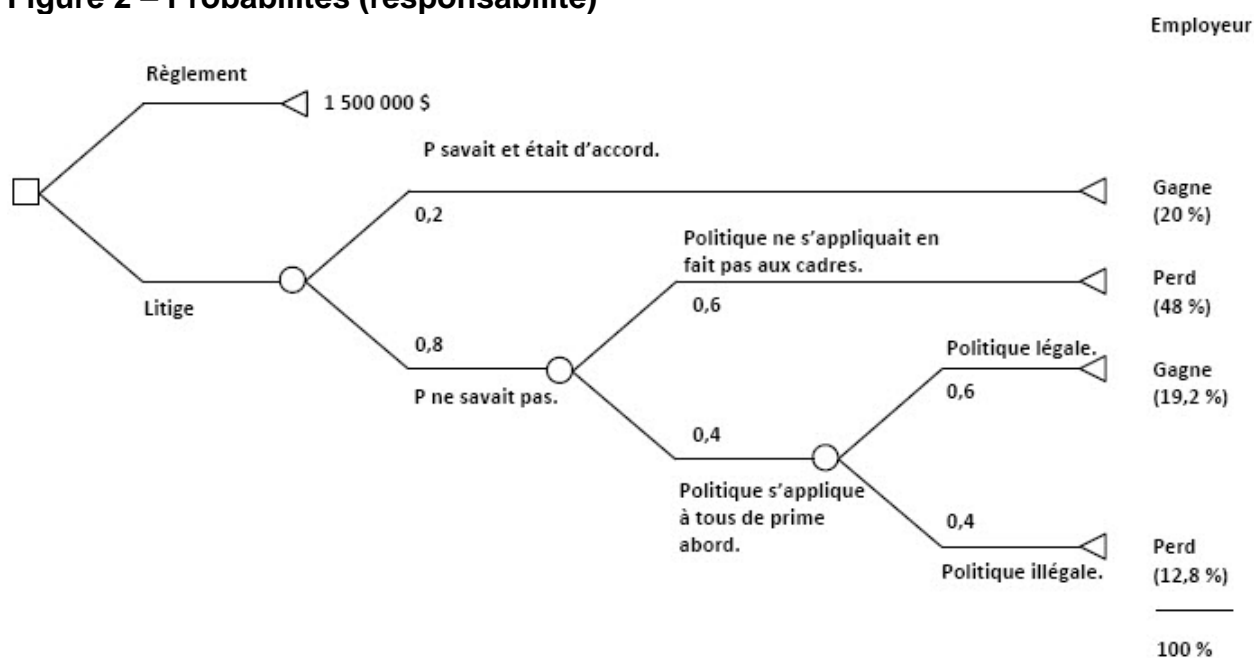
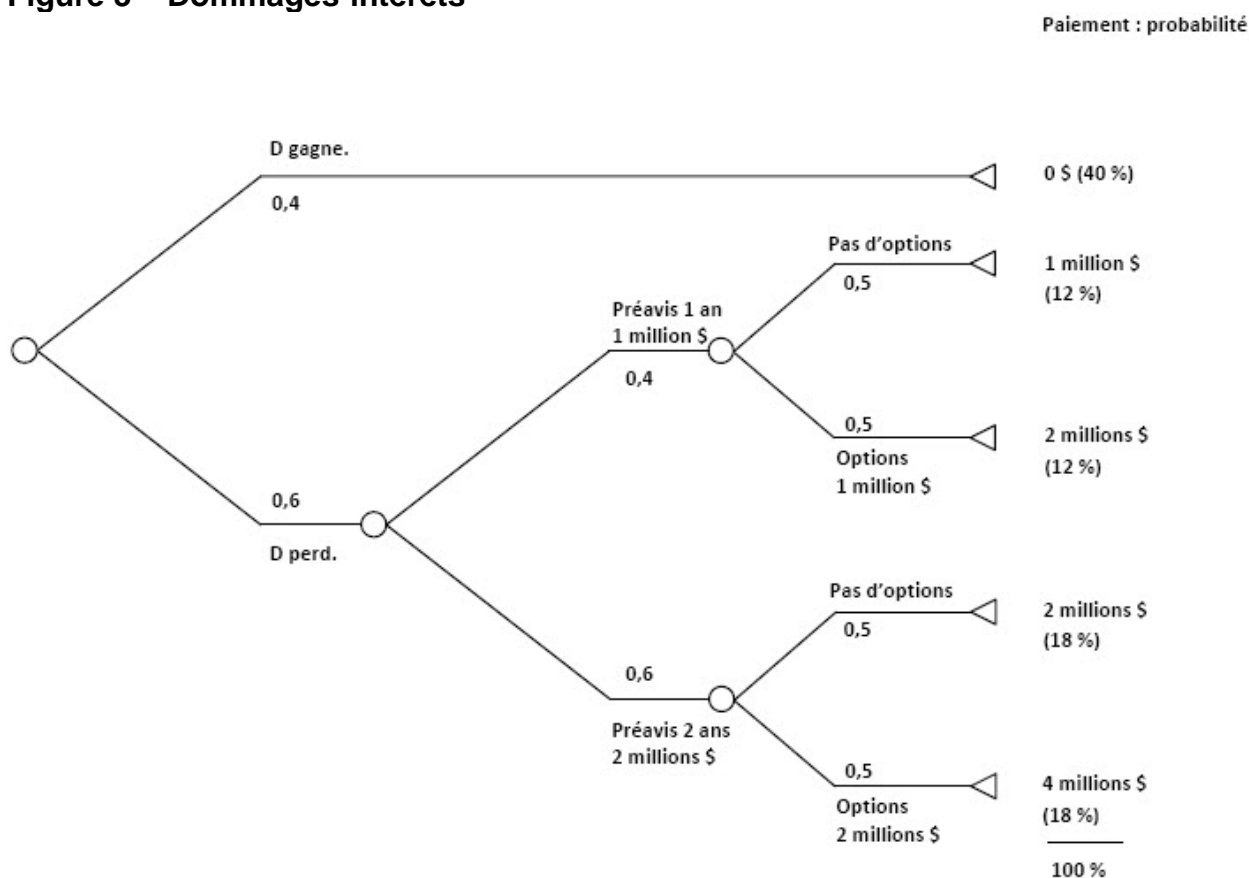


Figure 3 – Dommages-intérêts



L'analyse de la responsabilité (figure 2) indique que l'employeur risque davantage de perdre (60 %) que de gagner (40 %). En ce qui concerne les dommages-intérêts (figure 3), il y a donc une probabilité de 40 % que l'employeur n'aura rien à payer, et une probabilité de 60 % qu'il devra payer au moins 1 million de dollars. Quand toute l'information est combinée, l'analyse des risques indique que la valeur attendue des dommages-intérêts à payer est de 1 440 000 \$, soit à peu près le montant du règlement proposé :

$$(0 \$ \times 40 \%) + (1M \$ \times 12 \%) + (2M \$ \times 12 \%) + (2M \$ \times 18 \%) + (4M \$ \times 18 \%) = 1\,440\,000 \$$$

Un arbre de décision est un outil d'évaluation des risques qui permet aux parties de réfléchir soigneusement aux points de désaccord. Une analyse des risques de cette nature peut ainsi être utile aux avocats des deux parties. En outre, elle peut aider le médiateur à définir une approche raisonnée de la négociation. L'analyse des risques a comme avantages de rehausser le jugement professionnel des avocats, de permettre la présentation d'offres stratégiques de règlement en profitant de la règle 49.10 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario³ (ou de règles équivalentes) et d'aider les avocats et les clients à percevoir objectivement et comprendre les questions en cause dans l'affaire pour en arriver à une prise de position éclairée face à un règlement.

COMMUNIQUEZ AVEC NOUS

Pour plus de détails, veuillez communiquer avec un membre de notre [groupe national de Règlement extrajudiciaire des différends](#)



FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

PRÉSENTS POUR VOTRE AVENIR

MONTREAL • OTTAWA • TORONTO • EDMONTON • CALGARY • VANCOUVER